

V.1- DISCURSO DE INGRESO

Pocas sesiones académicas hay más solemnes que el ingreso de un nuevo Académico en la Corporación. El 19 de Diciembre de 2011, la prestigiosa Catedrático de Derecho civil D^a María Pilar Ferrer Vanrell leyó su discurso de ingreso ante un auditorio numeroso y atento a sus palabras. Dada la dedicación de la nueva Académica al Derecho civil de nuestras Islas, era lógico y natural que disertara sobre un tema profundamente enraizado en el mismo, cual es el análisis de su perspectiva histórica hasta enlazar con su situación actual. El lector encontrará en las páginas que siguen una nítida exposición de las vicisitudes experimentadas por nuestro Derecho desde los Decretos de Nueva Planta, que supusieron los inicios de la llamada “cuestión foral”, como respuesta a los intentos unificadores sufridos por el Derecho de nuestras Islas, hasta llegar a la última parte de su intervención, en la que la nueva Académica pasó a referirse a la situación actual de los diversos Derechos civiles territoriales tras la Constitución de 1978, que les abrió una nueva vía al crear en las Comunidades Autónomas con Derecho civil propio órganos de producción de normas jurídicas, a las cuales pasaba a corresponder la función de conservarlo, modificarlo y desarrollarlo; aunque no deja de considerar la ilustre Académica que este desarrollo no ha sido completo, al venir exigiendo el Tribunal Constitucional un necesario punto de conexión entre las instituciones de nueva regulación y las existentes en las Comunidades Autónomas.

LA CODIFICACIÓN CIVIL Y LA LLAMADA “CUESTIÓN FORAL” EN BALEARES

María Pilar Ferrer Vanrell

INDICE

- I.- Los Prolegómenos a la llamada “cuestión foral”.
 - 1. El *derecho propio* de Mallorca y los intentos unificadores.
 - 1.1 Los Decretos de Nueva Planta como sistema de unificación territorial del derecho.
 - a) La Nueva Planta en Mallorca
 - b) El sistema de fuentes en la Nueva Planta, como forma de extender la vigencia de un derecho territorialmente no vigente.
 - 2. Los prolegómenos codificadores. La influencia europea.
 - 2.1. El inicio del constitucionalismo y su influjo en la unificación civil.
 - 2.2 La Consulta al País.
 - 3. El inicio de la codificación civil española según mandato constitucional. El principio de uniformidad en legislación civil y las primeras voces sobre la diversidad legislativa.
 - 3.1 La propuesta de Espiga y Gadea. La voz foralista del diputado Aner de Esteve. Las primeras Comisiones para redactar el Código civil.
 - 3.2 La restauración del absolutismo. Los Proyectos unitarios, el menosprecio a los derechos forales.
 - a) Los Proyectos del Código civil de 1821 y 1836
 - b) El intento unificador del Proyecto de 1851. La primera objeción a la uniformidad.
 - 3.3. La influencia de la Escuela Histórica en el impulso del sentimiento de la diversidad legislativa.

- 3.4. El Congreso de Jurisconsultos de 1863. Conclusiones.
 - 3.5. El intento de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil.
El cuarto Proyecto incompleto.
 - 3.6. La etapa de las leyes especiales; la técnica de unificación legislativa encubierta.
 - 3.7. La restauración de los Borbones y el restablecimiento de la Comisión de codificación.
- II.- La llamada “cuestión foral”. Las divergencias entre las leyes de Castilla y la legislación foral.
- 1. La reorganización de la Comisión de codificación.
 - 2. El artículo 4 del Decreto de 2 de Febrero de 1880
 - 3. La postura de los territorios forales ante la codificación civil.
- III.- La “cuestión foral” en Baleares.
- 1. La incorporación de Ripoll y Palou a la Comisión de Codificación.
 - 1.1 La actitud del Colegio de Abogados ante la reanudación de los trabajos de redacción del Código civil.
 - a) Los trabajos paralelos del Colegio de Abogados a la redacción de la Memoria del Sr. Ripoll.
 - b) El Informe del Colegio de Abogados de 1881. Las Conclusiones.
 - 2. La reanudación de los trabajos codificadores.
 - 2.1 El sistema de Ley de Bases; sus dificultades.
 - 2.2 El mantenimiento del “actual régimen jurídico” en los territorios forales.
 - 3. El motivo de la opción de Baleares a secundar la redacción del art. 7 de la Ley de Bases de 1885. La influencia de D. Antonio Maura.
 - 3.1. La propuesta de Durán y Bas sobre el mantenimiento del Derecho propio.
 - 3.2 La directriz de D. Antonio Maura a favor de la opción del art. 7 de la Ley de Bases.
 - 3.3. La influencia de D. Antonio Maura. Su posición política y jurídica.
 - 4. La aprobación de la Ley de Bases del Código civil.
 - 4.1 La publicación del Código civil.
 - 4.2 La extensión del Código civil a Baleares.
- IV.- El brote de la efervescencia por la “cuestión foral” al tiempo de la redacción de los Apéndices al Código civil
- 1. La redacción del Apéndice al Código civil de Baleares.
 - 2. El nuevo “brote” de la “cuestión foral”.
 - 2.1 La “Circular” de la Fiscalía de la Audiencia de Baleares.
 - 2.2 El debate sobre la Circular de la Fiscalía en la Junta General extraordinaria de 21 de noviembre de 1916 del Colegio de Abogados.
La contestación al avance de la unificación civil.
 - 2.3 El “clamoreo” mediático y la posición de Maspons y Anglasesell,

como reacción a la Circular del Fiscal de Baleares y a la doctrina del Tribunal Supremo.

a) La “cruzada” de Maspons y Anglasell

b) La reunión en Barcelona de juristas catalanes con los representantes del Colegio de Abogados de Mallorca.

c) La anarquía jurídica imperante. La imposibilidad de seguir manteniendo el *statu quo*. La grave situación de Mallorca.

2.4. Nueva solicitud de amparo a D. Antonio Maura

3. El largo proceso para la aprobación por el Colegio de Abogados del Informe del Proyecto de Apéndice. Las posiciones del Colegio de Abogados de Mallorca

3.1 La posición centralista. el decantamiento por el llamado “Derecho común”.

3.2 Un canto a la foralidad. El Proyecto de Apéndice de Mallorca.

3.3 El Informe del Colegio de Abogados al Apéndice. El triunfo del “fuero”.

3.4 La inconclusa tramitación del Anteproyecto de Apéndice al Código civil de Baleares.

4. El cambio de sistema. La sanción legal del derecho civil propio.

V.- La nueva estructura competencial. El *quid* de la “cuestión foral”.

I.- Los Prolegómenos a la llamada “cuestión foral”.

1. El *derecho propio* de Mallorca y los intentos unificadores.

Las primeras palabras de este discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación tienen que ser de agradecimiento a los tres académicos, ilustres juristas que, confiando en mis aptitudes, me propusieron a la elección para ocupar la vacante producida por el fallecimiento del ilustre y recordado notario Don Raimundo Clar Garau. Me refiero a los Notarios D. Eduardo Martínez-Piñeiro Caramés y D. Jaime Ferrer Pons, como también a D. Antonio Monserrat Quintana, Vocal del Consejo General del Poder Judicial; agradecimiento que quiero hacer extensivo a los Señores Académicos que considerando adecuada esta candidatura aceptaron mi ingreso en esta reconocida corporación, que hoy hago efectivo.

Permítanme un recuerdo al eminente jurista que si bien un día precedí, prologando su magnífico libro sobre el *Derecho Foral de Mallorca*, hoy le sucedo en esta Academia. Compatibilizó su profesión de Notario, durante una etapa de su vida profesional, con la de político, y siempre con el estudio de nuestro Derecho civil, legándonos una vasta obra escrita.

Esta dedicación de D. Raimundo Clar al Derecho Civil propio de las Islas Baleares, la comparto con tal intensidad que ha conformado la línea investigadora de mi actividad académica, y me ha sugerido el tema del Discurso. Quiero compartir con ustedes las dificultades de pervivencia de este derecho nuestro, centrándome en el momento de la codificación civil; porque, después de los siglos de aplicación pacífica del derecho propio de Mallorca, documentado a partir de la *Carta de Franqueses* concedida a los pobladores de Mallorca el 1 de marzo de 1230, otorgada por Jaume I, tras la conquista de Mallorca el 31 de diciembre de 1229, la situación legislativa y de aplicación del *derecho propio* va a soportar un proceso de fuertes avatares uniformistas que hicieron peligrar su mantenimiento. Dos fueron los principales momentos turbulentos, la llegada al trono de Felipe V y la codificación civil española.

Estos dos hitos se condensan en dos frases que tienen un denominador común, la uniformidad legislativa del territorio español:

La primera de Felipe V en el Decreto de 29 de julio de 1707 cuando dice “porque mi real intención es que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes...” (Novísima Recopilación, 3,3,1).

La segunda son los términos del art.258 de la Constitución de Cádiz, al proclamar que: “el Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía”.

Estos términos se repetirán en las constituciones del siglo XIX¹.

El camino hacia la pretendida uniformidad legislativa se inició con la belicosa llegada de Felipe de Anjou al trono de España. Los Austrias no enlazaron la unidad política con la jurídica. Los antiguos reinos conservaron no sólo su derecho privado, sino, incluso su derecho público.

Al morir Carlos II, de la dinastía de los Austrias, sin descendencia, se disputan el trono de España, en la Guerra dinástica llamada de Sucesión, Felipe de Anjou, nieto de Luis XIV de Francia, al que Carlos II le había nombrado sucesor al trono de la Monarquía hispánica en su último testamento; y el Archiduque Carlos de Habsburgo de la Casa de Austria, nieto del Emperador Leopoldo I, para el cual pretendía el trono hispánico, fundamentado en su descendencia de Felipe III de España.

Los territorios de la Corona de Aragón se decantaron por prestar su apoyo al Archiduque Carlos². Fue una elección lógica si tenemos en cuenta que el otro en contienda era Felipe de Anjou, perteneciente a la dinastía francesa Bourbon, de marcado carácter absolutista. Catalanes, mallorquines, aragoneses y valencianos se posicionaron contra este pretendiente a la Corona por temor a que impusiera la unificación legislativa en España, aniquilando sus libertades y, en especial, sus derechos propios. Felipe de Anjou reinó con el nombre de Felipe V y conformó un Estado absolutista, centralista y uniformista en lo administrativo, legislativo y político, influenciado por los movimientos europeos. En prueba de lealtad en la contienda implantó, en cuanto a las instituciones y las leyes, el modelo de Castilla, de entre los existentes: por una parte el Reino de Castilla, al que se unían los Señoríos de Alava, Guipúzcoa y Vizcaya, así como el Reino de Navarra; y por otra parte la Corona de Aragón, compuesta por los Reinos de Mallorca, Aragón, Valencia y el Principado de Cataluña.

1 - Se adelantaron en el art. 96 del Estatuto de Bayona, y se repetirán en las posteriores a la Constitución de Cádiz, en el art.4 de la Const. de 1837, el art.91.3 de la Const. de 1869, y el art.75 de la Const. de 1876.

2 - Es cierto que, previamente, las instituciones catalanas habían rendido homenaje a Felipe V, en 1702, cuando éste juró las Constituciones de Cataluña y les otorgó privilegios. Tras la Revuelta de 1705, los catalanes firmaron el Pacto de Génova comprometiéndose Cataluña aliada con Inglaterra a luchar por la causa del pretendiente al trono español Carlos de Austria, que juró las Constituciones de Cataluña y le proclamaron rey Carlos III de España, siendo Barcelona su Corte durante la Guerra de Sucesión. Ver, entre otros, FONTANA Y LÁZARO, J. (2004): “La Guerra de Successió: els motius de Catalunya” *Revista de Dret Històric Catalunya*, 3. AA.VV. *Catalunya durant la Guerra de Successió*. Barcelona(2006), Ara Llibres.

En el ámbito legislativo va a suponer un fuerte impacto para los territorios de la Corona de Aragón. El Decreto de 29 de junio de 1707 es el punto de inicio de la reorganización político-administrativa con la que Felipe V pretendía construir un Estado moderno, con un poder legislativo único, lo que ayudaría a afirmar su soberanía. A partir de los Decretos de Nueva Planta, los derechos territoriales, al sustraerles su propio sistema de generación de normas jurídicas, quedarían en manos del Monarca absoluto y su real voluntad, las regalías, esto incluso en el caso de conservar los territorios ocupados su derecho propio, como gesto de magnanimidad del Monarca.

1.1 Los Decretos de Nueva Planta como sistema de unificación territorial del derecho.

Los Decretos de Nueva Planta dictados, por derechos de conquista, para cada territorio, permiten la conservación del derecho propio como fuente de aplicación. Aragón, en 1711, recupera su derecho propio; Mallorca en 1715, y Cataluña en 1716; excepto Valencia, donde se implantó el derecho de Castilla.

a) La Nueva Planta en Mallorca.

En Mallorca, la imposición de la Nueva Planta³ no estuvo exenta de dificultades. Las instrucciones que recibió el teniente general caballero D'Asfeldt, el 10 de enero de 1715 para la conquista de Mallorca no permitían que se transigiera sobre el mantenimiento del derecho propio mallorquín como contrapartida para evitar la confrontación militar⁴.

El 5 de julio de 1715 en una carta⁵ a D'Asfeldt, desde la Casa de S.M. se

3 - ALVAREZ NOVOA, Carlos, *La justicia en el antiguo reino de Mallorca*. Gráficas Miramar, Palma, 1971.

4 - GAY ESCODA, Josep Maria, *El Corregidor a Catalunya* Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, 3. Marcial Pons / Seminario de Historia del Derecho de Barcelona, Madrid 1997, pág. 127 y ss. Sobre el tema de los Decretos de Nueva Planta, consultar este exhaustivo estudio.

5 - La reproduce GAY ESCODA, *El Corregidor...*, cit. pág. 128, nota 276. “Ase enterado S.M.... y siendo uno de ellos el de juzgar V.E. por combeniente que en la presente coyuntura se podían otorgar a los mallorquines algunos de los privilegios menos importantes, considerando S.M. el buen fin con que V.E. hace esta proposición... y de lo que se interesa en su mayor servicio y deseando evitar la efusión de sangre, ha resuelto (sin hablarle de privilegios, ni de nada que sea contra la autoridad real) conceder a los de la Ciudad de Palma (además de lo que ya tiene permiso de otorgarles) sus leyes municipales y estilos practicados entre ellos en todo aquello que no mire ni se oponga su real servicio, ni fuera contra su autoridad ni soberanía, pero esto se entiende con la calidad de haverse de rendir sin resistencia alguna...”. El 27 del mismo mes alaba su actuación en los siguientes términos: “Aprueba S.M. a V.E. no ubiese usado de la facultad que le permitían las últimas órdenes para conceder a los mallorquines sus leyes municipales y estilos observados entre ellos; pués, como ha comprendido V.E. solamente se debía executar en el preciso caso de reconocerse que el no executar lo podía detener la conclusión de la empresa”.

le decía que podía otorgar algunos privilegios a cambio de rendirse sin resistencia. D'Asfeldt aconsejó, por medio de misiva, que se implantara la Nueva Planta inmediatamente, a fin de evitar los inconvenientes que se presentaban en Cataluña por la interinidad de la Junta Superior⁶. Por Decreto de 30 de julio de 1715, se transcribió casi literalmente la misiva de D'Asfeldt, ordenando al Gobernador del Consejo de Castilla la formación de consulta sobre la Planta de Gobierno a establecer en las islas de Mallorca e Ibiza (porque Menorca⁷ estuvo bajo la soberanía de Inglaterra hasta 1780), que después de debatir en el Pleno del Consejo de Castilla, se eleva la Consulta al Monarca el 18 de agosto de 1715⁸.

La razón de esta Consulta versaba, principalmente, en decidir si permitía el mantenimiento o no del derecho propio; y sobre la formación de la Audiencia que debía establecerse en Mallorca.

El punto más conflictivo de la Consulta a decidir por el Rey⁹ fue el tercero¹⁰ sobre la oportunidad de introducir o no la legislación castellana total o parcialmente en Mallorca.

6 - En Mallorca también se constituyó una Junta Superior por un corto espacio de tiempo. Se constituyó en octubre de 1715 y duró hasta julio de 1716. Antes se disolvió la Real Audiencia para constituir la Junta Superior, que estuvo formada por los jurisconsultos que juraron el cargo el 24 de octubre de 1715, D. Miguel Malonda, como presidente. D. José Laudes, juez del crimen, D. Bernardino Bauzá, D. Miguel Mayol y D. José Bassa, como fiscal.

7 - El caso de Menorca lo trata GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidor...*, cit. págs. 183 y ss. La situación fue distinta, ya que fue el único territorio de la Corona de Aragón de la época de Carlos II, que no se ocupó, ni tuvo planta felipista, sino que, dadas las continuas dominaciones, estuvo en poder de Inglaterra del año 1708 a 1780. La conquista de la isla se produjo por el desembarco el 19 de agosto de 1781 y el 24 de junio de 1783 se despachó Resolución para la nueva planta menorquina, pero hasta el 9 de setiembre de 1783 no se había proveído de gobernador militar para la plaza de Mahón y comandante militar de Menorca. Se articuló el poder de tal manera que los mandos político y militar estuvieron unidos en el gobernador, porque se entendió que no convenía separarlos dadas las circunstancias de la isla. Los cambios no fueron traumáticos y se fueron introduciendo mesuradamente. Sin embargo la tercera dominación británica se inició en 1798 y duraría hasta el tratado de Amiens el 25 de marzo de 1802. Esta situación sí que cambiaría la situación ya que quedaron abolidas las leyes por las que se gobernaban, que había confirmado Carlos III en 1782. Ante esta situación y las distintas dominaciones, son reveladoras las palabras del Obispo de Menorca cuando el 20 de agosto de 1809, tras ser convocado a Cortes, en su Informe dijera: "Siendo unas mismas leyes en toda la Monarquía habrían de ser, por consiguiente, uniformes los gobiernos y justicias de todos los pueblos, sin exceptuar esta Isla, donde permaneciendo aún los jurados y consejeros de Aragón, extinguidos en todas partes, padecen grandes desfalcos los caudales públicos y casi ninguna ley del reino ni Real Cédula tiene aquí valor ni cumplimiento".

8 - La razón por la que se consultara sobre la planta de Mallorca e Ibiza y no la de Menorca (que ya se ha visto en la nota anterior), es debido a que la Audiencia de Mallorca informó que en su distrito sólo existían dos corregimientos: el de Palma de Mallorca con el alcalde mayor y el de Ibiza que para los asuntos de justicia tenían un asesor con honores de ministro togado, elegido por el Rey a propuesta de la Cámara. Ver. GAY ESCODA, J. *"El corregidor..."* cit. pág. 476.

El parecer del Consejo se dividió en dos posturas: 1) una, la del fiscal¹¹, argumentando que, dado que Mallorca no se había rendido voluntariamente sino en fuerza de armas, podían seguir aplicando sus fueros, pero no por la vigencia de tales fueros, ya que debían quedar abolidos, sino por nueva concesión del Rey, que los podrá revocar en cualquier momento. 2) La otra postura fue la del gobernador del Consejo y otros, dictaminando que se aplicara el derecho mallorquín sólo en lo referente al derecho sustantivo civil (“en pleitos de partes y en que no tiene interés el Fisco”)¹², en todo lo restante se aplicaría derecho castellano¹³.

9 - La consulta elevada al Monarca se pasó al Secretario de Justicia, Don Manuel de Vadillo, el cual contaba con varios informes enviados por D'Asfeldt, entre los cuales figuraba uno que decía “Privilegios, usos y costumbres con que se han gobernado la Villas y Lugares de la parte forense de la Isla de Mallorca...”. GAY ESCODA, *El Corregidor...* cit, pág. 134.

10 - El punto tercero decía “...Supuesta la uniformidad de votos en la materia expresada, propuesto el fiscal que, considerándose el gobierno y fueros de Mallorca era el mismo que el de Cathaluña y que el real ánimo de Vuestra magestad no puede ser de que éste se mantenga, pues su entrega y reducción no ha sido voluntaria, sino en fuerza de las armas, que la sojuzgaron, queriendo aún en medio de ellas, como consta //de el capítulo tercero de los propuestos por la ciudad, universidad y reyno de Mallorca capitular la confirmación, guarda y observancia de todos sus privilegios, leyes municipales, ordinaçiones, derechos, fueros, franquezas, ussos y costumbres, que no se concedió por el cavallero Dasfeldt, aunque se ofreció reiterar por su parte sus buenos oficios con Vuestra Magestad de cuya real benignidad podían esperar qualquiera particular distinción, y suponiendo assí mismo el fiscal que el real ánimo de Vuestra Magestad es de que se forme Audiencia en la yslla de Mallorca, que ha de presidir el commandante y capitán general, ...” GAY ESCODA., *El Corregidor...* cit. pág. 130.

11 - “Le parece que devajo de la regla de que todo lo que se executase y hiciere, que fuere conforme a los fueros que tenían aquellas islas, se entienda, no en fuerza de ellos, pues éstos deverán quedar totalmente abolidos, sino de nueva concession y gracia especial de V.Mgd. sugeta a revocación... por quedar reservado a su regalía...el alterar, revocar, mudar, añadir y dar las nuevas leyes y providencias que fueren de su real voluntad y parecieren convenientes”. GAY ESCODA., *El Corregidor...* cit. pág. 130.

12 - GAY ESCODA, Josep M. *El Corregidor...* cit. pág. 131. y en pág. 780 reproduce el texto “Que en todo lo civil, en quanto lo ordinatorio judicial, observe la nueva Audiencia lo mismo que se practicaba en os tribunales de Castilla; y en lo criminal se arregle a lo que antes se practicaba en aquella yslla y reino. Que en lo decisorio, en todo lo que no se oponga y perjudique a la regalía, soberanía y suprema real potestad, se observen las leyes por que se gobernaban asta aquí en Mallorca sin alterar la coartación de los términos prevenida por aquellas leyes// por ser la más conforme al mejor curso de las dependencias: Con advertencia de que lo que no estubiere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla. Que se actúe y los instrumentos se escrivan en lengua castellana y que, de oy en adelante, no se permita imprimir libro alguno en otro idioma que castellano”.

13 - Por su parte Pascual de Villacampa consideraba que los ministros de la nueva Audiencia habrían de informar extensamente y opinar sobre cual sería el mejor derecho a aplicar en Mallorca, utilizando interinamente el derecho mallorquín en todo lo que no fuera contra la regalía. Efectuado este informe, el Consejo procedería a una nueva consulta sobre lo que se aconsejaba. El conde de Gerena propuso que no se dictaminara como vigente, ni el derecho castellano, ni el derecho mallorquín hasta que el regente y los ministros, una vez llegados a la isla, lo consultasen, ya que les faltaban elementos de juicio para dar un dictamen preciso. GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidor...* cit. pág. 131 y ss.

La aplicación del derecho propio era de nueva concesión y sujeta al arbitrio del Monarca y su real voluntad. Esta respuesta al punto tercero de la Consulta al Consejo fue la más conflictiva; determinó la aplicación del derecho civil mallorquín, como concesión real, en todo lo que no fuera contrario a las regalías, “todo lo que se executase y hiciere que fuere conforme a los Fueros que tuvieren aquellas Islas, se entienda no en fuerza de ellos pues estos deveran quedar totalmente abolidos sino de nueva concesión y gracia especial de V. Mgd. sujeta a revocación”¹⁴, añadiendo que el derecho supletorio estaría conformado por el Derecho de Castilla¹⁵.

Se iniciaba la fórmula de extender la vigencia de un Derecho extraño, en un territorio donde no era vigente, mediante el mecanismo de la supletoriedad, que, posteriormente, consagrará el art. 5 de la Ley de Bases de 1888 y así pasará al art.12 originario del Código civil.

El otro punto importante en la Consulta al Consejo de Castilla fue sobre la formación de la Audiencia que debía implantarse en Mallorca¹⁶. El Rey decidió que estuviera compuesta por un regente, cinco ministros y un fiscal¹⁷.

14 - Lo reproduce, CORONAS GONZÁLEZ, Santos M., “*Ilustración y derecho. Los Fiscales del Consejo de Castilla en el siglo XVIII*”. Instituto Nacional de la Administración Pública. 1990.

15 - “Con advertencia de que lo que no estuviere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla”.

16 - “...me consulte las providencias qué juzgare que se devan dar para la formación de la Audiencia y demás tribunales y ministros que se hayan de establecer en aquella islas, en inteligencia de que el Comandante general, que es o fuere de la de Mallorca, ha de presidir la Audiencia. Y. a este fin, remito al Consejo las tres copias adjuntas, una de los artículos de la evaquación de aquellas islas, convenidos entre el cavallero D’Asfeldt y el marqués de Rubí, otra de lo que pidieron la Ciudad, Universidad y Reino de Mallorca, y otra de lo que pidieron los eclesiásticos de Palma y Reino de Mallorca, y de que a unos y a otros se les conzedió por el cavallero D’asfeldt y le he aprobado, para que, en inteligencia de todo y sin faltar a lo capitulado y convenido, pueda el Consejo con más conocimiento consultarme su parecer en todo lo que le encargo y mando con tanta precisión como conviene”.

17 - El Consejo propuso el nombramiento de un regente, cinco ministros y un fiscal con competencia en materia civil y criminal, así como un ministro togado en Ibiza. Consideró conveniente que ni regente ni fiscal fuesen nativos de Mallorca, pero sí lo fuera alguno de los ministros. GAY ESCODA, J. reproduce la Consulta del Consejo de Castilla de 18 de agosto de 1715 sobre la Planta de Gobierno a establecer en Mallorca e Ibiza, y en el punto uno y el sexto, trata este tema, concretamente el punto sexto dice: “En cuanto a la elección de ministros para la Audiencia, dice el fiscal que, respecto que éstos han de ser nombrados por Vuestra Magestad, no enqentra reparo en que se nombren indistintamente de los reynos de Castilla o los de Aragón según su mérito. Sobre este punto y que los ministros sean uno o más mallorquines, deja tocadas el Consejo muchas razones de congruencia, que lo persuaden de útil y ventajoso en esta primera institución y formación; como no // sea asignándoles determinadamente a mallorquines plaza alguna precisa para ellos, porque dirigiéndose esta idea a la necesaria conveniencia de que pendan únicamente los empleos, premios y ascensos de aquellos naturales de la liversal mano de Vuestra Magestad, aporporción de lo que supieren adquirir y merecer su real satisfacción y gratitud, sería empezar, desde luego, a vincularles exempciones nocivas y contrarias al fin con que se camina...”, *El corregidor...*, cit. pág. 784.

Finalizada la Consulta, el Rey Felipe V dictó el Decreto de Nueva Planta de Gobierno para el Reino de Mallorca el 28 de noviembre de 1715¹⁸, que se publicó el 2 de diciembre y se trasladó a la Real Cédula de 16 de marzo de 1716. La motivación de este Decreto es, formalmente, la más respetuosa de los Decretos de Nueva Planta¹⁹ en cuanto que rompía con el sistema anterior que era más radical²⁰. El Decreto, aún permitiendo mantener la aplicación del derecho propio en todo lo que no le sea contrario, modifica el sistema de fuentes que serán, en primer lugar el Decreto de 28 de noviembre de 1715 y la legislación general posterior emanada del Monarca; subsidiariamente, el derecho propio mallorquín, con su orden de prelación de fuentes. Este sistema de fuentes se verá confirmado en la Real Cédula de 31 de agosto de 1736.

El problema se planteó respecto de la aplicación del derecho supletorio²¹; los términos decían: “con advertencia de que lo que no estuviere prevenido por aquellas leyes se camine supliéndolo con las de Castilla”. El *ius*

18 - En el punto 13 y último decía “En todo lo demás que no está comprehendido en este decreto es mi voluntad y mando se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se governava antiguamente la ysla y reino de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa magestad. Y en las cosas de guerra quedará por ahora todo libre a la disposición de mi comandante general. Tendráse entendido assí en el Consejo y se expedirán las órdenes convenientes para execución y cumplimiento”.

En el punto 4: “en el modo de prozeder en las causas civiles y criminales, número de escrivanos y ministros inferiores, aranzel de derechos y lo demás se observarán las pragmáticas y estilos antiguos, teniendo entendido que las apelaciones que antes se interponían al Consejo de Aragón se interpondrán y admitirán en adelante para el Consejo de Castilla, y si sobre estas cosas antiguas haviere alguna que necesite de reformazion, me la consultará y propondrá la Audiencia”.

19 - En opinión de GAY ESCODA, Josep M., *El Corregidos...* cit. pág. 137

20 - Como advierte GAY ESCODA, por los términos utilizados, ya que proclamaba que, “aunque por diferentes Pragmáticas los Reyes mis predecesores, se halla reglado el gobierno de la Isla y Reino de Mallorca, he considerado que las turbaciones de la última guerra le han dexado en estado que necessita de sus naturales, por lo qual he resuelto...”.

21 - La vía legislativa se abrió con una Real Cédula de 27 de noviembre de 1768 que mandaba que en defecto de leyes municipales no revocadas se gobernase con las leyes generales del Reino, que de momento no se aplicó, por otros factores que fueron comunes en los territorios forales tanto por el desconocimiento del derecho propio del territorio por los jueces, como, ante la confusión reinante, por la actitud de los propios abogados que, para favorecer a sus clientes, argumentaban la aplicación del derecho más beneficioso. Para Cataluña, POZO CARRASCOSA, Pedro del, fundamenta la situación de indeterminación del derecho supletorio en el desconocimiento de los jueces del derecho catalán, en la estrategia de los abogados, que van a alegar el derecho que es más favorable a sus clientes, ya que están más interesados en ello que en la salvaguarda del derecho catalán, además de otros factores. *El Dret civil a Catalunya i la Codificació: alguns aspectes judicials i doctrinals*. V Jornades de Dret Català a Tossa. Barcelona 1990, pág. 7 y ss. ROCA TRIAS, Encarna *El mecanisme del dret supletori i la intenció política a Catalunya*. (Discurs de recepció d'Encarna Roca Trías com a membre numerari de la Secció de Filosofia i Ciències Socials, llegit el dia 19 d'octubre de 1995) Barcelona 1996.

commune quedaba sustituido por el Derecho de Castilla. Para salvar este punto, se ingenió la práctica de utilizar el Derecho Romano y Canónico como derecho propio, dándole el tratamiento de costumbre; por lo que el Derecho de Castilla tuvo una aplicación de excepción²². Este mecanismo se utilizará, ya entrado el período codificador, para mantener la vigencia del *ius commune* como derecho supletorio²³.

b) El sistema de fuentes en la Nueva Planta, como forma de extender la vigencia de un derecho territorialmente no vigente.

Los territorios de la Corona de Aragón, con el nuevo sistema de Fuentes²⁴ que proclama la Nueva Planta, da primacía, sobre el derecho propio, al Decreto y a la legislación posterior a éste dictada por el Monarca; también extendió la vigencia del Derecho de Castilla como derecho supletorio.

La supletoriedad del Derecho de Castilla era la argucia para implantar la vigencia territorial de un derecho que no era vigente.

La legislación posterior emanada del Monarca, que antecede a la aplicación del Derecho civil propio, presenta la misma pretensión unificadora que las “*Ordonnances royales*” promulgadas por los Reyes de Francia, antes de publicar el *Code civil*, y la influencia que tuvieron en éste²⁵. Recordemos la Ley de 16 de mayo de 1835, llamada de Mostrencos, que será origen de un gran debate en Baleares²⁶, como en otros territorios forales²⁷, incluso publicado el Código civil, en relación a su aplicación a la sucesión intestada.

22 - Posteriormente se siguieron suscitando dudas sobre la R Cédula de 1768 que establecía el derecho castellano como supletorio del derecho catalán; esta cuestión, después de un largo debate se zanjó “visto por el consejo el dictamen del fiscal, acordó por auto de 29 de abril de 1784 que se expidiera la cédula correspondiente...por la cual mandaba a la Real Audiencia de Cataluña que guardara la expedida en 27 de noviembre de 1768” (GAY ESCODA, J. “Notas sobre el Derecho supletorio de Cataluña desde el decreto de Nueva Planta (1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal supremo”, en CLAVERO, B. y otros (dir.). *Hispania* (10), pág. 833).

23 - BADOSA COLL, Ferran, *Compendi de Dret Civil català.*, Marcial Pons. Barcelona 1999, pág. 26 y ss.

24 - PLANAS ROSSELLÓ, A. “La pervivencia del Derecho mallorquín tras los decretos de Nueva Planta. *Ius Fugit*, 13-14, 2004-2006, pp. 409-437.

25 - BADOSA COLL, Ferran, “El “Code Civil” com a legislació post-revolucionaria”. Inauguració del Curs acadèmic 1989-90, en *La raó i la revolució Commemoració* del bicentenari de la Revolució Francesa Discursos del Professors Dr. Ferran Badosa Coll i Dr. José Manuel Bermudo Ávila Universitat de Barcelona Publicacions de la Universitat de Barcelona, 1989.

26 - LLODRÁ GRIMALT, F. *Sobre la sucesión intestada en Mallorca*. Materials 4, Edicions UIB. Palma 1999. FERRER VANRELL, M.P. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la soberanía*. Materials 6, Edicions UIB. Palma 2001, pp. 120 y ss.

27 - Más adelante trataremos las STS sobre la aplicación del Código civil a la sucesión intestada en Aragón, Cataluña, Baleares y Navarra.

Reinando Fernando VI, en 1751, Simón de Somodevilla, al que le otorgó el título de Marqués de la Ensenada, propuso al Rey que emprendiera la reforma de los estudios universitarios y un Código que modificara la Nueva Recopilación. Para esta labor se pensó en el valenciano D. Gregorio Mayans y Siscar. En su correspondencia, puede leerse una carta de 12 de enero de 1754, dirigida a D. Agustín de Hordeñana,²⁸ donde argumenta la necesidad de un “Código legal español”, explicando su denominación y estructura en estos términos: “que podremos llamar *fernandino* para inmortal gloria de nuestro rei i señor, el código deve ser mui dilatado en la dotrina i mui breve en el modo de exprimirla, mui justo en todo, mui acomodado a la nación española, en su formación deve tenerse presente que, si algo se establece, debe ser útil no solamente al rei, sino también a sus vasallos, para cuyo bien es rei”. Explica su idea sobre la reforma de los estudios universitarios que fundamenta en el conocimiento del Derecho Romano, quejándose de la enseñanza incompleta de este derecho que “es la fuente de los muchos i varios derechos de todas las naciones de Europa”. Se está refiriendo a la universalidad del *ius commune*.

La opinión de Mayans iba contracorriente, porque el siglo XVIII fue el de la exaltación de los derechos nacionales. Se consideró que los planes de estudio de 1667 dedicaban excesiva atención al Derecho Romano, olvidando el Derecho Patrio²⁹; por esta razón se encarga a los juristas D. Ignacio Jordán de Asso y del Río junto a D. Miguel de Manuel y Rodríguez, el estudio del derecho patrio, que concluirá en la obra “Instituciones del Derecho civil de Castilla”, publicada en 1771 en Madrid y que fue el texto de estudio en las Universidades españolas.

El Auto del Consejo en pleno, dictado el 4 de diciembre de 1713 (*Novísima Recopilación*, 8,4,7) prohibió aplicar Derecho Romano a las Audiencias; como también obligó a enseñar el Derecho real en las Universidades, incluso las de territorio foral.

En Mallorca, el *ius commune* se seguía aplicando, no ya como derecho supletorio sino como derecho propio, dándole el tratamiento de costumbre, por lo que esta sustitución de la enseñanza del Derecho Romano por el de Castilla constituiría un duro golpe a la diversidad legislativa.

28 - Ver Biblioteca Valencia Virtual. *Volumen XV: Mayans y los altos cuadros de la Magistratura y Administración borbónica, 2. (1751-1781)*. Carta de Gregorio Mayans y Siscar a Agustín de Ordeñana, 12 de enero de 1754.

29 - Silvela, Francisco, se lamentaba de esta situación y añadía que “las leyes patrias estaban en verdadero olvido y que constituían la sustancia de la enseñanza y de la propia vida del Derecho en España, las leyes y los principios del Derecho Romano”, en “Discurso sobre el Código Civil” en la Real Academia de Jurisprudencia el 29 de enero de 1889. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 74, p. 106

La vía legislativa se abrió con una Real Cédula de 27 de noviembre de 1768³⁰ que mandaba que en defecto de leyes municipales no revocadas se gobernase con las leyes generales del Reino, que de momento no se aplicó. Tenemos constancia de la argumentación que hará el fiscal del Crimen a propósito de un supuesto que se planteó en Cataluña³¹ y que resolvió salvando, sorprendentemente, la contradicción de considerar “vigente en Cataluña el Derecho romano y no el Derecho castellano en defecto del derecho propio, contrariando lo dispuesto en la Cédula de 1768”³². El fiscal cita una ley romana (C. 10,32,24) y alega que estaba vigente no como derecho supletorio sino como costumbre o práctica y, en consecuencia prevalecía sobre lo dispuesto en la Nueva Recopilación. Este es el mecanismo que se utilizará, ya entrado el período codificador, para mantener la vigencia del *ius commune* como derecho supletorio³³.

Abolida la capacidad legislativa, se han iniciado tiempos de grandes dificultades tanto para el conocimiento de nuestro Derecho como para su desarrollo, aunque se avecinan otros tiempos aún más difíciles, la etapa codificadora. El desconcierto en los territorios forales, durante el período precodificador, por las dificultades que originaba la indeterminación del derecho aplicable, les condujo a una continua investigación, mediante consultas sobre cuál era el derecho supletorio, el propio o el derecho de Castilla.

En Baleares, estas consultas estuvieron propiciadas por el Colegio de

30 - Posteriormente se siguieron suscitando dudas sobre la R Cédula de 1768 que establecía el derecho castellano como supletorio del derecho catalán; esta cuestión, después de un largo debate se zanjó “visto por el consejo el dictamen del fiscal, acordó por auto de 29 de abril de 1784 que se expidiera la cédula correspondiente...por la cual mandaba a la Real Audiencia de Cataluña que guardara la expedida en 27 de noviembre de 1768” (GAY ESCODA, J. *Notas sobre...* cit, pág. 833). Sin embargo, aunque la Audiencia acordó su cumplimiento, se seguía utilizando el propio supletorio a falta de Derecho Municipal. En este sentido es elocuente lo reflejado en la Respuesta a la Consulta al País que da José Solsona diciendo que se aplica el propio supletorio y no las leyes de Castilla, como mandó Felipe V (Ver A.C. legajo 6 núm.29. Lo reproduce ARTOLA en *Los Orígenes Los Orígenes de la España Contemporánea*, Madrid 1976, pág. 571 a 594. Es interesante leer este dictamen).

31 - Lo relata GAY ESCODA, Josep M. *Notas sobre el derecho supletorio...*, cit. pág. 829.

32 - Se salvó con el siguiente argumento: “Que acredita lo antecedente la costumbre e inconcusa práctica observada en Cathaluña conforme a las leyes del derecho común, sin que haya tenido trascendencia ni extensión a aquel Principado la pragmática del año 1623 sin embargo de la orden para que, en defecto de constitución, deban los jueces sentenciar con arreglo a las leyes de Castilla y no a las eclesiásticas y del derecho civil, como disponían las constituciones, porque la práctica y costumbre inmemorial (Se discutía un supuesto de extensión de una ley de exención fiscal a Cataluña)... ..no se entendió derogada por la nueva planta de gobierno...y la constitución manda que se decidan las causas por los usages, constituciones, capítulos de Corte y otros de derechos del Principado. Los usages no tubieron otro origen no son otra cosa que una larga costumbre según las mismas constituciones”.

33 - BADOSA COLL, Ferran, *Compendi...*, cit. pág. 26 y ss.

Abogados que, a efectos de poner en funcionamiento los cursos sobre práctica judicial, de acuerdo con el art.35 de sus Estatutos, encargó un Dictamen sobre el derecho aplicable en Mallorca al abogado D. Joaquín Fiol Estada³⁴ en 1768. El autor llega a unas conclusiones importantes, de las que destacaremos: 1) Aplicación preferente del Derecho Municipal. 2) Aplicación del *ius commune* en su doble condición, a) como derecho propio, al tener tratamiento de costumbre³⁵; b) como derecho supletorio.

Son los prolegómenos a la codificación civil que se inician en Europa, con movimientos que preludian la nueva técnica codificadora. El “*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*” de 1756 fue el primer intento de sistematizar el Derecho civil. El *Codex*, como antecedente, tuvo vigencia territorial en Baviera hasta la entrada en vigor del Código civil alemán en 1900. El *Codex* adopta la sistemática de las Instituciones de Justiniano, ordena el Derecho Romano de la Recepción adaptándolo a las necesidades jurídicas del momento.

2. Los prolegómenos codificadores. La influencia europea.

Llegan los aires codificadores y los principios racionalistas en las postrimerías del siglo XVIII. La novedad de la codificación civil no lo era en cuanto al contenido del derecho a codificar, sino por su estructura, su sistemática. Ahora bien, en España, la codificación afectó, también, al contenido, porque se inició con la sistematización de las instituciones propias del Derecho del Derecho de Castilla, sin tener en cuenta los derechos civiles territoriales.

Esta cuestión y las convulsiones políticas que provocaban continuos cambios del texto constitucional en función de las alternancias del partido gobernante, afectaron, también, a la codificación civil. Todo esto se manifiesta en los tres primeros Proyectos de Código civil, denominados unitarios al prescindir absolutamente de los derechos civiles forales, cuestión que requiere poner de relieve algunos de los aspectos que concurrieron.

Napoleón será el gran impulsor de la codificación civil. Anteriormente, Federico II, gran amigo de Voltaire, promovió el Código de los Estados prusianos; y la Emperatriz María Teresa, el de Austria, que también siguió el sistema romano de las Instituciones. En Francia, la Comisión de juristas

34 - Su estudio detallado puede consultarse en FERRER VANRELL, M. Pilar, *La aplicación del derecho como elemento reforzador de la soberanía. (Estudio histórico del derecho supletorio en Mallorca)*. Colección Materials, Ed. UIB, Palma 2001.

35 - Dice FIOI, que el Derecho Romano ya no tuvo “fuerza de ley, ni la pudo tener por falta de potestad legislativa de los Emperadores en esos mismos Reynos; de suerte que donde la tiene oy en día la tiene mas por costumbre que por autoridad de legislador”. FERRER VANRELL, M.P. *La aplicación del Derecho como elemento reforzador de la Soberanía*. Edicions UIB, Col. Materials, Palma 2001, pp. 69.

nombrada por Napoleón (que unía los dos grandes espacios territoriales, divididos no sólo lingüísticamente, sino por el derecho: la zona norte, donde imperaba le *droit coutumier* y la zona sur de *droit écrit*), elaboraron los principios rectores del Código civil francés de 1804, que unificó la legislación francesa, correspondiente a derecho consuetudinario y derecho de tradición romana.

El *Code* de Napoleón³⁶ tuvo una gran influencia en el español, pero la unificación, que se consiguió en Francia, se erigió en el principal escollo que tuvo que salvar la codificación civil española.

Se intentó ordenar el derecho castellano con la publicación, tardía, en 1805 de la Recopilación de las leyes de España o *Novísima Recopilación*, obra de Juan Reguera de Valdelomar; que debía ser complementada por una Comisión recopiladora en la que se encontraba Lardizábal (que, posteriormente, formará parte de la Comisión nombrada en 1814 para redactar el Código civil), que a pesar de su trabajo durante el período 1775-1785 no llegó a concretarse. La *Novísima Recopilación* no cumplía las expectativas del momento. Francisco Martínez Marina señaló sus defectos en el *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación*. Reguera, en 1815 solicitó al Consejo de Castilla que especificara cuáles eran sus defectos. Martínez Marina redactó una obra, en 1816, con el título, *Juicio Crítico de la novísima Recopilación* que el Colegio de Abogados, en su Censura de 28 de enero de 1819, consideró que debía publicarse al entender que “pueden influir bastante sus trabajos en las mejoras de nuestra legislación, y particularmente por corresponder a las sabias instrucciones y deseos del gobierno que tantos años hace que trabaja con loable celo y constancia en perfeccionar el Código Nacional”³⁷. Se publicó en 1820.

En los territorios de *iura propria*, entre los que se encontraba Baleares, aplicaban su maltrecho derecho, consecuencia de la unificación borbónica en 1707 que se zanjó con los anteriormente citados Decretos de Nueva Planta. El mapa de regímenes de derecho civil quedó en seis, como relata LASSO GAITE³⁸ “el llamado común o de Castilla, que regía con escasas salvedades (para Galicia) en 39 provincias; y el de Aragón, para las tres provincias de esa región; Baleares para este territorio insular; Cataluña, para las cuatro provincias del principado; Navarra; y Vizcaya. O sea diez provincias, cuyo ámbito fue ampliado para Alava y Galicia”.

36 - Ver el *iter* del *Code*, en BADOSA COLL, “El “Code Civil” com a legislació post-revolucionària”. Discurso de inauguración del curso académico 1989-1990. Universidad de Barcelona 1989.

37 - Da cumplida razón GIBERT, Rafael, “La codificación civil en España (1752-1889)”. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*- Atti del terzo Congresso Internazionale Della Società italiana di Storia del Diritto. Firenze 1977, p. 913.

38 - LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la codificación española, Codificación civil (Génesis e historia del Código)*. Volumen I, Ministerio de Justicia. Madrid 1970. pág. 17.

La situación europea no era favorable a quienes formaban la resistencia a la unificación civil y en pro de la diversidad legislativa. En España existen serias dificultades a la uniformidad civil³⁹.

2.1. El inicio del constitucionalismo y su influjo en la unificación civil.

Este caos legislativo, tanto en el derecho castellano, como en los territorios llamados forales, se pone de manifiesto en la Consulta al País, previa a las Cortes de Cádiz. La Comisión de Cortes de la Junta Central formuló la Consulta al País⁴⁰, por Circular de 24 de junio de 1809, preparatoria a la convocatoria de las Cortes de Cádiz, que en sus respuestas nos dan muestras del sentir precodificador⁴¹ y la situación de los derechos civiles territoriales.

2.2 La Consulta al País.

Se conoce con el nombre de Informes o Consulta de Cortes “al conjunto de escritos, procedentes de corporaciones o particulares, que fueron enviados a la Junta Central como respuesta a la solicitud de información que hizo la Comisión de Cortes en una Circular⁴² de 24 de junio de 1809”⁴³, cuyo origen se remonta a 15 de abril del mismo año⁴⁴.

39 - “Nacidas todas de las divergencias que hay entre las leyes de Castilla y las de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya, que se rigen todavía por sus fueros provinciales, estando vigentes en otras sus fueros municipales”, LASSO GAITE, *Crónica de la...*, pág. 18, donde reproduce los términos de Rodríguez Martín.

40 - Se pueden consultar los documentos y las distintas opiniones que dieron las instituciones de Baleares, al ser requeridas por la Comisión de Cortes, en *Los Orígenes de la España Contemporánea*, Madrid 1976 de Miguel ARTOLA GALLEGO, que reproduce tales documentos, si bien no se reproducen todos, sino una selección de los más representativos. En Seminario de Historia Moderna, Estudio Preliminar de FEDERICO SUAREZ, *Cortes de Cádiz*, Pamplona 1967. En JIMENEZ DE GREGORIO, F *La convocatoria a Cortes Constituyentes en 1810. Estado de la opinión española en punto a la reforma constitucional*. Plasencia 1936. Y en Estudios de Historia Moderna, V Barcelona 1955.

41 - Las Respuestas las podemos encontrar en el Archivo de Cortes.

42 - La Circular de 24 de junio de 1809 fue enviada según consta en el Archivo de Cortes y de acuerdo con el Real Decreto de 22 de mayo de 1809 a un conjunto de organismos o corporaciones y a determinadas personas, cuya lista nos la facilita FEDERICO SUAREZ, (AC Leg. 3 n° 5). Lo cita FEDERICO SUAREZ, Estudio Prel. *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 20

43 - Seminario de Historia Moderna, Estudio Preliminar de FEDERICO SUAREZ, *Cortes de Cádiz*, Pamplona 1967, pág.13.

44 - Momento en que Don Antonio Valdés proponía siete puntos concretos a los cuales los Informes debían ceñirse y debían evacuarse en el plazo de tres meses. El 22 de Mayo la Junta dio “un Decreto en cuya parte dispositiva, además de crear una Comisión de Cortes para que se ocupara de todas las cuestiones preliminares...disponía que la Junta se ocupara de investigar una serie de puntos para irlos proponiendo sucesivamente a la nación juntada en Cortes; y con el fin de reunir las luces necesarias para ello, determinaba consultar a los Consejos, Juntas Superiores de las provincias, Tribunales, a los sabios y personas ilustradas” (FEDERICO SUAREZ, Estudio Prel. *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 17-18).

A las cuestiones planteadas por la Consulta al País, la Junta Superior de Mallorca emite la Respuesta, el 6 de septiembre de 1809, a la pregunta sobre el derecho aplicable en este territorio, en estos términos: “conviene advertir que en algunos puntos tienen las provincias legislaciones distintas fundadas en estatutos, fueros, usos y costumbres, que se mandaron guardar en Mallorca en la Nueva Planta de su Real Audiencia en 1715 y en la Real Cédula de 1736. Cada una de otras provincias creará que le es más beneficiosa su legislación en aquel punto; Castilla y Aragón tienen bastante variación⁴⁵ en esta parte y será imposible arreglar la uniformidad en todo el Reino”⁴⁶.

Ante esta situación y sentados estos principios se proponen dos medios: 1) “que se trabaje en las provincias, por letrados útiles, la reforma, recopilación y volumen nuevo de leyes y que se remita, en un término que se señale, a S.M. y Junta Central para su examen y aprobación”. Se entiende que este método sería largo porque es “mucha la variedad y difícil la combinación” por lo que se descarta esta opción. 2) El segundo medio “y tal vez el único, para mejorar nuestra legislación y elevarla a la perfección posible, es formar en la misma corte una de seis o más sabios ministros o letrados, dando a cada uno dos pasantes o agentes, también letrados, con la dotación competente, para que se ocupen únicamente de esta importante comisión”⁴⁷. Esta solución es igual a la propuesta en la Respuesta por el Ayuntamiento de Palma⁴⁸.

45 - Resulta sorprendente el ejemplo que pone al respecto “Para mayor claridad se ponen por ejemplo, dos solos puntos de esta variación: ser el primero sobre el repartimiento de los bienes gananciales adquiridos durante el matrimonio, que en Castilla se reparten entre marido y mujer, y en Mallorca todos ellos pertenecen al marido; y este uso observado desde su conquista, parecerá siempre más justo a estos naturales porque contribuyendo poco o nada la mujer a la subsistencia de la familia y mucho menos a su adelantamiento, no parece conforme a razón que haya de llevar una mitad de lo que adquirió el marido con mucha aplicación y trabajo en su carrera, oficio, giro o industria”. Seminario de Historia Moderna, *Cortes de Cádiz*, cit. pág. 133.

46 - Continúa: “Otras muchas diferencias se hallarán en varias provincias, y todas ellas se tomarán en consideración para adoptar las más convenientes o para dejar a cada una de las leyes más propias y análogas a su clima, educación, fueros y costumbres. Sentados estos principios y reglas generales, vamos a proponer los medios de mejorar nuestra legislación”.

47 - Añade “Deberán los de esta comisión trabajar por partes conforme al método indicado o según el que parezca más a propósito, y concluída cada una de sus partes, convendría que el gobierno no la hiciese circular en todas las provincias oyendo las Juntas Superiores de ellas, sus audiencias, ayuntamientos y universidades, para que las vean y examinen y en el término de dos meses desde el recibo, o en el que se señalase, informen y den su dictamen sobre cada una de las leyes de la parte remitida y digan cuanto se les ofrezca sobre ellas, así por lo que toca al bien general de la nación como al de la provincia, y que devuelto por los informes y dictámenes se dé la última mano a este trabajo y se coordine para proponerlo en las Cortes, y por ellas se eleve a la aprobación del soberano”.

48 - Posteriormente, como se indicará, los diputados Aner y Dou mantendrán esta opinión en las Cortes, al debatir al propuesta de Espiga y Gadea.

El resultado a la Consulta al País, preparatoria de las Cortes de Cádiz, constata la existencia de un caos legislativo.

3. El inicio de la codificación civil española según mandato constitucional.

El principio de uniformidad en legislación civil y las primeras voces sobre la diversidad legislativa.

Es evidente que el reciente movimiento codificador europeo había llegado a España; las Respuestas a la Proposición segunda de la Consulta al País se centran, especialmente, en la problemática que puede plantear la unificación del Derecho civil. La respuesta del Ayuntamiento de Palma de 20 de septiembre de 1809, y la de la Junta Superior de Mallorca de 6 de septiembre del mismo año, responden al Estatuto de Bayona de 6 de julio de 1808, un año después de entrar en vigor su art. 96 que preceptuaba “las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de leyes civiles y criminales”, precepto que se fue repitiendo en las siguientes Constituciones del XIX⁴⁹.

El 19 de mayo de 1808 se convocó la Asamblea de Bayona, después de que Carlos IV abdicara el 19 de marzo en Fernando VII y éste a su vez en Napoleón, el 6 de mayo. El Rey José promulgó el 7 de julio de 1808 la Constitución de Bayona. La redacción de su art.96, que mandaba la unidad legislativa en materia civil y criminal, era producto de la defensa del derecho patrio, que se hizo por los representantes del Consejo de Castilla, en Bayona, frente a los términos del art. 53 del Proyecto, que había sido supervisado por Napoleón y que proponía que el Code de Napoleón formara parte de las leyes del Reino.

Se nombró, por Decreto de 8 de junio de 1809, una Comisión para elaborar los trabajos preparatorios a las Cortes de Cádiz. Jovellanos redactó una “Instrucción” en la que se indicaba el sistema de elección de Diputados en Cortes. Después de un difícil y complejo proceso, la Junta de Regencia convocó Cortes Generales y Extraordinarias mediante Decreto de 1 de enero de 1810, y se reunieron, finalmente, en Cádiz el 24 de septiembre del mismo año, en una sola Cámara.

3.1 La propuesta de Espiga y Gadea.

La voz foralista del diputado Aner de Esteve.

Las primeras Comisiones para redactar el Código civil.

La propuesta que presentó el diputado D. José Espiga y Gadea, en la Sesión

49 - Así el art. 258 Constitución 1812; art. 4 Constitución de 1837; art. 91.3 Constitución de 1869; art. 75 Constitución de 1876.

de Cortes de 9 de diciembre de 1810, decía: “Habiendo sido convocadas las Cortes Generales y Extraordinarias no sólo para formar una Constitución, sino también para reforzar nuestra legislación, y conteniendo ésta diversas partes que exigen diferentes comisiones, pido que se nombre una para reformar la legislación civil, otra para la criminal, otra para el sistema de Hacienda, otra para el comercio y otra para el plan de educación e instrucción pública”⁵⁰. Se debatió esta propuesta en la Sesión de las Cortes Generales y Extraordinarias de 5 de febrero de 1811⁵¹. Una de las Comisiones que debía nombrarse tenía la tarea de redactar la reforma de la legislación civil. En el debate, el diputado Sr. Aner de Esteve, representante por Cataluña (de talante foralista como Dou, que fue vocal de la Junta Superior de Cataluña), dice que la propuesta del Diputado Sr. Espiga tiene dificultades en cuanto a la composición de la Comisión; partiendo de la necesidad de reformar toda la legislación que regía en toda la Monarquía, argumenta: “mas como ésta es tan distinta en cada provincia, según sus usos y costumbres, sería preciso que en cada una de ellas se nombrase una comisión para proponer a V.M. lo que creyeren útil”⁵². Son las primeras voces de atención a la diversidad legislativa.

Las respuestas⁵³ a la Consulta al País ya pusieron de relieve, en sus Dictámenes, la discrepancia entre los territorios de la llamada Corona de Castilla y los territorios de la antigua Corona de Aragón, Cataluña, Valencia y Mallorca (de Zaragoza, parece que se perdió, ya que no se conserva; o bien no se dio respuesta a la Consulta). Los primeros entendieron que era conveniente que rigiera en toda la nación un mismo Código; los segundos manifestaron que debían restablecerse “las peculiaridades de su derecho, que los Decretos de Felipe V habían reducido pero no anulado”⁵⁴.

Las discusiones sobre el texto constitucional y sobre si debían formarse Comisiones con personas ajenas a las Cortes para que redactaran el borrador de Código civil, agotaron el período parlamentario para dar respuesta a la propuesta de Espiga y Gadea.

50 - Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias, sesión del día 9 de diciembre de 1810. Puede consultarse en Biblioteca Virtual Cervantes.

51 - Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias; sesión del día 5 de febrero de 1811; n° 132, pp. 499 y ss.

52 - Diario de Sesiones..., n° 132, cit. Pág.502. Hemos hecho referencia en la opinión vertida por Mallorca en respuesta a la consulta al País, en la línea que presentan los diputados Aner y Dou (ver nota 47; 48 y 48).

53 - De los que se han conservado, y según las Consultas que se enviaron, ya que no hay clara constancia de ellos por no saber si se han perdido o no llegaron. Ver *Cortes de Cádiz. Informes 1. Oficiales sobre Cortes Baleares*. Seminario de Historia Moderna. Ediciones Universidad de Navarra 1967., pp. 21, donde dice que no hay acuerdo entre Jiménez de Gregorio; Artola y Arriazu. Señala una lista de las circulares de 24 de junio y de 30 de junio, así como de la recepción de los infomes.

54 - GIBERT, Rafael, “La codificación civil”, cit., p. 910.

En la Sesión del día 23 de septiembre de 1811⁵⁵ de Cortes Generales y Extraordinarias se presentaron los nombres de los miembros de las cinco Comisiones que había propuesto Espiga. Los vocales para redactar el Código Civil eran Soto Posada; Cortavarría; Ruíz del Burgo; Cano Manuel; Pérez Villamil; Madrid Dávila; Montemayor; Domingo Benítez; Vallejo; Santurio; de Ayesa; y de Aguilar.

Poner en práctica esta propuesta, en el ámbito civil, no era tarea fácil. En Cádiz se tenía conocimiento del Derecho castellano, pero se desconocía el Derecho foral; tampoco tenían textos para su consulta.

Los principales artífices de la primera Constitución liberal del país, que se aprobó el 19 de marzo de 1812, fueron Argüelles; Pérez de Castro, y Muñoz Torrero, un sacerdote de marcada tendencia liberal que presidió la Comisión.

Promulgada la Constitución de Cádiz, el 23 de marzo de 1812, su art. 258 decía⁵⁶: “el Código civil y criminal y el de Comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”.

Se inició la discusión sobre el sistema para convocar nuevas Cortes ya ordinarias y fijar las bases; se barajaban las fechas de 1813 o 1814, por razón de tiempo para reunirlos. Se entendió que las Cortes extraordinarias, aunque estuvieren cerradas las sesiones, no se iban a disolver y se convertían en ordinarias hasta que se reunieran los nuevos Diputados que sustituirían a los anteriores para comenzar la nueva legislatura. El 9 de abril se presentó el proyecto de Decreto de convocatoria, que iría acompañado de dos Instrucciones, una para el territorio peninsular e islas adyacentes, y otra para los territorios de Ultramar. El Decreto de 23 de mayo de 1813, convocaba Cortes ordinarias para el 1 de octubre del mismo año.

Las Cortes extraordinarias se cerraron el 14 de septiembre de 1813, sin haber nombrado las Comisiones para la redacción del Código civil. Por otras razones⁵⁷, la Diputación Permanente, acordó convocar nuevas Cortes Extraordinarias para tratar el traslado del Gobierno y de las Nuevas Cortes

55 - Diario de Sesiones, n.º 356, p. 1901. Biblioteca Virtual Constitución 1812. Fundación Centro de Estudios constitucionales.

56 - Otro de los aspectos de la Constitución fue el papel del Tribunal Supremo de Justicia, que tuvo una importante labor de unificación legislativa a través de la jurisprudencia, alterando los ánimos de los foralistas

57 - SUÁREZ FERNÁNDEZ, Luis, p.288. *Historia General de España y América: Del Antiguo al Nuevo Régimen* (libro electrónico):

http://books.google.es/books?id=T6hbEOvZz6AC&pg=PA291&lpg=PA291&dq=legislatura+1813+1814&source=bl&ots=t03i23_Mat&sig=WFMm2LJbAb8WwvOWShhizy4Oc8&hl=es#v=onepage&q=legislatura%201813%201814&f=false

a Puerto de Santa María, por una epidemia de fiebre amarilla que asoló Cádiz. Este Acuerdo se expidió por Orden, firmada a las 9.30 h. de la noche, por el Secretario Sr. Olmedo, del día 16 de septiembre de 1813. A los pocos minutos entraron los Señores Diputados y permanecieron reunidos, del 16 al 20 de septiembre.

Las Cortes Ordinarias estaban convocadas para el 25 de septiembre, día en el que juraron sus cargos los nuevos Diputados. La primera legislatura duró del 1 de octubre, en que se reunieron en acto inaugural, hasta el 19 de febrero de 1814; la segunda desde 25 de febrero de este mismo año, hasta el 10 de mayo de 1814. Por Baleares nombraron Diputados a D. Ramón Despuig y Zaforteza, Conde de Montenegro y de Montoro; D. Miguel Fluxá; y D. Esteban Briones, sólo en la segunda legislatura.

Pendiente el nombramiento de las Comisiones para redactar el Código Civil, en la sesión de Cortes ordinarias de 1 de octubre de 1813 se nombró una Comisión mixta⁵⁸ para que, dando cumplimiento al artículo 258 de la Constitución, redactara un borrador de anteproyecto de Código Civil, compuesta por D. Francisco Javier de Castro; D. Mariano Mendiola; D. Mateo Norzagaray; D. José Antonio López de la Plata y D. Ramón Utgés. Esta Comisión manifestó las dificultades para iniciar su labor, la falta de material de consulta y de tiempo.

En la segunda legislatura, en la Sesión Extraordinaria de la Noche de 30 de marzo de 1814⁵⁹, “el Sr. Presidente mandó se leyese la propuesta de la Comisión de los individuos que deben ayudar a preparar los trabajos del Código civil, y en seguida se procedió al nombramiento. Quedaron elegidos, después de cinco votaciones, los diputados Utgés, Espiga Gadea, Sombiela, Ruíz-Dávila y Marina”⁶⁰.

Estas Comisiones no iniciaron sus trabajos, ya que el 4 mayo de 1814 el Rey Fernando VII disolvió las Cortes.

3.2 La restauración del absolutismo. Los Proyectos unitarios, el menosprecio a los derechos forales.

Fernando VII de 1814 a 1829 restauró el absolutismo, derogando la Constitución de 1812. El 1 de enero de 1820, en Cabezas de San Juan, se produce el pronunciamiento militar encabezado por el Teniente Coronel

58 - Biblioteca Virtual. Fundación Centro de estudios Constitucionales 1812; Actas de las Sesiones ordinarias, Sesión del Día 1 de octubre de 1813, N° 1, p. 9.

59 - Biblioteca Virtual. Fundación Centro de estudios Constitucionales 1812; Sesión de la Noche de 30 de marzo de 1814, n° 39, pág. 197.

60 - LASSO GAITE, añade a esta Comisión los nombres de Tamaró y de Lardizábal; sin embargo he contrastado con el Diario de sesiones de esta fecha y no figuran en él.

Rafael de Riego, que dio lugar al llamado Trienio Liberal. El Rey Fernando VII, después de jurar la Constitución de 1812, de forma obligada, convoca Cortes unicamerales.

Se inicia la codificación civil mediante la redacción de tres Proyectos unitarios, que no van a alcanzar sanción legal; entre otras causas, por la llamada cuestión foral. Para iniciar los trabajos codificadores se tenía que nombrar la Comisión redactora. Se dio cuenta en las Cortes de las dificultades de las anteriores Comisiones y se autorizó a la Comisión de Diputados que nombrara otros miembros para auxiliarse con personas externas a la Comisión.

Las Cortes nombran la Comisión redactora del Código civil en sesión del 22 de agosto de 1820⁶¹. La propuesta del nombramiento de tres comisiones, pudiéndose nombrar otros “individuos de fuera de las Cortes” había partido del Diputado De La Santa, el 16 de julio de 1820. El nombramiento de la Comisión para el Código civil recayó en el catedrático D. Nicolás María de Garely, ilustre jurista que ya había colaborado con Reguera de Valdelomar en la Novísima Recopilación, y que fue Presidente del Tribunal Supremo y Ministro de Justicia (nombrado por el Presidente Martínez de la Rosa, el 14 de octubre de 1834). A este liberal moderado se le nombró Presidente de la Comisión redactora del Proyecto de Código civil, tomando parte activa en la elaboración del primer Proyecto incompleto de 1921. Los otros miembros nombrados vocales de esta Comisión eran los Diputados Antonio Cano Manuel; Pedro de Silves; Martín de Hinojosa; Juan de la Cuesta; Felipe Navarro; y Juan N. Fernández.

a) Los proyectos del Código civil de 1821 y 1836.

El resultado del trabajo de la Comisión se concretó en 476 artículos, correspondientes al Título Preliminar y al libro I y II de la Primera Parte inconclusa. Garely, como Presidente de la Comisión, leyó en la sesión de Cortes de 19 de junio de 1821 el discurso Preliminar y dio cuenta del índice y estructura del proyecto. El 18 de julio el Diputado San Miguel leyó el Título Preliminar y se mandó imprimir. Al empezar la nueva legislatura en la sesión de Cortes extraordinarias el 24 de septiembre de 1821, se constituyeron las Cortes extraordinarias, y se procedió a la elección del Presidente de las Cortes, que del escrutinio recayó en el Obispo de Mallorca, D. Pedro González Vallejo⁶².

61 - Diario de Sesiones de 22 de agosto de 1820, Tomo I, p. 610.

62 - Fue nombrado Obispo de Mallorca el verano de 1819 y tomó posesión de la Mitra episcopal en diciembre de 1820. Su talante liberal le llevó a cerrar el Palacio de la Inquisición de Mallorca, mandando demoler el Edificio. El 13 de julio de 1834, la Reina Isabel II le otorgó la dignidad de Prócer del Reino y el 10 de octubre de 1835 de Presidente del Estamento de Ilustres Próceres.

En la Sesión de 15 de octubre⁶³ y en días sucesivos, el diputado Fernández San Miguel inició la lectura de la primera parte incompleta del proyectado Código civil, la correspondiente a los libros I y II faltando el libro III. Este proyecto se inspiraba, en ciertos aspectos, en el *Code* francés y en los Códigos de Prusia y Austria, aunque tenía más carácter de Código político que estrictamente civil; y, principalmente, olvidaba los derechos civiles forales, como ya apuntaron los Diputados catalanes Sr. Dou y Sr. Aner.

Este trabajo incompleto será el punto de partida para la nueva Comisión que elaboró el llamado Proyecto de 1836.

En abril de 1823, los Cien Mil Hijos de San Luis, bajo el mando del Duque de Angulema, después del acuerdo tomado en el Congreso de Verona en 1822, invadieron España, con el fin de restaurar los poderes absolutos a Fernando VII. Fue el fin del Trienio liberal, y el comienzo de la llamada década ominosa de 1823 a 1833. En 1830, Fernando VII publicó la Pragmática Sanción que abolía la ley Sálica, y en 1833 nombró heredera a su hija Isabel, que a la muerte del Monarca fue proclamada Reina Isabel II, bajo la regencia de su madre la Reina María Cristina.

En 1832 se publicó una importante obra, de carácter privado, de Pablo Gorosabel, “Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos del derecho y leyes sueltas de esta nación. Escrita bajo el método de los Códigos modernos”. A ésta le siguieron, en 1843, dos estudios más sobre la obra de 1832; Fernández de la Hoz, que era Presidente de la Comisión de Codificación, publica en 1843 “El Código civil redactado con arreglo a la legislación vigente”, sobre el Libro II, dedicado a la propiedad; y otro⁶⁴, también de redacción privada, que introduce la facultad de goce al derecho de propiedad. Publicados en distintos momentos, los tres constituyen uno solo, ya que los que le siguen explican y modifican el de 1832. Aún siendo, Gorosabel, de territorio foral, es partidario de la unificación.

Por Decreto de 9 de mayo de 1833, el Rey Fernando VII nombró al ilustre jurista D. Manuel María Cambronero para redactar el anteproyecto de Código civil. Cambronero se ayudó con los anteriores estudios de las Cortes, pero sus trabajos se vieron truncados por su muerte.

Fallecido Fernando VII el 29 de septiembre de 1833, bajo la Regencia de María Cristina de Borbón, el Presidente del Gobierno Martínez de la Rosa nombra Ministro de Gracia y Justicia, el 14 de enero de 1834, a Nicolás María Garelly; éste, por Decreto de 29 de enero de 1834 nombra, por vez primera a unos juristas extraparlamentarios, D. José Ayuso Navarro y a

63 - Legislatura extraordinaria, Diario de Sesiones Tomo I, N° 2 , p. 255.

64 - “*El Código civil español redactado en vista de los diferentes cuerpos del derecho y demás leyes, decretos y reales órdenes que se han publicado en España hasta el día*”. Barcelona 1943.

D. Eugenio de Tapia, y como auxiliar al Sr. Cobo de la Torre, que fue sustituido por D. Francisco Pacheco, y éste, a su vez, por D. José María Claros, que definitivamente quedó sustituido, el 6 de octubre de 1835, por Tomás María Vizmanos. La situación de inestabilidad de los gobiernos va a incidir en la tramitación del proyecto. Se restablece la Constitución de Cádiz por Decreto de 13 de agosto de 1836; el 21 de agosto de 1836 se convocan Cortes Constituyentes y se promulga la nueva Constitución el 18 de junio de 1837.

Los tres miembros de la Comisión, Ayuso, Tapia y Vizmanos, el 15 de septiembre de 1836, firman el Proyecto de Código civil, que lo elevan al Gobierno. El Proyecto pasa a las Cortes Constituyentes por Real Orden de 16 de noviembre de 1836, para iniciar la tramitación parlamentaria y se nombró la Comisión que no pudo formular el dictamen ya que el proyecto decayó por finalizar la legislatura el 4 de noviembre de 1837.

El proyecto de 1836⁶⁵ ha sido un trabajo que ha tenido poca relevancia a pesar de la rigurosidad del proyecto; atendió al derecho histórico y formuló una estructura propia, distinta al Código francés.

b) El intento unificador del Proyecto de 1851. La primera objeción a la uniformidad.

El Proyecto de 1851 ha sido estigmatizado como el causante del despertar de la “cuestión foral”, por su marcado carácter uniformista. Se ha pretendido trasladar la idea que la codificación exclusiva del derecho castellano fue la causa del rechazo del proyecto, aún frente a la perfección técnica del Proyecto que se presentaba. Las razones no son tan nítidas. Será necesario seguir todo el proceso de redacción del Proyecto para determinar las causas de su fracaso.

El 23 de mayo de 1845 se promulgó la nueva Constitución, que en su artículo 4 decía: “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía”; los mismos términos que el artículo 4 de la Constitución de 1837 que también ordenaba la uniformidad y añadía la unidad de fuero⁶⁶.

Queda analizar la técnica utilizada para la elaboración del Proyecto y determinar las causas de su fracaso.

1º. La Comisión de Codificación; el desplazamiento de las Cortes a favor del Gobierno para la elaboración del Proyecto del Código civil.

Siendo Presidente, de aquéllos fugaces gobiernos, Joaquín María López, que lo fue por dos veces (de 9 mayo al 19 del mismo mes de 1843 y desde 23

65 - No podemos detenernos en su estudio.

66 - “Unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios comunes, civiles y criminales”.

de julio de 1843 hasta el 10 de noviembre del mismo año) de los cuatro gobiernos progresistas que se sucedieron en 1843, se creó mediante Decreto de 19 de agosto de este año⁶⁷ la Comisión General de Codificación, bajo la presidencia de D. Manuel Cortina que, por causas políticas, fue sustituido por D. Juan Bravo Murillo, nombrado por Real Orden de 15 de mayo de 1844; el 20 de junio se nombró Vicepresidente a D. Florencio García Goyena. La Comisión la formaban 18 vocales. Se constituyó el 16 de septiembre y se acordó dividirla en cuatro secciones.

La Comisión fue disuelta por el Ministro de Gracia y Justicia, D. Joaquín Díaz Caneja por Decreto de 31 de julio de 1846.

La creación de la Comisión de Codificación era un giro importante a la técnica utilizada hasta el momento. Los proyectos de Códigos se habían elaborado en el seno de las Cortes, y a partir de la creación de la Comisión se hurta a las Cortes las directrices y elaboración del texto del proyecto, quedando en manos de la Comisión y, en definitiva, del Gobierno.

Este es el sentido en el que se manifiesta la Comisión General cuando el Ministro Mayans consulta si los Códigos deben ser aprobados, “autorizados”, por las Cortes; la respuesta es que “la Comisión entiende que éstos no pueden ser discutidos en las Cortes, ya por su extensión, ya porque peligraría la unidad de pensamiento, de redacción y de orden. Menos puede discutirse uno aisladamente, puesto que todos deben guardar una perfecta unidad, correspondencia y armonía. Y la discusión aislada de las bases generales de los Códigos produciría inmensos, gravísimos inconvenientes”⁶⁸. La propia Real Orden del Ministro de Gracia y Justicia de 12 de junio de 1851, en el Considerando 3º califica como un derecho potestativo la acción de presentar el proyecto a las Cortes “que por lo mismo es conveniente y necesario que antes de tomar resolución definitiva, sin perjuicio de que el Gobierno pueda presentar á las Cortes, desde luego, los proyectos oportunos sobre determinadas materias de notoria conveniencia...”⁶⁹.

2º. Las Bases Generales de la Comisión de Códigos, la Base tercera como regla de respeto a los derechos forales en la elaboración del Proyecto.

La Comisión de Códigos, el 7 de marzo de 1844, elevó a la consideración

67 - LASSO GAITE, transcribe el Decreto en nota 4, pág. 152, de *Crónica...*, cit.. También BARÓ PAZOS, J. explica el Decreto y los trabajos de la Comisión, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Servicio Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander, 1992. <http://vlex.com/vid/baro-pazos-codificacion-cantabria-322-326976#ixzz1PoBNuw5x>

68 - Legajo 4 de Comisión, doc.204, firmado por BRAVO MURILLO. Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...cit.*, p. 157.

69 - GARCÍA GOYENA, F. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*. Reimp., de la Ed. Madrid 1852. Zaragoza 1974, pág. XIII, reproduce la Real Orden.

del Gobierno, seis Bases Generales para su aprobación, de las cuales aprobó cuatro. De las cuatro haremos referencia a la tercera, específica para la elaboración del Código civil, decía que “el Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni las esperanzas creadas por las mismas legislaciones”. El mismo 1844, la Sección del Código civil propuso, y fueron aprobadas por el pleno de la Comisión, las 53 Bases. Sobre ellas la Sección redactó el Proyecto de Código civil.

3º. La nueva técnica de elaboración del Proyecto. La Base General segunda, distinción entre “unidad” y “uniformidad”.

Sobre las seis Bases hubo discusión y en el discurso que pronunció Domingo María Vila, el 20 de septiembre de 1843⁷⁰, mantenía que, en la Base General segunda, debía distinguirse el término constitucional “unidad”, del término “uniformidad” del Código civil. El texto de la Base decía que no se reconocerá en los Códigos fuero alguno especial, sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno sólo para todos los españoles en los juicios civiles y criminales. Se cuestiona que, si la uniformidad es más cómoda para jueces y gobernantes lo es también para los pueblos. Refiriéndose a los derechos civiles forales entiende que no debe superponerse la comodidad al bienestar de las provincias, por todo ello presenta una enmienda a esta Base General segunda en la que propone que se añada: “respetando en lo posible las leyes y costumbres existentes”. Es una primera objeción a la uniformidad del Código civil, recordando la diversidad legislativa de algunas regiones, que plantea el Catedrático de la Universidad de Barcelona Domingo Vila, influenciado, ya, por la Escuela Histórica a raíz del discurso de D. Pedro José Pidal que será el primero en hacerse eco de la doctrina de Savigny.

La Base sexta se redactó en referencia a los territorios de Ultramar, que implicaba la extensión de la vigencia de los Códigos a aquellos territorios. Los términos de la Base sexta son: “los Códigos deben por regla general ser aplicables a las provincias de Ultramar, estableciendo una ley las excepciones que debieran hacerse de este principio”.

El 23 de noviembre de 1844 García Goyena, como Presidente de la Sección, entregó para su discusión a la Comisión General la redacción del Libro I del Código civil; y el 2 de marzo de 1845 presentó el Libro II. Cuando la Comisión discutía el Libro III, que se presentó a debate el 20 de mayo, quedó abolida por Real Decreto de 31 de julio de 1846.

Pasados unos meses desde la disolución de la anterior Comisión, por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846, se designó una nueva presidida

70 - Lo relata LASSO GAITE, que también transcribe parte de las bases que interesan a nuestra materia en nota 10; *Crónica...*, cit. p. 155.

por D. Juan Bravo Murillo. Fueron nombrados vocales, D. Florencio García Goyena; D. Claudio Antón de Luzuriaga; D. Manuel Seijas Lozano; D. Pedro Jiménez Navarro; D. Manuel Pérez Hernández. Posteriormente se nombró vocal a D. Manuel García Gallardo y a D. Manuel Ortiz de Zúñiga, para la redacción del Código civil y otra para la del Procedimiento civil y criminal. A la Sección de Derecho civil quedaron asignados Bravo Murillo, como Presidente; vocales García Goyena y Luzuriaga; y como Secretario Sánchez Puy.

Las dos Comisiones redactaron el anteproyecto de Código civil; la primera el Libro I y II, iniciando el Libro III; la segunda Comisión terminó el Libro III y la revisión unitaria final a cargo de García Goyena y de Luzuriaga. Finalizado, lo firmaron el 30 de abril de 1850 Bravo Murillo; García Goyena; Luzuriaga y Sánchez Puy, aunque García Goyena tuvo una actuación destacada, como lo prueba la posterior publicación de su obra *“Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español”*; y, en menor medida, el proyecto es obra de Luzuriaga y los otros miembros de la Comisión⁷¹.

La Comisión procedió a la revisión definitiva, leyendo todo el Código y haciendo las modificaciones pertinentes. El 21 de diciembre de 1850 se había completado toda la revisión y así lo comunicó García Goyena al Ministro. Finalmente lo presentaron al Ministro de Gracia y Justicia, D. Ventura González Romero el 5 de mayo de 1851, que lo sometió a información pública.

La Real Orden de 12 de junio de 1851, en su considerando 3º, manda: 1º, “que se inserte el texto del proyecto citado y se publique en un solo número del periódico mensual, titulado El Derecho Moderno⁷², Revista de Jurisprudencia y Administración (...), para facilitar su examen y estudio”⁷³. La medida fue tomada con la finalidad, según el considerando 3º, 2º “que esciten todos los Tribunales del fuero común para que espongan lo que estimen conveniente...” y 3º “(...) los demás tribunales especiales; de las autoridades (...) los Colegios de Abogados del Reino, de las facultades de Jurisprudencia de las Universidades y demás personas que puedan ilustrar (...)”. En el mandato 4º del considerando 3º de la Real Orden, determina “que las observaciones estén reunidas en el Ministerio de mi cargo antes del 1º de enero próximo”. Se presentaron las objeciones pertinentes⁷⁴.

71 - BARÓ PAZOS, Juan, entiende que la aportación de García Goyena no es tan exclusiva como se ha mantenido, *La Codificación del Derecho Civil en España (1808-1889)*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, Santander 1992, p. 106 y ss.

72 - Esta Revista, creada en 1848, dirigida por D. Francisco Cárdenas tuvo corta vida, ya que el Tomo XI fue el último, y quedó sustituida por la Revista de Legislación y Jurisprudencia, creada por José Reus e Ignacio Miquel.

73 - GARCÍA GOYENA, *Concordancias...* cit., p. XIII.

74 - Se puede consultar las objeciones que se presentaron, LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pp. 241 a 285, que hace un exhaustivo análisis de cada una de ellas.

García Goyena, en el Prólogo de su obra *Concordancias*, también remarca este aspecto⁷⁵. El temor a la publicación del Proyecto lo podemos encontrar en los términos de la Real Orden, que impulsa el previo debate a una obra de esta trascendencia “(...) por la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no sólo en determinados territorios de la Monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino también hasta en no pocos pueblos pertenecientes a provincias que por lo general se observan los Códigos de Castilla (...) .Por ello, antes de tomar resolución definitiva (...), se discuta previamente y se ilustre y prepare la opinión”.

4º Las observaciones al Proyecto y la buena acogida en los territorios forales, excepto en Mallorca.

Las observaciones que se formularon al Proyecto fueron muchas. Llama la atención la buena acogida del Proyecto en territorios de derecho civil propio. Así se manifiesta la Audiencia de Zaragoza⁷⁶; posteriormente, en el debate de la Ley de Bases del Código civil, el diputado Gil Bergés presentará la redacción del art. 7 en aras de la concordia, que seguirá Mallorca. Las Audiencias de Barcelona y de Valencia también se congratulan de la unidad legislativa manifestando que se ha sabido aunar las leyes antiguas con los adelantos del siglo.

La Audiencia de Mallorca fue más beligerante con el Proyecto de 1851 formulando las pertinentes observaciones; planteó la dificultad de su aprobación a causa de la regulación del régimen de gananciales como régimen económico matrimonial legal supletorio. En sus observaciones inicia el comentario diciendo “Grandioso y laudable es por cierto el pensamiento que informan nuestras leyes, porque una nación que guarda unidad en el orden político y religioso, debe guardarla también en el orden civil. Desde luego se comprende que es más difícil variar éste que cambiar el sistema político, porque el civil afecta a intereses más inmediatos a las partes, sin que el poder público intervenga en ellos, y en el orden político la autoridad lo dispone todo (...), ciertas materias del Derecho civil se rigen por usos particulares profundamente arraigados en sus habitantes, que naturalmente han de oponer una resistencia de opinión a pasar al régimen civil general que se va a establecer”. Dicho lo cual, y después de alabar el Libro III, sobre la

75 - “La publicación de esta obra contribuirá (...) para que los tribunales, colegios de abogados y demás corporaciones (...) hagan con mayor conocimiento y acierto sus observaciones sobre el proyecto del código civil, á fin de que se mejore y perfeccione en lo posible”.

76 - Dice la Audiencia que se congratula de ver próxima a satisfacerse la necesidad, pedida ya en las cortes de D. Juan II, de un Código único, claro, metódico y acomodado al estado social del país. Tampoco la Audiencia de Barcelona es beligerante.

propiedad y los modos de adquirirla, presenta su disconformidad con algunos de los preceptos del Proyecto, entre ellos, el sistema legitimario y mejoras y se adhiere al sistema que rige en su territorio. También manifiesta que el régimen legal supletorio regulado en los arts. 1308 y siguientes, sobre los bienes gananciales, no es conocido en Mallorca ni lo es cualquier clase de sociedad conyugal. Sobre este punto ninguna otra Audiencia hace observación alguna. La redacción del art. 1237 dificultaba el mantenimiento del régimen económico matrimonial balear, que históricamente fue el régimen dotal⁷⁷.

5º El respeto del Proyecto de 1851 a los territorios de derecho propio.

No se puede dudar que el Proyecto de 1851 fue una obra maestra, respetuoso con la Constitución. El antes citado art. 1237 pone de manifiesto que el art. 4 de la Constitución no permite otra alternativa, por esto, con el fin de cohonestar Constitución y derecho foral, se añade una transitoriedad recogida en el art. 1263 y 1264. Ha sido tildado de antiforalista, y se ha atribuído la falta de sanción legal a este aspecto. Bien es cierto que existió este temor, por lo que se planteó la previa discusión mediante las observaciones formuladas por las Audiencias.

El estudio detenido de su articulado demuestra que, sus autores (García Goyena y Luzuriaga), tenían presente los anhelos de los territorios forales. Los comentarios que añade García Goyena en sus *Concordancias* revelan esta inquietud. A modo de ejemplo son ilustrativas las palabras que comentan algunos artículos del Título VI del Libro III, en la Sección II, del Capítulo II que titula “De las Donaciones Matrimoniales, hechas para después de la muerte del donador, y de las mejoras por contrato entre vivos”; recuerda en el art. 1253 la importancia de las donaciones universales para algunos territorios forales: “donaciones universales de bienes presentes y futuros por causa de matrimonio eran muy usadas en las provincias de Fueros, donde la legítima de los hijos no pasaba de ser por derecho meramente nominal y formularia, aunque los padres donadores proveían al mismo tiempo á la carrera ó colocación de los otros hijos é hijas, bien reservándose una cantidad alzada de que podían disponer para este efecto, bien señalándola desde luego á cada uno de ellos, bien imponiendo al donatario la obligación de darles carrera y mantenerlos hasta que tuvieran cierta renta, o de colocarlos según el estado de la casa...”. En la Sección III “de las Donaciones Matrimoniales de un esposo a otro”, el comentario al art. 1263 refleja, magníficamente, el valor que tenían las capitulaciones matrimoniales en Baleares, al decir “la importancia de estas capitulaciones en las provincias de Fueros: eran como un tratado de alianza ofensiva y defensiva entre dos familias; participan de

77 - Como en Cataluña, los regímenes dotales quedaron convertidos en régimen de separación de bienes cuando la dote cayó en desuso.

contratos y de últimas voluntades: formaba el Código *convencional* de las familias, y regulaban sus derechos, estado y porvenir: las capitulaciones eran la familia”; es un espléndido reflejo del vigente art. 66 de la CDCIB. Incluso, el art. 1264 regula una etapa transitoria de 10 años de mantenimiento del derecho foral en la materia que nos ocupa.

Se ha querido hallar el carácter antiforalista en la Disposición Final del proyecto condensada en el artículo 1992, derogatorio de todos los derechos forales; los términos: “Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores á la promulgación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo; y no tendrán fuerza de ley, aunque no sean contrarias á las disposiciones del presente Código”, era, efectivamente, un torpedo en la línea de flotación de los derechos de los territorios forales; ahora bien, la redacción es la propia de una Disposición Derogatoria del derecho anterior, que debía incluir. Seguramente faltó aunar los derechos civiles territoriales con el derecho de Castilla. Hallar la causa del fracaso del Proyecto de 1851 no es tarea simple. Los autores más implicados en su redacción eran de territorio foral; García Goyena, navarro; Luzuriaga, como hijo de un país de fueros, ya defendió ante las Cortes en 1839 los fueros de Guipúzcoa y Vascongadas diciendo que “forman como ley doméstica, con la cual están sus habitantes connaturalizados; ¿y es prudente, es político querer romper bruscamente, con violencia, los hábitos de un pueblo cuya tenacidad era ya proverbial en España y de la cual acaban de dar un ejemplo tan enérgico como lamentable?. No, señores...”⁷⁸.

Las causas del fracaso van unidas a otros matices, como han puesto de relieve notables juristas⁷⁹, aportando como ejemplo de sensibilidad foral la regulación de una institución tan catalana como la de la *rabassa morta*. Esta opinión que merece ser compartida parece adecuarse mejor a la labor codificadora de tan insignes juristas, que, como se ha indicado, en el comentario de García Goyena de *Concordancias*, se puede apreciar el profundo conocimiento del derecho foral y la inquietud por justificar la redacción unificadora de las instituciones.

No es aventurado mantener que el problema no fue sólo la uniformidad, incluso afirmar que no se planteaba una cuestión de antiforalismo, si tenemos en cuenta las observaciones formuladas al Proyecto por las

78 - Diario de Sesiones, Tomo I, nº 35, Sesión de 5 de octubre de 1839, pp. 630 y ss.

79 - SALVADOR CODERCH, P, “El Proyecto de Código de derecho civil de 1851 y el Derecho civil catalán”. *Revista Jurídica de Cataluña* 1980/81, p. 49 y ss. También, el recientemente fallecido profesor Carlos MALUQUER DE MOTES, en “El Código civil o la Codificación del derecho castellano”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, T. II, pp. 1221 y ss.

Audiencias de territorio foral, donde se manifiestan, incluso, elogios a la unidad.

Todavía no había hecho suficiente mella los postulados de la Escuela Histórica y su posición frente a la codificación. El momento político no fue el idóneo, faltaba la transformación real del Antiguo Régimen⁸⁰ como fundamento para la codificación.

6º La influencia del Proyecto de 1851 en la codificación iberoamericana.

Se había dado el primer paso. La obra de García Goyena, comentando la justificación de cada artículo tuvo un impacto⁸¹ importante en el avance del derecho. Era el primer paso hacia un derecho moderno, sistematizado. La repercusión de este Proyecto y en particular, el estudio de García Goyena, en las *Concordancias*, trascendió a los países iberoamericanos, influyendo en aquellas codificaciones⁸², así en el Código civil de México, de Argentina y, principalmente el Código civil Chile (1857), de Andrés Bello, por la calidad e influjo que tuvo este código, que fue adoptado por otros países, como los de El Salvador 1859; Ecuador de 1860; Venezuela de 1862; Nicaragua de 1871; Colombia de 1873; Honduras de 1880; también tuvo influencia en el Código de Guatemala, 1877; en el de Costa Rica 1886; en el Código de Uruguay de 1868; e, indirectamente en el de Paraguay 1876.

La obra de García Goyena fue, incluso, el punto de partida de numerosos estudios de juristas españoles.

El proyecto de Código civil isabelino fue una obra maestra aunque no se llegara a promulgar.

Por la Real Orden de 14 de octubre de 1853, el Ministro D. José de Castro Orozco distribuyó el plan de trabajo, ordenando, en la materia que nos ocupa, que se procediera a la exposición de las reformas que debían introducirse en el Código civil a la luz de los informes evacuados por las Audiencias y los Colegios de Abogados. Posteriormente por Real Decreto de 18 de noviembre de 1853 se faculta al Ministro de Gracia y Justicia para “que presente a la deliberación de las Cortes el Proyecto de Ley sobre que se

80 - Es opinión de MALUQUER DE MOTES que fue “inoportunidad del propio proceso, por cuanto este no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal”. “La codificación civil en España (síntesis de un proceso)” *Revista de Derecho Privado*, 1981, pp. 1084 y ss.

81 - Ver LACRUZ BERDEJO, L. “Las “concordancias” de García Goyena y su valor para la interpretación del Código civil” *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 501, 1974.

82 - Ver, entre otros, un estudio sobre esta influencia en BARÓ PAZOS, *La codificación del ...*, cit, pp. 151 a 161. LASSO GAITE, *Crónica...*, p. 292 y ss. DE LOS MOZOS, J.L. “Algunos aspectos de la influencia hispánica en el código civil de Andrés Bello”. *RGLJ* 1978-I, pp. 458 y ss.

le autorice publicar como tal el Código civil discutido y aprobado por la comisión, con las reformas que oyendo a la misma, juzgue conveniente introducir”⁸³.

Las Cortes fueron disueltas en julio de 1854 y el 18 de agosto del mismo año quedó disuelta la Comisión. El nuevo Ministro D. Joaquín de Aguirre la reorganizó por Decreto de 21 de febrero de 1855, nombrando un mayor número de vocales para la pronta terminación del Código. El Ministro D. Cirilo Álvarez Martínez por Decreto de 1 de octubre de 1856 traza un nuevo plan de trabajo a la reorganizada Comisión de Codificación, pero el Proyecto de 1851 no llegó nunca a las Cortes para su tramitación. Aún así, la impronta de este non nato texto legal la encontramos en la Base 1ª de la Ley de Bases de 1888, al constituirse en modelo para la redacción del Código civil de 1889, en estos términos “El código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho patrio...”.

Hasta este momento no se logró promulgar el Código civil; las razones no sólo fueron debidas al carácter unitario de los Proyectos, tomando como base el Derecho de Castilla y olvidando los Derechos Civiles Territoriales. El problema del olvido fue por otras razones, que ya se han apuntado, el desconocimiento y la dificultad de estudio de unos derechos conocidos tan sólo en su ámbito territorial, como posteriormente se pondrá de manifiesto en el Congreso de Zaragoza de 1946.

El punto de batalla de la codificación civil fundamentado en relegación de los derechos civiles territoriales se iniciará como consecuencia del movimiento de la Escuela Histórica.

3.3. La influencia de la Escuela Histórica en el impulso del sentimiento de la diversidad legislativa.

El punto de partida de la Escuela histórica lo situaremos a raíz de la polémica, entre los juristas Antón Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Karl von Savigny, suscitada por la publicación en 1814 del estudio de Thibaut, que pertenecía a la llamada Escuela Filosófica, donde preconizaba la necesidad de elaborar un solo Código para toda Alemania, con el título “*Sobre la necesidad de un Derecho civil general para Alemania*”, ensalzando las ventajas de la uniformidad. Esta obra desató una polémica con Savigny, de la Escuela Histórica, que le respondió con otra reflexión titulada “*De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*” donde argumentaba que el desarrollo del Derecho quedaría paralizado por la codificación, porque el Derecho es una manifestación de los pueblos, de sus

83 - Lo cita LASSO GAITE *Crónic...* cit., p. 291.

costumbres; y la diversidad de derechos territoriales es un avance en la formación del derecho.

Savigny no era partidario de aplicar un mismo Código para toda Alemania, porque apenas existía tradición jurídica nacional; por esto preconizaba la investigación y recuperación de los orígenes del Derecho alemán. A su entender, esta pretendida unidad no respondía a la realidad y el resultado sería que quedaría unida una mitad de Alemania y dejaría la otra mitad muchísimo más separada.

Los ecos de la Escuela Histórica llegaron a España a raíz del discurso inaugural, en 1843, en la Real Academia Matritense de Jurisprudencia y Legislación de Madrid de su Presidente D. Pedro José Pidal⁸⁴, que fue nombrado, por tres veces, Ministro de la Gobernación y de Estado en los gabinetes de Narváez y de Istúriz.

A partir de este momento, la línea de tensión alemana va a penetrar en España a raíz del conocimiento de la Escuela Histórica, que tuvo una importante difusión al introducir dos asignaturas de Historia del Derecho en el Proyecto de Ley General de Instrucción de 1855, para el Plan de estudios de las Facultades de Derecho, propiciado por Alonso Martínez en el Gobierno de Espartero.

Cataluña se decantó por seguir los postulados de la Escuela Histórica, y fue donde esta corriente tuvo los principales seguidores⁸⁵ de los que, uno de los más destacados fue el jurista D. Manuel Durán y Bas, que fue Presidente de la Comisión española de la Fundación Savigny. Durán y Bas, como docente, explica el Derecho a la luz de la historia, siguiendo a Savigny, expresando, más adelante, que “hi ha gran afinitat entre l’esperit de las institucions civils y l’esperit de aquelles institucions literàries dels pobles que ab ell s’han connaturalisat per a ser una de tantas manifestacions de llur vida històrica”⁸⁶.

Las aspiraciones de los territorios forales engranaban mejor con la Escuela Histórica que con la Escuela de la Exégesis que preconizaba la ley como la fuente exclusiva de la creación del derecho, no admitiendo la

84 - También trató este tema en el curso 1841-42, en el Ateneo, lo recuerda LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 298.

85 - Estos juristas dedicados también a la tarea docente, en la que Durán y Bas, que fue el sucesor de Martí de Eixalá que seguía las enseñanzas y método de Pothier, fue el principal exponente en la aplicación de los principios de la doctrina de la Escuela Histórica a la particularidad y mantenimiento del derecho catalán. También formarán parte de este grupo, Permanyer y el romanista Reynals y Rabassa. GIL CREMADES, Juan José *El reformismo español Krausismo. Escuela Histórica, Neotomismo*. Ediciones Ariel. Barcelona 1969.

86 - “Relació entre l’esperit de las vellas institucions dels pobles y el de las institucions literarias populares”. *Estudios Morales, Sociales y Económicos*. Barcelona 1895, p. 216.

jurisprudencia y la doctrina como fuente creadora de normas.

En Cataluña van a conjugarse dos fenómenos que determinarán un instrumento de enaltecimiento del derecho propio frente a la codificación civil y su tendencia uniformista. Este ensamblaje se conformará mediante la penetración de la doctrina de la Escuela Histórica y con el espíritu de la “Renaixença”.

El deseo de conservar las instituciones jurídicas propias fue el germen de las posteriores dificultades para conseguir el consenso en la aprobación de un Código civil general.

3.4. El Congreso de Jurisconsultos de 1863. Conclusiones.

Finalmente, entre otras razones, esta situación y la dificultad de la codificación, condujo a que D. Joaquín Francisco Pacheco, por invitación de D. Francisco de Paula Canalejas Casas⁸⁷ convocara y presidiera en Madrid el primer Congreso Nacional de Jurisconsultos⁸⁸ los días 27 a 31 de octubre de 1863. Los dos primeros puntos de la convocatoria iban referidos a la codificación civil.

Se planteó un debate entre los seguidores de la Escuela Histórica y los de la Escuela Filosófica. La Serna⁸⁹ dice “ni el principio histórico, ni el filosófico son absolutos, ni suficiente cada uno por si solo para la codificación, pues debe hermanarse la filosofía con la historia”. Precisamente este fue el sentido de la conclusión tercera del Congreso⁹⁰ que aconsejaba al legislador esta conjunción.

Se aspiraba a redactar un Código civil, pero se constataba la dificultad de unificación por el fortalecimiento del espíritu regional de las Provincias Vascongadas, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares como consecuencia de los influjos de la Escuela histórica. Se determina en la Conclusión quinta del Congreso que en la codificación civil no debe prevalecer una legislación sobre otra de las que rigen en España, sino que debe adoptarse un criterio racional de selección de lo más aceptable de cada una⁹¹; en la discusión ya se

87 - (1834-1883), era catedrático de Literatura de la Universidad de Madrid.

88 - Da noticia del Congreso, TORRES MENA, J. “*Memorial en el pleito de la codificación*”. RGLJ, T. 46, 1875, pp. 107 y ss. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pp. 308 y ss. PALMA Y LUJÁN, Aniceto de, “*Crónica del Congreso de jurisconsultos*”. RGLJ, 1863, pp. 273-308.

89 - Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., p. 309. GIL CREMADES, *El reformismo ...*, p. 41.

90 - Conclusión Tercera: “(...) deben hermanarse en la obra del legislador, no sacrificando éste el derecho tradicional, que es la representación viva de la manera de ser de un pueblo, a teorías abstractas ni exigencias de escuela”. PALMA Y LUJÁN, J.J. *Crónica...*, cit. p. 306.

91 - Ver GIBERT, Rafael, “La codificación civil en España ...”, cit. pp. 928. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. pp. 310.

rechazaron algunas instituciones forales como la primogenitura, la libertad de testar y la legítima simbólica.

En la conclusión sexta del Congreso se acuerda iniciar los trabajos de codificar mediante leyes especiales para todo el territorio nacional, sobre las principales materias que no admitían demora, que prepararían el camino a la codificación civil. El Diputado D. Manuel Danvila, después de proponer que el sistema a seguir era el de la legislación sectorial para todo el territorio nacional, añadió “si no se respetan las legislaciones forales, si queremos hacerlo todo de una vez, es muy posible que no tengamos nunca un Código civil”⁹².

3.5. El intento de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil. El cuarto Proyecto incompleto.

El Sr. Sánchez de Molina Blanco, diputado en Cortes, en 1867 formuló una interpelación al Ministro de Gracia y Justicia sobre el estado de la codificación civil, manifestando que era de suma importancia que se reanudaran las tareas de redacción del Código civil. El Ministro manifestó la dificultad existente en tal empresa. Sin embargo, el primer gobierno de la revolución de 1868, “con fecha de 19 de mayo de 1869 presentó (el cuarto proyecto de Código civil) el Ministro de Gracia y Justicia, Antonio Romero Ortiz a las Cortes Constituyentes”⁹³. Este Proyecto⁹⁴ del Libro I, que contiene 429 artículos divididos en 16 títulos, no fue discutido en las Cortes. Contenía tres “innovaciones (...) obligatoriedad del matrimonio civil (art. 61), la mayoría de edad a los veintiún años (art. 208) y el establecimiento de un Registro Civil (arts.380 y ss.)”⁹⁵. El nuevo Ministro, Cristóbal Martín Herrera, lo retiró ya que regulaba el matrimonio civil obligatorio, manifestando que se redactaría una ley de Matrimonio civil⁹⁶, que se promulgó el 18 de junio de 1870 como Ley provisional, un día después de la promulgación de la Ley del Registro civil, el 17 de junio de 1870. El Proyecto de Libro I del Código civil tuvo gran influencia en estas leyes especiales.

92 - LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., p. 314.

93 - BADOSA COLL, Ferran, *Memoria de Derecho Civil*, Marcial Pons, Barcelona 2010, p. 53; cita el *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, Sesión de 21 de mayo de 1869, Apéndice 5º al núm. 79.

94 - Se discute su autoría, mientras LASSO GAITE, apuesta por el Ministro Romero Ortiz, *Crónica...*,cit, pp. 352 y ss. BARÓ PAZOS, J. también expone la opinión de Salvador Carrión, que se decanta por Felipe Mas Monzó, *La codificación del Derecho civil en España (1808-1889)*, Santander 1999, pp. 169 y ss.

95 - BADOSA COLL, Ferran, *Memoria...*, cit. p. 53.

96 - Ver CASANOVAS MUSSONS, ANNA, “La cuestión de matrimonio civil en el período 1869-1888. Su incidencia en el proceso de Codificación civil” *Centenario del código civil (1889-1989)*. Asociación de Profesores de Derecho civil.Tomo I, PP. 433-494. Por Decreto de febrero de 1875 se otorga eficacia civil a los matrimonios canónicos.

Las dificultades codificadoras eran evidentes; GROIZARD⁹⁷ lo pone de manifiesto en estos términos “en España la unidad del derecho es generalmente deseada (...), pero sería engañarnos y tratar de engañar á nuestros lectores si intentáramos ocultarnos y ocultarles los obstáculos que se oponen á que tan patriótica idea se realice. Entre la legislación de Castilla y Aragón hay más discordancia que entre aquella y la de la mayor parte de las naciones de Europa”.

3.6. La etapa de las leyes especiales; la técnica de unificación legislativa encubierta.

Ante la imposibilidad de conseguir la promulgación del Código civil, se inicia la etapa de la publicación de las leyes especiales generales en materia de Ley Hipotecaria; Propiedades Especiales; las citadas de Matrimonio Civil y del Registro Civil, entre otras. Esta forma de legislar era una forma de unificación legislativa encubierta que los foralistas admitieron sin presentar cuestión; incluso, Durán y Bas lo admitió con agrado⁹⁸

La codificación requería además un sustrato idóneo para plasmar unos conceptos liberales, como podían ser los de la propiedad; el matrimonio civil; porque el fracaso radica “en la inoportunidad del propio proceso, por cuanto este no debía iniciarse hasta no haber alcanzado y consolidado los principios sobre los que se apoya la Revolución liberal, a saber: el derecho de propiedad y las libertades fundamentales de la persona”⁹⁹.

A este tránsito del antiguo régimen a la consolidación de las nuevas ideas liberales va a coadyuvar el llamado sexenio revolucionario, que se inicia con la Gloriosa de 1868, que destronó a Isabel II, y se constituye un Gobierno Provisional hasta que en 1870 las Cortes Constituyentes nombraron Rey de España a Amadeo de Saboya, que fue proclamado el 22 de noviembre, y con su abdicación se declara la Primera República el 11 de febrero de 1873 y se constituye el 15 de febrero.

Tras la Revolución de 1868, por Decreto de 2 de octubre de 1869 se procedió a sustituir a los vocales de la Comisión de Codificación, que habían presentado en bloque su dimisión por estar en desacuerdo con el encargo recibido de redactar una Ley de Matrimonio civil¹⁰⁰. La nueva Comisión Legislativa la formaban diez y seis vocales, divididos en una sección civil y otra penal. Esta Comisión legislativa quedó disuelta por Decreto de 11 de julio de 1872, y se procedió a nombrar una nueva.

97 - “De la codificación en España” RGLJ, T. XXI, 1862, p. 21.

98 - Así se desprende de la *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña*.

99 - MALUQUER DE MOTES “La codificación civil en España (Síntesis de un proceso)”. RDP, 1981, p. 1085.

100 - Para un estudio de la cuestión CASANOVAS MUSSONS, Anna, “La cuestión del matrimonio civil en el período 1869-1888...”, cit. pp. 433-494.

3.7. La restauración de los Borbones y el restablecimiento de la Comisión de codificación.

Finaliza la Primera República en 1874, que duró once meses y con cuatro Presidentes. El golpe de Estado, el 4 de enero de 1874 protagonizado por el general Pavía ocupando las Cortes, determina la transición entregando el Gobierno al General Serrano que, tras la descomposición de Unión Liberal, encabezará una corriente conservadora y propicia a la Restauración de los Borbones en 1875 con la proclamación del Rey Alfonso XII. Durante su reinado, de 1875 a 1895, se pondrán las bases para la posterior promulgación del Código civil en la etapa de la Regencia de María Cristina de Habsburgo (1885-1902).

En esta etapa de la Restauración (1875-1902) existe un bipartidismo oficial del Partido Liberal conservador de Cánovas del Castillo y del Partido Liberal fusionista de Práxedes Mateo Sagasta, mediante la práctica de falsear los comicios.

Antes de la promulgación de la Constitución el 30 de junio de 1876, cuyo Presidente de la Comisión redactora fue Alonso Martínez, el Ministro D. Francisco Cárdenas restablece la Comisión General de Codificación por Real Decreto de 10 de mayo de 1875, con dos secciones: la civil, presidida primero por Rodríguez Vaamonde y después, el 30 de septiembre de 1878, por Alonso Martínez; como vocales Juan Manuel González Acevedo; Benito Gutiérrez; José M^a Manresa, Valeriano Casanueva y Domingo Rivera. La otra sección, de lo criminal, presidida por Álvarez Martínez.

La Comisión civil se enfrenta entonces con la difícil tarea de promover definitivamente el Código civil¹⁰¹, como máximo exponente del ideal codificador.

II.- La llamada “cuestión foral”. Las divergencias entre las leyes de Castilla y la legislación foral.

El momento de virulencia por mor de la llamada “cuestión foral” se había iniciado con los ecos de la Escuela Histórica; aunque no llegará a su punto álgido hasta el momento de la redacción de los Apéndices; bien es cierto que el debate en las Cortes sobre el Proyecto de la Ley de Bases del

101 - Su conclusión fue una ardua tarea. Como refleja Cárdenas, vocal de la Comisión, en su Memoria Histórica, “creen unos que el Código civil es fácil empresa (...) cuando el Código civil se ha considerado posible, se establecía una Sección Especial que se ocupara exclusivamente de redactarlo; cuando se ha estimado obra menos hacedera, se encargaba a los Magistrados y jurisperitos informar sobre el proyecto de Código presentado y no se autorizaba a la Comisión para revisarlo sino después que hubiera concluido todas sus largas tareas”.

Código civil tuvo sus momentos de tensión. Los Colegios de Abogados de los territorios forales no se mantuvieron ajenos a la polémica.

1. La reorganización de la Comisión de codificación.

Con el fin de llevar a buen término la tarea codificadora, emprendida más de sesenta años atrás, sin haber conseguido promulgar el Código civil, Saturnino Álvarez de Bugallal, Ministro de Gracia y Justicia del Gobierno de Cánovas del Partido Liberal-Conservador, inicia, para limar asperezas, un sistema transaccional con los representantes de los territorios forales. Por Decreto de 2 de febrero de 1880, reorganiza la Comisión General de Codificación, incorporando, con voz y voto a “un Letrado de reputación por su ciencia y práctica por cada uno de los territorios de Cataluña, Aragón, Navarra, las Provincias Vascongadas, Galicia y las Islas Baleares (...)”, para que, en el plazo de seis meses, redacten una Memoria sobre las Instituciones civiles que, por su vital importancia, fuera conveniente conservar y sea indispensable incorporar al Código General “como excepción para las respectiva provincias y aquellos fueros que por innecesarios o desusados, deban prescindirse”; así como se redacte una propuesta de articulado sobre tales instituciones.

2. El artículo 4 del Decreto de 2 de Febrero de 1880.

El art.4 del Decreto manda a la Comisión de Códigos que proceda a redactar el Proyecto de Código civil sobre la base del Proyecto de 1851.

El mismo 2 de noviembre de 1880 toman posesión los vocales¹⁰² de la Comisión de Códigos que habían sido nombrados por Decreto de 15 de julio del mismo año, en sustitución de los fallecidos. Presidía la Comisión Alonso Martínez, que fue Ministro de Gracia y Justicia en dos de los gobiernos de Sagasta¹⁰³, del Partido Liberal –Fusionista; y ejercía de Secretario de la misma, José María Antequera.

El sistema transaccional, con el fin de lograr la codificación civil, que presenta el Ministro de Gracia y Justicia Álvarez Bugallal, del Gobierno de

102 - Antonio Romero Ortiz; Salvador Albacete y Albert; Hilario Ugón y del Roist; y Joaquín Ruíz Cañabate, a la vez sustituido por fallecimiento por Francisco Silvela nombrado el 3 de junio de 1881, y Germán Gamazo. En la Real Orden de agradecimientos por los servicios prestados, de 8 de diciembre de 1888, después de distintas sustituciones, aparecen como vocales, además del Presidente, Cárdenas; Igón; Albacete; Gamazo; Isasa; Manresa y García Goyena, que fue nombrado como vocal auxiliar, el 24 de febrero de 1881, que era hijo de D. Florencio; también figuran, y tuvieron un lugar destacado, Silvela, y el insigne catedrático Benito Gutiérrez, que fue sustituido, al fallecer por Cirilo Amorós; y Romero Ortiz, que tuvo escasa participación.

103 - Desde 8 de febrero de 1881 hasta el 9 de enero de 1883; y posteriormente, desde el 27 de noviembre de 1885 al 15 de diciembre de 1888.

Cánovas, será recordado y elogiado en el Senado en 1889¹⁰⁴. Casi 10 años después, Silvela haciendo una semblanza de Álvarez Bugallal, en una conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid, dirá “comprendió que (...) era llegado el momento de que los intereses conservadores se pusieran al lado de las instituciones forales”¹⁰⁵.

La resistencia a la unificación civil, en pro la diversidad legislativa, va a resultar de difícil solución porque la situación europea tiende a la unificación. En palabras de MAZEAUD¹⁰⁶, “la historia demuestra claramente la importancia de la unificación legislativa para la unificación política. El código de Napoleón soldó las provincias francesas; el Código italiano de 1866 consolidó la unidad política de Italia; el Código rumano de 1865 integró a Rumanía en Europa”.

¿Qué ocurre en España con la codificación civil?; la razón de la tardanza en llegar al consenso la podemos encontrar en las serias dificultades a la uniformidad civil por las divergencias entre las leyes de Castilla y las de los territorios forales.¹⁰⁷

En Cataluña, Permanyer elabora un dictamen sobre la propuesta de Álvarez Bugallal para la codificación, que es aprobado por la Academia de Jurisprudencia y Legislación¹⁰⁸, donde cuestiona la llamada generosa transacción presentada por el Ministro; se pregunta “¿qué ventajas reportarán a Cataluña y Aragón y a los demás Antiguos Estados si para llegar a esa unidad sacrifica Castilla cualquiera de sus instituciones?... , absolutamente ninguna”. La Academia propone que se tome como base del Proyecto de Código general, el Derecho Romano en vez del Proyecto de 1851.

Las *Memorias* que presentaron los vocales foralistas no eran la panacea para lograr la transacción en pro de la unidad civil, porque lo distinto no puede unificarse. Alonso Martínez, decepcionado, comentará en el Congreso de los Diputados en la sesión de 17 de abril de 1889, que lo que se intuía de aquellas Memorias era “que los catalanes querían regirse por la legislación catalana, los navarros por la legislación navarra, los aragoneses por la

104 - Senado, 1889, núm. 44, 689 y núm. 50, 812. Lo cita LASSO GAITE, *Crónica...*, cit, p. 375.

105 - “El Código civil” conferencia en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el 29 de enero de 1889, *Revista General de Jurisprudencia y Legislación*, T. 74, 1889, pp. 112.

106 - *Informe sobre el Código civil francés y su influencia en Europa*, Información jurídica, 1951, pág. 447.

107 - Lo relata LASSO GAITE, *Crónica de la...*, cit, pág. 18, donde reproduce los términos de Rodríguez Martín. “nacidas todas de las divergencias que hay entre las leyes de Castilla y las de Aragón, Cataluña, Mallorca, Navarra y Vizcaya, que se rigen todavía por sus fueros provinciales, estando vigentes en otras sus fueros municipales”.

108 - Cfr. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit, pá 377. Más adelante lo comentaremos.

legislación aragonesa y que por lo menos tenía que haber cuatro Códigos en España”¹⁰⁹.

3. La postura de los territorios forales ante la codificación civil.

La postura de Baleares frente a la codificación civil, tiene su tratamiento específico, porque en buena medida estuvo canalizada por D. Antonio Maura. La llamada “cuestión foral” tendrá mayor presencia una vez promulgado el Código civil, cuando se inicia la redacción de los Apéndices al Código. Cataluña, siempre abanderada en la defensa de su Derecho, también siguió una línea más defensiva de su Derecho una vez publicado el Código civil, como se desprende de los argumentos que, D. Francisco de Paula Maspons y Anglasesell, expuso en una conferencia pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, el 23 de marzo de 1920¹¹⁰; donde explica que Cataluña no se posicionó contra la codificación civil con la fuerza que ahora manifestaba y lo explicaba en estos términos: “no obstante, para formaros una idea de cuál sería la protesta de Cataluña, recordad cuál fue la suya al discutirse el Proyecto de Código civil, teniendo en cuenta que en aquellos días no estaba despierto y pujante como ahora en el pueblo catalán el sentimiento de su propia personalidad”.

III.- La “cuestión foral” en Baleares.

La oposición al Código civil por la llamada “cuestión foral” no fue tan virulenta como se ha pretendido, y más en Baleares, hasta tal punto que, con el fin de posibilitar su promulgación, Baleares se decantó por la opción propuesta por Aragón y no por la seguida en Cataluña que, además, fue ofrecida por Durán y Bas a los representantes Baleares. No resulta fácil de entender esta postura, sólo podemos alcanzar a comprenderla si tenemos en cuenta la gran influencia que ejerció, D. Antonio Maura, sobre algunos miembros del Colegio de Abogados por intermediación, principalmente, de D. Manuel Guasp y Pujol.

La reacción, en Mallorca, se planteó de forma más efervescente, como en los otros territorios forales, cuando se redactó el Apéndice al Código civil.

1. La incorporación de Ripoll y Palou a la Comisión de Codificación.

Por Real Decreto de 16 de febrero de 1880 fueron nombrados¹¹¹ los vocales

109 - *El Código civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*. Senado 1989, p. 2613.

110 - “La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña or la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Privado*, T. VII, p. 100.

111 - Por Cataluña, Durán y Bas; Aragón: Franco López; Navarra, Morales Gómez; Vascongadas, Lecanda Mendieta; por las Islas Baleares, Ripoll y Palou; por Galicia, López de Lago.

foralistas para que se incorporaran a la Comisión de Codificación en los términos previstos en el anterior Real Decreto de 2 de febrero, siendo nombrado por Baleares D. Pedro Ripoll y Palou, para cumplir el encargo de redactar una *Memoria* sobre las Instituciones que debían conservarse, aunque fuera “como excepción”.

El Colegio de Abogados de Palma estuvo al margen del nombramiento de D. Pedro; incluso se vislumbran algunas tensiones. No consta o no hemos sabido encontrar la razón de este nombramiento; es posible que D. Antonio Maura tuviera alguna intervención en esta elección porque Ripoll formó parte, posteriormente, del grupo político que lideraba Maura. Por otro lado sorprende que no influyera para que el nombramiento recayera en quien sería, posteriormente, su *alter ego* en Baleares, D. Manuel Guasp y Pujol, como jefe de su Partido político en Mallorca. Bien es cierto que Antonio Maura no obtuvo el acta de diputado en Cortes por Mallorca, del Partido Liberal-Fusionista de Sagasta, hasta 1881 y la conservó hasta 1923.

Del nombramiento de Ripoll, como vocal de la Comisión de Códigos, no se da cuenta a la Junta General del Colegio de Abogados hasta la sesión celebrada el 10 de Mayo de 1880, bajo la presidencia de su Decano D. Antonio M^a Sbert, que advierte, y así consta en Acta, que D. Pedro ya lo había comunicado a la Junta de Gobierno en sesión del pasado 22 de marzo¹¹². El Sr. Decano explica que “el Sr. Ripoll dio cuenta a la Junta de Gobierno de su nombramiento y se limitó a decir que oír con gusto todas las observaciones que quisieran hacerle todos sus compañeros pero que no había pedido el concurso de la Junta, siendo prueba de ello que no se había tomado acuerdo referente a concedérselo o negárselo...”. El Decano expresó su satisfacción por tal nombramiento¹¹³.

1.1 La actitud del Colegio de Abogados ante la reanudación de los trabajos de redacción del Código civil.

En la Junta General del Colegio de Abogados el Decano da cuenta a los Sres. Colegiales de la reanudación de los trabajos codificadores; informa¹¹⁴ que

112 - También consta en el Acta de la Junta, de esta sesión.

113 - Acta de la Junta General del Colegio de Abogados de 10 de mayo de 1880.

114 - “el Ministro de Gracia y Justicia lleva el propósito de codificar el Derecho civil y según se desprende del Real decreto publicado en febrero último, abriga la idea de respetar hasta donde crea posible las legislaciones forales; que guiado el Gobierno por esta idea ha nombrado un Vocal correspondiente a la Comisión General de Códigos en todas las provincias forales, con encargo de que redacten una Memoria sobre los fueros especiales de la misma, con las observaciones que respecto de ella sea conveniente; que el Sr. Ripoll había sido elegido por el Gobierno de S.M. miembro correspondiente de aquella Comisión y en representación de estas islas (...)” Acta de la Junta General del colegio de abogados de Palma, de 10 de mayo de 1880.

Ministro de Gracia y Justicia tenía intención de reanudar la redacción del Proyecto del Código civil.

a) Los trabajos paralelos del Colegio de Abogados a la redacción de la Memoria del Sr. Ripoll.

La situación que se produjo en el seno del Colegio entre el Sr. Ripoll y la Junta General demuestra una cierta tensión. Por una parte el Sr. Ripoll debe cumplir con el encargo de redactar la *Memoria* de las Instituciones que se debía conservar de nuestro derecho propio; por otra, la Junta del Colegio de Abogados emprende un estudio semejante al que realiza Ripoll, emulando la actuación de Cataluña, con la finalidad de elevarlo a la consideración del Ministro de Gracia y Justicia.

El Decano, en la Junta General citada¹¹⁵, puso en conocimiento de los Sres. Colegiales la reacción de Cataluña explicando que “había sabido que en Barcelona además de una Comisión de Abogados del Colegio unidas al Vocal correspondiente de la General de Códigos en dicha capital Sr. Durán y Bas se había convocado un Congreso de Jurisconsultos de las provincias catalanas para ocuparse de sus fueros en interés de aquel territorio y que habiendo hecho lo propio Aragón y Navarra, pensó que sería conveniente seguir su ejemplo en esta provincia y creyó que el Colegio, corporación la mas competente, debía hacer algo para apartar de sí la responsabilidad que contraería si se sacrificase alguna institución que por el criterio general debiera subsistir, sin olvidar la indiscutible competencia del Sr. Ripoll, creyendo conveniente que el Colegio se ocupara de esta cuestión, había propuesto a la Junta de gobierno y ésta acordado por unanimidad someter a la General la proposición de considerar que el Colegio debe estudiar las instituciones forales para resolver la que convenga conservar, abolir o restablecer”.

La situación parece distinta a la de las otras regiones forales. En Baleares, como veremos, se plantea a modo de dos actuaciones diferenciadas; y así fue, ya que el resultado fueron dos estudios distintos.

El Sr. Ripoll, cuando el Decano le dio la palabra, informó a la Junta General sobre su nombramiento y su satisfacción por el encargo de tal cometido; explicó a los Sres. Colegiales su *modus operandi*, que no suponía declinar su responsabilidad, “se complacía en consignar que había pedido el consenso de la Junta de Gobierno dando prueba del acatamiento y respeto que tiene al Colegio de Abogados; así como lo había pedido también á los dos Menorca é Ibiza, al Colegio Notarial y á la Sociedad Económica de Mallorca de Amigos del País¹¹⁶.”

115 - Junta General de 10 de mayo de 1880.

116 - La de Palma de Mallorca se había creado en 1778. Las Sociedades Económicas son Instituciones creadas durante la segunda mitad del s. XVIII en España e Hispanoamérica, las cuales se fijaron como objetivo el progreso de la economía y la introducción de los adelantos científicos y técnicos en el ámbito de la Ilustración europea.

Puso de manifiesto que, procediendo el Colegio á realizar un trabajo análogo al que le estaba encargado, resultaría un dualismo que no podría verse con buen efecto y que no podría prejuzgar el modo y manera como la Junta General le prestaría el consenso: pero quería que constara que solicitaba todo el apoyo de todos en beneficio del país”. Se estaba refiriendo al Informe que el Colegio elevó al Ministro de Gracia y Justicia en 1881 sobre las Instituciones que se debían conservar.

La opinión de los Colegiales no fue la de paralizar el nombramiento de la Comisión del Colegio para estudio de la legislación foral; el Decano añadió “que el modo más eficaz de prestar todo el apoyo al Sr. Ripoll era que asistiese á las reuniones de la Comisión que se nombrara y tomara de ellas cuanto creyera conveniente”. Después de varias intervenciones de los allí presentes se acordó, a propuesta del Sr. Pou, que la Junta de Gobierno nombrara una Comisión de estudio y se dividiera por materias “con la facultad de asociarse los demás Señores Colegiales que creyere conveniente”.

b) El Informe del Colegio de Abogados de 1881. Las Conclusiones.

Terminado el trabajo de la Comisión, el Decano del Colegio de Abogados convocó Junta General extraordinaria para analizar las Conclusiones a las que había llegado la Comisión nombrada por el Colegio. En sesión de 5 de enero de 1881 y bajo la Presidencia del Decano Sr. Sbert se procedió a debatir cada una de las 13 Conclusiones. Los ponentes fueron el Sr. Guasp y el Sr. Canals.

El Informe se aprobó en la sesión de trabajo de la Comisión de 28 de diciembre de 1880.

Esta importante sesión nos confirma varias cuestiones:

1º. En primer lugar, la distancia entre el Colegio de Abogados y el Sr. Ripoll y Palou. Aquella invitación de la Junta del Colegio al Sr. Ripoll para que participara en la Comisión del Colegio no prosperó.

Antes de comenzar el debate en la sesión de la Junta General, el Decano notifica que el Sr. Ripoll le había comunicado que informara a la Junta “que los miembros correspondientes de la Comisión de Códigos reunidos en Zaragoza habían acordado no asistir a las sesiones de las Comisiones Especiales que para el estudio del derecho foral se reunieran en las provincias”. Ripoll se refería a la reunión del Congreso de Jurisconsultos que se celebró en Zaragoza del 4 de noviembre de 1880 al 7 de abril de 1881. Además, Ripoll tampoco asistió a las sesiones de la Comisión de Codificación. Sólo Durán y Bas por Cataluña; Franco López por Aragón, y Morales Gómez por Navarra, asistieron a dichas sesiones. El Ministro Alonso Martínez se lamenta de la ausencia de los representantes de Baleares, Vizcaya, y

Galicia a estas sesiones, alegando que por “motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates”¹¹⁷.

Se discuten y aprueban las Conclusiones del Colegio; posteriormente, el Sr. Canals preguntó¹¹⁸ si se tenía noticias de los trabajos del Sr. Ripoll, porque no había tomado parte en los de la Comisión del Colegio; en este momento, el “Sr. Fiol pidió que las palabras del Sr. Canals constaran en acta”¹¹⁹.

2º. En segundo lugar, podemos destacar dos argumentos que se extraen del debate que se produjo en esta sesión de la Junta General de 5 de enero de 1881 que, posteriormente, serán importantes:

1) Por una parte la actitud del Sr. Guasp y Pujol, que será opuesta a la manifestada en 1916 al presentar, junto al Sr. Socías y Gradolí, el Voto Particular al Proyecto de Apéndice en pro de la unificación civil.

En la sesión que nos ocupa, el Sr. Guasp, como miembro de la Comisión y ponente, junto al Sr. Canals, dan cuenta a la Junta del trabajo realizado que quedó resumido en 13 Conclusiones, diciendo que “se ha procedido fijando el hecho y el concepto, ó sea el fuero existente y la conveniencia de conservarlo ó abolirlo”. Mantienen las 12 Conclusiones que se aprueban por unanimidad salvo la séptima, que fue la más ampliamente debatida, sobre el rechazo de la sociedad de gananciales como régimen legal supletorio, que se aprobó por mayoría con el voto en contra de los Sres. Estades, Ribot y Sancho. La Conclusión 13 enumera las instituciones que entienden renunciables “en obsequio á la unidad legislativa, el Colegio estima renunciables otros muchos fueros...”.

La Comisión acordó que D. Mariano Canals y D. Manuel Guasp redactaran la Exposición de Motivos, sin necesidad de proceder a una nueva discusión. Una vez terminada, el Colegio de Abogados elevó el Informe, el 30 de abril de 1881, al Señor Ministro de Gracia y Justicia y a la Comisión General de Codificación.

117 - LASSO GAITE, relata «reuní privadamente a los señores Durán y Bas, Franco y Morales y les invité a que formulara [...] pues el cuestionario de los representantes de las provincias de Navarra, Aragón y Cataluña [...] Pero es el caso que a mi llamamiento como Ministro no pudieron acudir los Vocales de Baleares, Vizcaya, Asturias y Galicia [...] Motivos independientes de su voluntad les mantuvieron alejados de nuestros debates, pero han dicho por escrito y bajo su firma qué instituciones jurídicas especiales deben conservarse en sus respectiva provincias». *Crónica...*, cit. p. 484.

Crónica..., cit., p. 484.

118 - con el sentimiento de que no ha tomado parte en las del Colegio no obstante formar parte de la Comisión”.

119 - Acta de la Junta General de 5 de Enero de 1881.

2) El otro aspecto a destacar es la situación de respeto por las instituciones de las otras Islas del Archipiélago balear. Esta cuestión tendrá una especial importancia cuando se redacte la Compilación de 1961, que determinará, incluso, el cambio de estructura del texto legal adoptando la actual, que divide la Compilación en tres libros correspondientes a las Islas del ámbito territorial.

Resulta evidente el respeto que demuestra el Colegio de Abogados de Mallorca en relación al derecho propio de Menorca y de Ibiza. El Sr. Guasp manifiesta que se convino, para la elaboración de las Conclusiones “limitarse al Derecho especial de Mallorca, porque el Colegio de Palma no lo es de Menorca, ni de Ibiza, ni tenía tan pleno conocimiento del Derecho foral de esas Islas”.

Ripoll finalizó la redacción de la *Memoria* sobre las Instituciones que se debían conservar el 28 de diciembre de 1880; y la *Exposición*¹²⁰ e *Informe*, que incluye las 13 Conclusiones en las que se condensan el Derecho de Mallorca redactado por el Colegio de Abogados, se aprobó por la Junta el 26 de abril de 1881 y se elevó al Ministro de Gracia y Justicia el siguiente 30 de abril.

La *Memoria* de Ripoll es breve, especialmente si se compara con la redactada por el Ilustre jurista catalán D. Manuel Durán y Bas¹²¹ sobre el Derecho de Cataluña, y con la de Aragón redactada por D. Luis Franco y López. Ahora bien, fundamenta el arraigo de las instituciones que rigen en Mallorca y la necesidad de mantenerlas.

2. Reanudación de los trabajos codificadores.

La codificación civil había quedado desbloqueada por el Decreto de 2 de febrero de 1880, con la incorporación de un vocal por cada territorio de derecho propio a la Comisión de Códigos. El sistema de elaboración del

120 - *Exposición elevada por el M. I. Colegio de Abogados de Palma de Mallorca al Ilmo. Sr. Ministro de Gracia y Justicia con motivo de la Propietada Codificación del Derecho Civil Común y Foral*. Palma. Imprenta Casas Misericordia, 1881. En su p. 3 dice: «el Colegio de abogados fijándose tan sólo en los fueros de esta isla de Mallorca, pues no le es lícito extender su acción a Menorca e Ibiza, ha procurado condensar en breves conclusiones el derecho especial que nos rige y, haciéndose cargo de las tendencias unificadoras que han de presidir en la redacción del Código civil, ha consignado también cuales son las instituciones que sin grave perturbación podrá ajustarse esta Isla a la legislación general que se acuerde en definitiva». Finaliza la Exposición «la tendencia conciliadora que resplandece en el preámbulo del Real Decreto de 1880, inclina al Colegio a permitirse estas breves observaciones en la seguridad de que serán atendidas».

121 - Es una Memoria bien construída y fundamentada, con importantes referencias a la Escuela Histórica y a la Tratadística Catalana.

Código seguiría el de Ley de Bases, cuyo anteproyecto se envió al Senado el 22 de octubre de 1881, con una Exposición de Alonso Martínez, para que se presentara como Proyecto de Ley.

2.1 El sistema de Ley de Bases; sus dificultades.

El sistema de Ley de Bases lo justifica Alonso Martínez porque al tratarse de la elaboración de un texto legal “éste era el método más breve y expedito para realizar pronto y bien, reforma tan codiciada(...)”¹²²

Se inicia la discusión de las Bases. La Primera Base¹²³, que mandaba tomar como fundamento el Proyecto de 1851, constituyó el primer elemento de discusión. Manresa y Benito Gutiérrez no eran partidarios de esta opción, entre otros, porque entendían que debían incluir modificaciones e influencias de otros Códigos europeos. Para Benito Gutiérrez el Código debía seguir el método de las *Instituta*.

Junto a esta dificultad, se presentaba otra, derivada del rechazo de los territorios forales a una codificación que olvidaba los *iura propria* que coexistían con el Derecho de Castilla. Con el fin de allanar el camino, Alonso Martínez, presentó una transacción en la Base 17¹²⁴ del Proyecto por la que permitía la inclusión de las instituciones forales que se debían conservar en el Código civil. El párrafo cuarto de dicha Base 17 decía: “con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos Romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio”¹²⁵. Transigía en el mantenimiento de instituciones de Derecho estatutario a cambio del

122 - ALONSO MARTÍNEZ *El Código civil...*, cit , p. 14.

123 - Cfr. el debate en LASSO GAITE, *Crónica...*,cit., p. 381 y ss.

124 - Base 17 “Para aproximarse a la uniformidad de la legislación en todo el Reino, se transportarán al Código Civil en su esencia las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir con ventaja común el derecho general de los ciudadanos españoles. Fuera de esto en las provincias aforadas se conservarán por ahora y serán objeto de un proyecto de ley especial que el Gobierno presentará a las Cortes, aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres sea imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad y al estado de la familia.

El Gobierno procurará sin embargo, al redactar el Código general, establecer entre éste y aquellas instituciones especiales la posible asimilación, para que las diferencias que resulten subsistan tan sólo como excepciones de una regla común, sin romper la armonía que debe existir entre las instituciones similares, y acercándose cuanto sea dable a la unidad legislativa.

En todo caso los naturales de las provincias aforadas y los que en ellas poseen bienes inmuebles o derechos reales podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino”. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit., pág. 388.

125 - Esta idea aparece en la Exposición de Motivos del Proyecto, condicionando el mantenimiento de las instituciones que se debían conservar a cambio de suprimir el derecho supletorio.

“grueso” del cuerpo legal, el *“ius commune”*. Silvela, en la Ley de Bases de 1885 modifica la transacción presentada por Alonso Martínez en la Base 17. Precisamente Silvela al contestar a Gamazo, en el Congreso de los Diputados, defendió la importancia del *ius commune* como derecho supletorio en algunas regiones forales en estos términos: “legislación supletoria no merece verdaderamente este nombre, es porque la mayor parte del derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes”, en definitiva entendió y así lo manifestó que estas provincias lo que mantenían era “la integridad de su vida jurídica”¹²⁶.

La formación de las Bases resultó en aquel momento inviable; posteriormente, tendrán que llegar a otra transacción con los representantes de los territorios forales, con Durán y Bas, con Franco y con Morales, que eran los que asistieron a algunas Comisiones, especialmente, cuando se trató la materia sucesoria y de familia.

El 24 de abril de 1882 Alonso Martínez, al ver la imposibilidad de llegar a un acuerdo en la redacción de las Bases, presentó al Senado un Proyecto de Ley sobre los Libro 1º y 2º del Código civil, pidiendo autorización para publicar como Ley estos 2 primeros Libros¹²⁷.

En enero de 1883, consecuencia de una crisis de gobierno que provoca la salida de Alonso Martínez del Ministerio de Gracia y Justicia, Sagasta lo sustituye por Vicente Romero Girón y en octubre por Linares Rivas. Los trabajos codificadores no se reanudan hasta que, con la vuelta del Gobierno conservador de Cánovas el 18 de enero de 1884, nombra a Silvela Ministro de Gracia y Justicia. Por Decreto de 7 de enero de 1885 se le autoriza para redactar unas Bases para el Código civil. Nombrada la Comisión presidida por Alonso Martínez y emitido el dictamen el 14 de febrero de 1885 se publicó el 6 de junio del mismo año.

126 - Congreso de los Diputados. Sesión de 16 de junio de 1885; Diario núm. 174, pág. 5.085.

127 - Comenta ALONSO MARTÍNEZ, que en los Libros I y II del Proyecto de Código civil, no había ni una sola disposición que choque con el régimen foral. Por esto, entendía que no cabía por parte de los jurisconsultos catalanes, mallorquines, aragoneses y navarros, que manifestaran oposición fundada en “razones locales, nacidas de la legislación excepcional de esas provincias, sino en consideraciones generales idénticas a las que pueden invocar, e invocarán seguro, muchos jurisconsultos de las demás provincias del reino”. Más adelante añade “ya es mucho adelantar en la vía de la uniformidad legislativa proscribir para siempre las Decretales y los Códigos romanos, escritos en una lengua muerta e ininteligible ppra la casi unanimidad de los ciudadanos españoles, reemplazándolos con una ley única, aplicable a todas las provincias indistintamente en las múltiples y transcendentales materias que comprenden dos de los tres libros del Código civil”. *El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales*. Ed. Plus Ultra, Madrid (sin fecha), pág. 33 y 34.

Esta Ley de Bases ya no tomará literalmente el Proyecto de 1851, sino que con fórmula más abierta se remite a su estructura. La Base 1ª determina que “se ajustará en el tratado de su plan general al Proyecto de 1851...”, que supondrá la división, en dos Libros, del Tercero del citado Proyecto. Además, presentará una nueva transacción para los territorios forales¹²⁸.

Esta propuesta conciliadora será la que formará los verdaderos cimientos que permitirán la aprobación del Código civil. La nueva fórmula transaccional que presentó Silvela¹²⁹, en la Ley de Bases de 1885, fue el mantenimiento del “régimen jurídico actual” a cambio de incorporar en el art. 5 el mecanismo de la supletoriedad del Código civil a los territorios forales, en defecto de su propio derecho supletorio¹³⁰.

Esta transacción presenta dos caracteres bien distintos; 1) por una parte un importante avance para el Derecho de Castilla que va a extender su vigencia a todo el territorio español¹³¹ mediante la supletoriedad del Código civil. 2) El otro factor es de peor condición ya que el mantenimiento “por ahora” del “régimen jurídico actual”, el derecho estatuario y *ius commune* como supletorio, está condicionado a que una vez transcurrido el período de transitoriedad, redactados los Apéndices, los *iura propria* dejarían de ser “régimen jurídico” para convertirse en un conjunto de instituciones que se conservarían, como excepción, junto al Código Civil General¹³².

Tras el fallecimiento de Alfonso XII, el 25 de noviembre de 1885, entra el Gobierno liberal de Sagasta, nombrando Ministro de Gracia y Justicia a Alonso Martínez.

128 - LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de la...*, cit., pág. 419.

129 - Como dice BADOSA COLL “el resultat de la codificació civil sería, doncs, ben minso: el Codi civil no tan sols sería castellà pel seu contingut sino també pel seu àmbit de vigència. Per evitar aquesta segona restricció ...vigència limitada..., en Silvela s'empescà una solució: declarar el Codi civil segon supletori dels “derechos forales” (art.5 del Proyecto...)”. *L'àmbit del dret civil català*. Materials de les II Jornades a Tossa. 1982, pág. 10.

130 - “En las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, seguirán por ahora en vigor las leyes, fueros y disposiciones forales, usos, costumbres y doctrina que en la actualidad constituyen excepción del Derecho común de Castilla, de suerte que no sufra alteración su régimen jurídico actual por la publicación del Código, teniendo éste tan sólo el carácter de Derecho supletorio en aquellas cuestiones en que no sean aplicables el Derecho romano y el canónico”. Además, en la Exposición de Motivos, alentando la admisión de la fórmula transaccional, comenta que la aplicación del Código civil será muy ocasional, ya que rara vez no se encontrará solución en el supletorio propio.

131 - BADOSA COLL, Ferran, dice: “aquest importantíssim article fá que el Codi civil sigui una normativa de vigència territorial a tota Espanya”. *L'àmbit del dret...* cit. Pág. 10.

132 - En este sentido BADOSA, que dice que el mantenimiento de la vigencia de los derechos territoriales se hará a costa de una importante reducción cualitativa “deixar d'esser un “regim jurídic” per a quedar reduïts a un recull d'institucions”. *L'àmbit del dret...* cit., pág. 13.

La Comisión nombrada en el Senado, presidida por Alonso Martínez, emitió dictamen favorable de la Ley de Bases y aprueba sin discusión el art. 5. Recibido el Proyecto en el Congreso, la Comisión¹³³ aceptó las Bases en su conjunto; sin embargo introduce, en su dictamen, unas modificaciones en este art. 5, añadiendo al final el siguiente texto: “en defecto del que lo sea –derecho supletorio– en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del reino”¹³⁴. Esta innovación pasó a la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888¹³⁵, y al originario art. 12 del Código civil; “y todavía al redactarse la edición revisada se hubo de añadir para acallar recelos y quejas de los parlamentarios foralistas las palabras “escrito o consuetudinario”, que califican de modo inequívoco la conservación inalterada de su actual régimen jurídico”¹³⁶.

2.2. El mantenimiento del “actual régimen jurídico” en los territorios forales.

Silvela permitirá dar el último paso para posibilitar la promulgación del Código civil mediante la modificación de la Ley de Bases de 1881, principalmente en dos materias, en el matrimonio y en el derecho foral. En la Exposición de Motivos de la Ley de Bases que presenta el Ministro Silvela el 7 de enero de 1885 (publicada en el Diario de sesiones el día 12), dice que el Código civil sólo será derecho supletorio para los territorios forales “no para excluir al Derecho romano, ni al canónico, ni a las costumbres y doctrina

133 - El Presidente era Alonso Martínez.

134 - Alonso Martínez, junto con Gamazo y Canalejas suscribieron un voto particular al art. 5 para la supresión del Derecho romano y las Decretales como derecho supletorio, que reforzaba la tendencia unificadora del proyecto, “reduciendo la subsistencia del Derecho foral a las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios. Vid. LASSO GAITE, *Crónica...* cit., pág. 471 y ss.

135 - ALONSO MARTÍNEZ replicó a SILVELA en el Congreso de los Diputados: “La única diferencia importante entre esas bases de S.S. y las que yo presenté al Senado en 1881, consiste en que yo consignaba que el nuevo Código sería supletorio de todas las provincias de régimen foral, y S.S., dando en eso gusto a Durán y Bas, y enmendando lo que yo había propuesto, dijo que este Código no sería supletorio, sino a falta de Derecho supletorio de cada una de las regiones forales; es decir, que por ejemplo en Cataluña, donde forman lo principal de su legislación los usatges, las constituciones y el Derecho consuetudinario y donde el Derecho supletorio es el romano y el canónico, se acudirá al Código vigente en Castilla y en las demás provincias de Derecho común. Yo no establecía esto, y lo que yo establecía había sido votado con mucho gusto por hombres muy conservadores, por conservadores de pura raza”. LASSO GAITE, Juan Francisco, *Crónica de...*, cit., pág. 425.

136 - DE CASTRO Y BRAVO, Federico de, *Derecho Civil de España*, T.I, Valladolid 1942 pág. 182. (La cita es de Lasso Gaite, *Crónica...*cit., pág. 645.

cuando vienen a completar instituciones forales, sino para suplir únicamente a lo que hoy falte para resolver dudas que en ninguno de esos elementos tengan solución”.

Estas modificaciones, que se harán visibles en el art. 5 de la nueva Ley de Bases permitiendo el mantenimiento de su “actual régimen jurídico”, fueron aceptadas por los foralistas¹³⁷. Alonso Martínez, Gamazo y Canalejas, presentaron un voto particular inclinándose por la redacción de la Ley de Bases de 1881, que excepcionaba la vigencia del derecho propio sólo para las instituciones que se entendiera que era necesario su mantenimiento¹³⁸. Gamazo hizo la defensa alegando que este mantenimiento del *statu quo* está inspirado por la Escuela Histórica, creando una situación de perturbación. Silvela responde que esta cuestión se reduce a “dividir la codificación en dos períodos, y a respetar en su integridad la situación de las provincias forales hasta que llegue el momento de publicar los Apéndices”.

Esta transacción presentada por Silvela no va a ser de aplicación a Baleares. La situación en nuestro territorio va a ser distinta y buena parte de la opción seguida fue por la influencia de Antonio Maura en un relevante sector de miembros del Colegio de Abogados de Palma. Maura, posteriormente, en una carta a Manuel Guasp de 4 de mayo de 1889 le dirá “me he negado en redondo a secundar los nuevos disparos de foralismo histérico y enfermizo, que yo reputo mas imputable a los Abogados que á la opinión general de las personas interesadas”¹³⁹.

Gil Bergés¹⁴⁰ presentó el 17 de junio de 1885, a deliberación del Congreso, una enmienda al artículo 7¹⁴¹ del Dictamen de la Comisión referente al Proyecto de Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las bases que en el mismo se establecen, del siguiente tenor: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a

137 - Cataluña; Aragón y Navarra (cuyos representantes eran lo que asistían) no estuvieron de acuerdo en en tres puntos “las legítimas, derecho de viudedad y contrato de donaciones *propter nupcias*...” LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 433.

138 - La enmienda daba otra redacción al art. 5 más unificadora, manteniendo sólo “las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios”. LASSO GAITE, *Crónica...*, cit. p. 471.

139 - Archivo de la Fundación Maura, caja 47, carpeta 25.

140 - Ya dijo: “ved Sres Diputados, si Aragón da muestras de querer llegar a la unificación del derecho civil”. Añadía que Don Luis Franco y López fue un defensor de los intereses jurídicos de Aragón y “como demostración del deseo que le anima a aquel insigne jurisconsulto de que con el futuro Código se facilite en plazo no remoto la verdadera unificación del derecho”. *El Código civil. Debates Parlamentarios*. cit. pág. 718-719.

141 - Pasando el art. 7 del dictamen a ser el art. 8.

regir como supletorio en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas”¹⁴².

No extraña esta enmienda si tenemos en cuenta la postura de Gil Bergés y de la mayoría de los juristas aragoneses del siglo XIX¹⁴³ que no eran seguidores de la Escuela Histórica de Savigny; los “juristas aragoneses rechazan el Derecho Romano. No muestran resistencia a la ideología codificadora, antes al contrario, exigencia explícita de un nuevo Código y de su carácter supletorio inmediato respecto del Código civil aragonés, una vez que ven fracasada la pretensión de un Código único integrador, no exclusivamente castellano”¹⁴⁴. Produce gran satisfacción a Alonso Martínez expresando que “la unidad del derecho es uno de los fundamentos más sólidos de la unidad nacional”.

Se produjo un debate en el seno de la Comisión, interviniendo el Sr. Durán y Bas y el Sr. Alonso Martínez y se aprobó la redacción del artículo 7¹⁴⁵, que quedó aceptada y aprobada sin oposición por el Congreso. Este artículo 7 pasó a la Ley de Bases de 1888 y al originario art. 13 del Código civil, con una adición, por la que, junto a Aragón, se unía las Islas Baleares. ¿Cuál fue el motivo de esta adición?.

142 - El segundo párrafo de la enmienda dice: “El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales y Colegios de abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar”.

Palacio del Congreso 17 de Junio de 1885.- Joaquín Gil Bergés.- Francisco Fernández de Navarrete.- José Pérez Garchitorena.- Manuel Lasierra.- Manuel Gavin.- El Marqués de Goicoerrotea.- Manuel Sastrón. *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.* pág. 821.

143 - Tenemos que recordar que la elaboración de la *Memoria de las Instituciones que se debían conservar* corrió a cargo del jurista FRANCO Y LOPEZ, que era miembro de la Comisión General de Codificación, que aceptó gustoso “la generosa transacción” que contiene el Decreto de 2 de febrero de 1880 y presenta “un elenco de las instituciones civiles aragonesas que deben conservarse como una excepción del Código general de la Nación, advirtiendo que pueden muy bien sin experimentar notable perjuicio los habitantes del este antiguo Reino, antes bien obteniendo quizás no despreciables ventajas, prescindir de varias de ellas (instituciones civiles aragonesas vigentes), rigiéndose por la legislación general de la Nación”. DELGADO, *La actitud aragonesa...*, cit. pág. 434.

BAYOD LOPEZ, María del Carmen, dice: “La asunción por parte de Aragón del Derecho castellano como Derecho supletorio, cuando antes no había tenido un sistema de heterointegración a través de textos legales pertenecientes a otro ordenamiento, determinará una diferente postura frente a la codificación civil española, así como también una diferente visión de la supletoriedad”. *El art.149.3 CE: la supletoriedad del Código civil como derecho estatal respecto de los Derechos civiles autonómicos. (En particular el Derecho civil aragonés)*”. Revista de Derecho Civil Aragonés 1999, V, n° 2, pág. 84.

144 - Por todos ver sobre este punto DELGADO ECHEVERRIA, Jesús. *La actitud Aragonesa ante la codificación y el origen...* cit. pág. 431 y ss.

3. El motivo de la opción de Baleares a secundar la redacción del art. 7 de la Ley de Bases de 1885. La influencia de D. Antonio Maura.

La inclusión de Baleares junto a Aragón, en el art. 7 de la Ley de Bases de 1888 y en la redacción del originario artículo 13 del Cc, no surge de ninguna enmienda parlamentaria. Aparece por vez primera esta inclusión en el artículo 7¹⁴⁶ en el Diario de Sesiones de Cortes (Senado) de 30 de Abril de 1888¹⁴⁷; ¿cuál fue la razón?

La propuesta que incluía a Baleares junto a Aragón no se gestó en el seno de la Comisión; ni fue fruto de una previa propuesta parlamentaria sino de un acuerdo del Colegio de Abogados de Baleares de 27 de junio de 1885.

Esta opción tomada por el Colegio de Abogados de Palma tiene una doble connotación:

1) Por una parte la respuesta negativa a la oferta de Durán y Bas de unirse Baleares a la acción emprendida para salvaguardar los derechos forales; esta situación se repetirá, de forma más contundente, en el momento

145 - En los siguientes términos “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón al mismo tiempo que en las provincias no aforadas, en cuanto no se opongan a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes.

El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales y Colegios de Abogados de Zaragoza, Huesca y Teruel, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, dentro de los dos años siguientes a la publicación del nuevo Código, el Proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón que conviene conservar.

Iguales informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.* pág. 735 y Apéndice 94 al n° 2, p. 908 y Ap. 1, al n° 75, p. 914 y Ap. 9 al n° 90, p. 929.

146 - Apéndice 2 al n° 99, dice el art. 7: “No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el Código civil empezará a regir en Aragón y en las islas Baleares al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones forales y consuetudinarias que actualmente estén vigentes. El Gobierno, previo informe de las Diputaciones provinciales de Zaragoza, Huesca, Teruel e Islas Baleares y de los Colegios de abogados de las mencionadas provincias, y oyendo a la Comisión general de codificación, presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código, el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e islas Baleares que convenga conservar.

Iguales informes deberá oír el Gobierno en lo referente a las demás provincias de legislación foral.”

147 - Diario de Sesiones n° 99, Apéndice n° 2, de 30 de Abril de 1888. *El Código civil. Debates...*, cit, pág. 987.

Si vemos la redacción del art. 7 de los Diarios de Sesiones de 14 de Junio de 1887, (Apéndice 94 al n° 2, pág. 907), de 19 de marzo de 1888 (Apéndice n° 1 al n° 75, pág. 913); y de 11 de abril de 1888 (Apéndice 9 al n° 90, pág. 929), no incluyen en dicha redacción a Baleares. *El Código civil. Debates Parlamentarios. cit.*, págs. 907; 913 y 929.

de la redacción de los Apéndices. 2) Por otra, la influencia de D. Antonio Maura.

3.1. La propuesta de Durán y Bas sobre el mantenimiento del Derecho propio.

Cuando en 1880 se reanuda la codificación civil, la transacción que presentó Alonso Martínez a los territorios forales consistía en derogar el *ius commune* como derecho supletorio a cambio de mantener las instituciones de derecho estatutario, que debían compendiar en las Memorias. Esta transacción provocó que se convocaran diversos Congresos de jurisconsultos. Se inició en Aragón el 4 de noviembre de 1880, y clausurado el 7 de abril de 1881, presidido por Gil Bergés que era Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza y había impulsado el Congreso para redactar un Código civil de Aragón, porque se lamentaba que “el estado actual es totalmente insostenible”, sin que significara, por su parte, dejación de un Código civil unitario derivado del mandato constitucional, “unas solas leyes” para toda la Monarquía. En este Congreso que se inició con la finalidad de redactar un Código civil de Aragón, se trataron cuestiones tales como su derecho supletorio. Se acordó que como derecho supletorio del derecho aragonés se mantuviera el Derecho de Castilla.

En Cataluña, en 1881, la Academia de Jurisprudencia y Legislación emitió un dictamen redactado por Juan J. Permanyer que pone en duda la bondad de la transacción que se ofrece a los territorios forales. Se convoca, también, un Congreso de juristas para debatir sobre el mantenimiento del derecho catalán¹⁴⁸.

En Baleares, el Decano del Colegio de Abogados Sr. Sbert dio cuenta en la Junta General de 10 de mayo de 1880, de la preparación de estos Congresos. Durán y Bas había invitado a los representantes en Cortes de las Islas Baleares, con la finalidad de que secundaran la campaña a favor de la integridad de las legislaciones forales. Antonio Maura¹⁴⁹ explica esta

148 - Se celebró en Barcelona un importante Congreso, en 1888, del que da cuenta, entre otros VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *En el centenario del Congreso jurídico de Barcelona (correspondencia de Costa con Manuel Durán y Bas y Juan Homs y Homs)*.

149 - BIBLIOTECA JUDICIAL, *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. Prólogo de Don Antonio Maura. Madrid 1888, pág. 9. En el mismo sentido GUASP Y PUJOL, Manuel y SOCÍAS Y GRADOLÍ, José. *Derecho Foral de Mallorca Voto Particular de (D. Manuel Guasp y D. José Socías) vocales de la comisión foral de Mallorca encargada de redactar las instituciones jurídicas especiales de este territorio*. Palma, Esc. Tip. Prov. 1916, pág. 7, donde reproduce los mismos términos que cita MAURA, “al discutirse las Bases del Código Civil en el Congreso, un insigne Jurisconsulto catalán invitó a los representantes de las islas Baleares para que secundaran la compañía en pro de la integridad de las legislaciones forales; pero entre nuestros representantes fué unánime la opinión de que no convenía a esta provincia el *statu quo*”.

invitación, advirtiendo que “fue entre nosotros unánime parecer que no convenía a nuestra provincia el *statu quo* si bien estábamos resueltos a procurar con toda energía el respeto de algunas instituciones sobre las cuales descansan allí felizmente”.

Esta oferta de Durán y Bas de secundar la campaña por la integridad del derecho foral, se vuelve a debatir en el Colegio de Abogados en la sesión de 27 de junio de 1885 donde D. Pedro Ripoll lee la carta recibida de D. Antonio Maura que aconseja seguir la opción aragonesa en su propuesta del art. 7 de la Ley de Bases. Maura comenta, en esta carta a Ripoll, lo sucedido a raíz de las propuestas de Durán y Bas, en estos términos “El Sr. Durán y Bas y todos los representantes a Cortes de las Baleares, se habían reunido porque el primero deseaba su consenso para mantener las instituciones forales, pero que le habían hecho comprender que no estaban en la tendencia extrema que los catalanes muestran á propósito de la codificación: Que entendían que la base o artículo tal como venía del Senado al Congreso era suficientemente respetuosa con nuestro derecho particular ínterin llega la codificación del mismo. Que después el Congreso había acentuado en sentido mas particularista la base votada en la otra Cámara; y que en el momento de discutirse en el Congreso, los Aragoneses, marcando una tendencia distinta de los Catalanes habían presentado la siguiente proposición...” (y sigue la trascripción del texto propuesto para el art. 7 de la Ley de Bases de Silvela).

Era lógica la postura de Cataluña y lógica también la de Aragón. La que no resultaba tan lógica era la de Baleares.

Cataluña defendía la integridad de su derecho foral que lo formaba su derecho estatutario y su derecho supletorio, el *ius commune*; compartía, por consiguiente, la misma estructura jurídica que Baleares. Aragón, por el contrario, desde 1707, como consecuencia de haber perdido la competencia legislativa, aceptó y aplicó como derecho supletorio el Derecho de Castilla, porque históricamente se había nutrido de su propio derecho y nunca había recurrido al Derecho Romano, ni a ningún otro derecho foráneo como supletorio. Esto significaba que Aragón prefería suplir sus lagunas con el Código civil, porque venía aplicando el Derecho de Castilla, que suplir con el Derecho Romano que le resultaba extraño. Por esto Gil Bergés presentó la enmienda a la Ley de Bases de introducir el art. 7, atendiendo al sentir del Colegio de Abogados y de los Diputados de Aragón.

¿Por qué se decantó Baleares por renunciar al *ius commune* como derecho supletorio y seguir la propuesta de Aragón?. En Baleares, a diferencia de Aragón, nunca se aplicó el Derecho de Castilla; incluso, tras el Decreto de Nueva Planta, siguió, como Cataluña, aplicando el *ius commune* como derecho propio, dándole el valor de costumbre.

3.2 La directriz de D. Antonio Maura a favor de la opción del art. 7 de la Ley de Bases.

D. Pedro Ripoll, ante la propuesta de Durán y Bas, que abogaba por el mantenimiento de la integridad del derecho propio, por una parte, y la opción del art. 7 de la Ley de Bases presentada por Gil Bergés, antes de tomar una decisión, se decanta por conocer la opinión de los Diputados por Mallorca y la del Colegio de Abogados. Como miembro de la Comisión General de Códigos y con el fin de evitar que “se atentara contra nuestra legislación foral, había escrito en este sentido á los Diputados por esta provincia, y con especialidad al distinguido letrado D. Antonio Maura”.

Maura, como Diputado por Mallorca en las Cortes, formaba parte de algunas comisiones parlamentarias; y entre sus preocupaciones estaban los debates sobre la Ley de Bases del Código civil.

Contesta a la carta de Ripoll que éste traslada a la Junta del Colegio de Abogados de Palma, para que manifiesten su opinión. El Decano, Sr. Pou, convoca la Junta en sesión de 27 de junio de 1885, explicando que el motivo es poner en conocimiento de los Sres Colegiales la opinión de D. Antonio Maura sobre la tramitación de la Ley de Bases. D. Pedro Ripoll, en uso de la palabra, explica que acababa de recibir la carta en respuesta a la suya, que leyó, y quería comunicar al Colegio con el fin de tomar una decisión. La cuestión que propone Maura es dar a conocer a los miembros de la Junta la regulación propuesta por y para Aragón, de adicionar un artículo a la Ley de Bases, que será el 7, para que, mientras durara el debate parlamentario, se pueda ir formando la opinión preponderante en el Foro balear. Maura manifiesta que si bien “como Diputado debía regir sus actos por sus convicciones, en asunto tan trascendental hubiera querido consultar la opinión del país y por no serle posible se dirigía al Colegio de Abogados de Palma como expresión la más autorizada del común sentir”.

El debate que se abrió lo zanjó Guasp, porque entendía que el tiempo apremiaba y debía tomarse un acuerdo, por lo que propuso la siguiente redacción: “El Colegio comprendiendo las ventajas de la unificación del Derecho civil y vista la transacción que las Bases contienen, entiende aceptable para Mallorca la 7^a, tal como ha sido aprobado por el Congreso y significa su tendencia, una vez conocido el Código, de hacer en beneficio de la unidad todas las dimisiones de este Fuero que no perturben el estado jurídico de esta Isla”¹⁵⁰.

150 - Términos del Acta de la Junta, de 27 de junio de 1885. Reproduce en los mismos términos *La Legislación Foral de España. Derecho Civil vigente en Mallorca*. cit. Prólogo de Don Antonio Maura, pág. 10. También se reproducen los términos de este Acuerdo en *Voto Particular*, cit, de Manuel GUASP Y PUJOL y SOCÍAS Y GRADOLÍ , pág. 7.

Durante el debate¹⁵¹ se apuntaron tres tendencias; una favorable a la unidad legislativa, que manifestó el Sr. Canals; otra, más mayoritaria, que era partidaria de la transacción, siempre que se procediera a la mayor brevedad a redactar el Apéndice, representada por los Sres. Ripoll; Guasp; Planas y Binimelis; y una tercera, particularista, seguida por el Sr. Palou y el Sr. Vallespir que pedían seguir como están, mantenimiento del *statu quo* pero apostaban por no seguir con “el derecho romano antiguo y el canónico” como supletorio.

Es evidente que los presupuestos de Aragón no se daban en Baleares; renunciar al *ius commune*, al Derecho Romano y canónico, como supletorio era renunciar a nuestra tradición jurídica.

La situación que llevó al Colegio de Abogados a tomar este Acuerdo lo relata D. Antonio Maura al comentar las bondades del citado art.7 de la Ley de Bases porque entendió¹⁵² que era, también, de sumo interés para Baleares. El Acuerdo¹⁵³ de la Junta del Colegio de Abogados se tomó diez días después de la presentación, por parte de Aragón¹⁵⁴, de la enmienda al art. 7 del Dictamen de la Comisión.

151 - Cfr. el debate en el Acta de la Junta de Gobierno de 27 de junio de 1885.

152 - “Hubiérala yo secundado (se refiere a la enmienda), en lo tocante a Baleares, de muy buen grado, desde el primer instante; pero me pareció que, en asunto tan grave, pecaría acaso de ligereza si no consultaba siquiera al órgano más auténtico de la opinión pública de mi país, en esta materia: el Colegio de Abogados de Palma de Mallorca. Hice, pues, esta consulta, con intervención del dignísimo Vocal correspondiente de la Comisión general de Codificación del Reino, D. Pedro Ripoll, seguro de que la respuesta, aunque llegaría después de aprobado el artículo por el Congreso, vendría en sazón oportuna para que pudiera ser atendida en el dictamen de la Comisión mixta de ambas Cámaras, como aconteció en realidad”. *La Legislación Foral de...* cit. Prólogo de Don Antonio Maura, pág. 10.

153 - GUASP comentó, posteriormente, “clara intuición y presentimiento de ello debió de tener el legislador y del daño irreparable que para Aragón y Mallorca representa simultanear la legislación común y la aforada, cuando en la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 previno (art. 7º) (...). En nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla”. *Voto Particular*. cit. pág. 7. No hay que olvidar la postura que mantuvieron estos juristas respecto de la pervivencia de nuestro derecho civil propio. Vid. *Voto Particular*. cit. Por otra parte PASCUAL GONZALEZ, Luis, se manifiesta en otros términos y admite que los representantes de Aragón y Mallorca admitieron de “buena fe (y con sobrada dosis de ingenuidad, justo es decirlo) la fórmula del art. 13 de acuerdo con unos antecedentes, de clarísima significación, y no es justo suponer que el poder legislativo quisiera, a través de una redacción más o menos acertada, verificar un escamoteo o una poda en la parte del derecho foral que deseaban conservar las dos regiones más propicias a la unificación legislativa, Aragón y Mallorca”. *El Derecho civil de Mallorca*. Imprenta Mossen Alcover. Mallorca 1951, pág. 54.

154 - La enmienda se presentó el 17 de junio de 1885 y el Acuerdo del Colegio de Abogados es de 27 de junio de 1885.

3.3. La influencia de D. Antonio Maura. Su posición política y jurídica.

Antonio Maura tuvo una notable influencia en las decisiones que se irán tomando en el momento de la codificación y redacción del Apéndice al Código civil. Su inteligencia, dedicación y su posición política en Madrid (por 5 veces Presidente del Consejo de Ministros), así como su Presidencia en la Comisión de Códigos, convertirá a Maura en el jurista de referencia a quien pedir consejo. Esta influencia de Maura no fue sólo con Baleares, que era su tierra natal, sino con otros territorios forales al tiempo de la redacción de los Apéndices. Las Ponencias a los Apéndices, de la Comisión de Codificación, como preceptuaba el art. 6 de la Ley de Bases, las realizó personalmente y se conservan con sus notas a mano¹⁵⁵. Si nos ceñimos a los territorios de la Corona de Aragón, su influencia llegó, de forma muy potente, a Aragón de donde no era natural¹⁵⁶. Como Presidente de la Comisión de Códigos, con la colaboración del gran foralista Isábal¹⁵⁷ (fallecido Gil Bergés), Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, vocal de la Comisión, redactó, casi personalmente, el Apéndice de Aragón y se encargó de la Nota de Ponencia al Apéndice¹⁵⁸, que trabajó individualmente y con toda minuciosidad. D. Marcelino Isábal, en una carta al Director de Heraldo de Aragón¹⁵⁹, con ocasión de la aprobación del Apéndice por Real Decreto 7 de diciembre de 1925 y entró en vigor el 2/I/1926, después de reconocer que ha colaborado para que el Apéndice fuera una realidad, reconoce: “eso he hecho; pero nada más que eso. El Apéndice dista mucho de ser obra mía. Su primera redacción fue de D.Joaquín Bergés; la reciente es de D. Antonio Maura. Esos han sido los maestros y directores de la obra (...)”.

155 - Cfr. sig. 395/17 “Ponencia que se redacta para iniciar las deliberaciones de la Comisión Permanente de codificación acerca del Apéndice del Código civil...”.

156 - GIL Y GIL, Gil dice: “La especie de sugestión que sobre sus compañeros ejercía la poderosa inteligencia, así como el especial carácter de D. Antonio Maura, dio por resultado que la obra resulte producto de personas extrañas a nuestro territorio, casi personal del Presidente de la Comisión, por haberse encargado este señor, dando pruebas de una laboriosidad que debemos enaltecer en justicia, de redactar definitivamente el Apéndice. Resultando así para Aragón, lo que, según frase atribuida a D. Francisco Cambó, repugnaba a Cataluña; o sea tener un Código regional redactado por persona extraña a la región”. *Precedentes inmediatos y ligera crítica al Apéndice del Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón*. (Discurso de apertura del curso 1928-1929 en la Universidad de Zaragoza). Tip. “La Academia”, Zaragoza 1928, pág. 19. Hay que advertir que Maura estudió la carrera de Derecho en Zaragoza. Por su parte, Gil, catedrático y foralista, era sobrino y ahijado de Gil Bergés.

157 - Con quien mantiene una fluida correspondencia que se conserva en la Fundación Antonio Maura (FAM) (sig. 373/5; 373/13; 283/1; 283/3; 283/9).

158 - Se conservan en FAM las Notas de Ponencia al Apéndice de Aragón, que demuestran el trabajo personal de Maura (signatura, 389/26).

159 - FAM sig. 373/4.

En el ABC de Madrid, el 7 de febrero de 1926¹⁶⁰, se da noticia del acto solemne en la Diputación de Zaragoza, con motivo de la aprobación del Apéndice de Aragón, donde se reconoció la labor de los artífices, Maura, Isábal y Piniés. El decano del Colegio de Abogados, D. José García Berenguer, reconoce la valiosa intervención de Maura en su elaboración, a quien dedica un cariñoso recuerdo (había fallecido hacía unos meses), poniendo de manifiesto que se licenció en Derecho por Zaragoza; el Sr. Piniés dijo que sin la figura de Maura “no se hubiera publicado el Apéndice, cuya labor en pro del Apéndice es verdadera, por ser de corazón”. Su hijo D. Gabriel Maura Gamazo¹⁶¹ que, también tomó la palabra, dijo que su padre dedicó los últimos años de su vida, hasta en sus últimos momentos, al estudio del Apéndice. Finalmente, el Ministro, Sr. Ponte, añadió que “si los hermanos Argensola habían ido a Castilla a enseñar el castellano, D. Antonio Maura, que era mallorquín, nos enseñó, desde Madrid, el Derecho foral aragonés a muchos que no lo habíamos aprendido”.

Como también se puede consultar la correspondencia¹⁶² para calibrar la intervención, aunque menor, en Cataluña.

Maura fue buen concedor de los derechos forales y pretendía su mantenimiento. No se quiera ver en Maura a un centralista aniquilador de los derechos propios, muy al contrario; si tenemos en cuenta la correspondencia y trabajos¹⁶³ de los que personalmente se ocupó en la redacción de los Apéndices al Código civil. Maura era partidario de codificar el derecho civil; de ordenar los derechos propios que en aquél momento su conocimiento era muy difícil; es común la afirmación de los distintos territorios que no se podía continuar con el *statu quo*. Sin embargo Maura se colocó en una postura intermedia; una conjunción de la preeminencia del Código civil, siguiendo el mandato constitucional, y mantenimiento de las instituciones de derecho propio; opción que no contentaba a todos los foralistas.

Maura fue un prestigioso abogado; inició su andadura política en 1881, a los 26 años de edad, como Diputado del Partido Liberal de la facción de Gamazo, que la encabeza a la muerte de su cuñado en 1901; había sido

160 - <http://hemeroteca.abc.es/nav/Navigate.exe/hemeroteca/madrid/abc/1926/02/07/031.html>.

161 - Dijo “El alma de D. Antonio Maura vibra entre nosotros –exclamó- con satisfacción, al ver terminada la obra patriótica del Apéndice, ya que toda su vida la consagró para enaltecer la obra patriótica de España”.

162 - Cfr. sig. 373/1 y 373/2. Hay otra documentación con Cataluña en sig. 355/21 (unos oficios de García Goyena de 21 y 24 de marzo de 1924, dirigidos al Presidente de la Comisión Foral de Cataluña para “excitar el celo” en la finalización de la redacción del Apéndice), entre otros. La correspondencia con Brocá, FAM, sig. 373/1 y 2.

163 - Se conservan en la FAM, catalogados en los Fondos de la Comisión de Codificación sig. (Caja nº 47).

avalado no sólo desde Madrid, sino con un amplio apoyo en Mallorca. Dedicó su esfuerzo al Regeneracionismo político, organizando incluso un Gabinete de *Regeneración Nacional*.

En el Partido Liberal-Fusionista luchaban distintos grupos, y uno de ellos eran los gamacistas, que giraban en torno a Antonio Maura, y en Mallorca estaba formado por un grupo de profesionales del derecho como Mariano Canals; Pascual Ribot; Miquel Socías Caimari; Gabriel Maura y el fiel Manuel Guasp, que será su cabeza visible en Mallorca hasta el final de su vida política. Posteriormente se unirá, también, José Socías y Gradolí.

En mayo de 1881, se celebraron elecciones municipales, y resultaron electos algunos de los representantes del maurismo mallorquín, Mariano Canals y Pascual Ribot como concejales del Ayuntamiento de Palma; y Manuel Guasp y Miguel Socías por la Diputación.

Es un momento en que Maura ejerce una gran influencia en determinados núcleos de poder de Mallorca. Ante las elecciones generales de agosto de 1881, Maura intentó ganar su escaño. Maura no pudo pactar una candidatura entre constitucionalistas y la facción maurista, por lo que se acercó a los posibilistas que lideraba Joaquín Fiol, que iba avalado por el apoyo de los grandes empresarios como Salas, Alzamora y Garcías; y a la vez conseguir el fracaso electoral, que consiguió, de los constitucionalistas liderados por Jeroni Rosselló; para ello trabajó desde Madrid, asegurando su escaño con Sagasta, en tanto que Guasp y Canals lo hacían desde Palma. Se formaron las Cortes con predominio de diputados del Partido Liberal-fusionista

En 1902, llega a un acuerdo con Silvela, con el que compartía ideales, integrándose los gamacistas en el Partido Conservador. Fue nombrado Presidente del Consejo de Ministros por cinco veces; la última desde 1921 a 1922, pocos años antes de su fallecimiento el 13 de diciembre de 1925. El Colegio de Abogados de Palma, que tantas veces pidió consejo a D. Antonio Maura, no homenajeará su figura hasta 1959. En la sesión de 14 de marzo de 1959 de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio, su Decano, D. Félix Pons Marqués, después de ilustrar sobre la personalidad de D. Antonio Maura, propuso: “1º Que, en homenaje póstumo al insigne jurista mallorquín D. Antonio Maura Montaner se le nombre Colegiado de Honor de esta Corporación. 2º Que el próximo día dos de Mayo, víspera de la fiesta patronal del Colegio, celebre solemne sesión académica en memoria de Maura y se incorpore su retrato en sitio destacado. 3ª Que, dada su vinculación familiar con el homenajeadado y las relevantes dotes que en él concurren, se invite al colegiado con residencia en Madrid D. Eugenio Lledonet Maura para que en dicha sesión haga uso de la palabra y evoque la figura y obra de su ilustre antepasado”. La propuesta se aprobó por unanimidad.

Con la llegada de Dato al poder en octubre de 1913 se produjo una

escisión en el seno del Partido conservador. Maura no pudo asumir, por inaceptables, las condiciones que le imponía el Rey Alfonso XIII y éste formó gobierno con Dato.

En Mallorca esta fractura en el Partido Conservador¹⁶⁴ entre datistas y mauristas tendrá una connotación añadida que dejará al Partido maurista mallorquín en horas bajas. La crisis interna se produjo a raíz de la Primera Guerra Mundial causante de una crisis económica e ideológica en Mallorca. El detonante fue el asunto de La Isleña Marítima, provocado por Joan March, que enfrentó a dos grandes sectores de la burguesía local. La vieja burguesía que abanderaba D. Manuel Salas y la nueva por Joan March. La compañía naviera era un símbolo isleño, fundada y controlada por republicanos y liberales, como Ramón Obrador, Jerónimo Pou, y en parte por un sector conservador vinculado al Crédito Balear, con Joan Aguiló. El Consejo de Administración estaba controlado por mauristas, Manuel Guasp era su Presidente. El grupo de D. Manuel Salas intentaba mantener el control de la naviera y oponía resistencia a perder el poder socioeconómico que pretendía arrebatarle el grupo liderado por Joan March.

A comienzos de 1915, antes de la escisión que conformó dos grupos, los datistas o idóneos, seguidores de Dato¹⁶⁵ cuyo jefe era José Socías y los mauristas encabezados por Manuel Guasp, el Comité ejecutivo del grupo de Maura en Mallorca estaba formado por los más avanzados del Partido conservador como Mariano Canals; José Socías; Joan Alcover; Juan Massanet; Antonio Barceló; Miquel Salom; Mariano Aguiló; Bartolomé Gayá; Rafael Moll; el Marqués de la Torre; Antonio Planas; Miquel Rosselló y Manuel Guasp.

Al poco tiempo dejaron la ejecutiva José Socías, que aún así intentó mantener contacto directo con Maura y Juan Massanet, que quedaron junto a Dato; abandonaron también las filas mauristas, Barceló; Sampol; Antoni Rosselló y Cazador, Jaume Suau; Aleix Corbella, entre otros. Se escinden del Casino La Peña y crean el Casino Centro Conservador con el Conde de Sallent, el Marqués de la Cenia, y José Socías. Esta fuerte escisión llevó a Maura a no presentar candidatos a las elecciones provinciales.

Se reorganiza el maurismo mallorquín sustituyeron las bajas y se nombró nueva Junta de La Peña¹⁶⁶ formada por Guasp, (Mariano) Canals; Salas, (Luis) Canals, Estades, (Joan) Alcover, (José) Alcover, Cladera, Vidal,

164 - Cfr. FULLANA I PUIGSERVER, Pere, *Antoni Maura i el maurisme a Mallorca (1853-1925)*. Lleonard Muntaner, Editor. Palma 1998, pp. 197 y ss.

165 - Ver más extensamente FULLANA I PUIGSERVER, Pere, *Antoni Maura...*, cit. pp. 193 y ss.

166 - El Casino de La Peña de Palma estaba formado por socios pertenecientes al sector dirigente del Partido Conservador.

Salom, Ribot, Mas, Muntaner, Socías, Gayá, Piña, Cortés, Morales, Rosselló, Fons, y Oliver entre otros. Se nombró Presidente del Partido Maurista en Mallorca a Manuel Guasp y Secretario a Miquel Rosselló. Muchos de ellos eran abogados de prestigio del Colegio de Abogados de Palma, algunos de los cuales habían invocado la intercesión de Maura consultando su parecer con motivo de seguir la propuesta de Gil Bergés sobre el art. 7 de la Ley de Bases; y posteriormente acudirán, nuevamente, como consecuencia de una Circular de la Fiscalía, de la que daremos cuenta. También, en el ámbito nacional, muchos juristas eran seguidores de Maura, recordemos a modo de ejemplo el ilustre jurista Juan Moneva y Puyol que presidía la Acción Regionalista Aragonesa, del grupo maurista. Recordemos, también, como se ha apuntado al inicio, la gran intervención que tuvo en las redacciones de los Apéndices.

4. La aprobación de la Ley de Bases del Código civil.

La inclusión de Baleares junto a Aragón en la Ley de Bases apareció por vez primera en el Diario de Sesiones nº 99, Apéndice nº 2, de 30 de Abril de 1888¹⁶⁷. Finalizada la Legislatura el 24 de diciembre de 1886, en sesión de 21 de junio de 1887¹⁶⁸ de la nueva Legislatura se leyó el Dictamen de la Comisión, que estaba presidida por Germán Gamazo. Se fueron sucediendo diversas vicisitudes, en especial respecto de la Base 3ª que regulaba el matrimonio; finalmente se debatió esta Base, que había quedado pendiente de discusión en la sesión de 19 de junio de 1885, en la sesión de 22 de marzo de 1888 y siguientes hasta la sesión del día 27 del mismo mes. Después que se elaborara un Dictamen por una Comisión Mixta Congreso-Senado, sobre las modificaciones introducidas, se aprobó en sesión de 1 de mayo de 1888 y fue sancionada por la regente Reina María Cristina como *Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las Condiciones y Bases establecidas en la misma* y publicada en la Gaceta de Madrid de 22 de mayo de 1888.

4.1 La publicación del Código civil.

Por Real Decreto de 6 de octubre de 1888 se manda publicar el Código civil, de acuerdo con el art. 2 de la Ley de Bases de 1888, que se hará en dos ediciones por Ley de 26 de mayo de 1889 y el Real Decreto de 24 de julio de 1889. Publicado el Código civil, su vigencia alcanza a todos los territorios forales como supletorio en segundo grado (art.12.2 “como supletorio en defecto del que lo sea”), en defecto de su propio derecho supletorio, excepto en Aragón y Baleares, tal como el originario art. 13 Cc. disponía. El Código civil se convertía en Derecho general, al ser derecho vigente en todo el territorio español; en tanto que los derechos forales sólo mantienen vigencia

167 - *El Código civil. Debates Parlamentarios*, cit, pág. 987.

168 - *El Código civil. Debates Parlamentarios*, cit., pág. 3792.

en sus respectivos ámbitos territoriales, por ello eran considerados derechos especiales¹⁶⁹.

4.2 La extensión del Código civil a Baleares.

Con la entrada en vigor del Código civil, la estructura territorial del ordenamiento civil español, respecto a la coexistencia de los derechos civiles propios, quedaba desigual por la redacción del art. 12.2 y del art. 13 Cc. que reproducían los artículos 5 y 7 de la Ley de Bases de 1888. La vigencia y el mantenimiento del derecho propio de los territorios forales convergen en dos vías. La vía general, de los territorios que siguen la del originario art. 12.2 que conservaban su actual régimen jurídico “por ahora en toda su integridad”; y la vía excepcional, del hoy derogado art. 13, donde el Código civil “empezará a regir...al mismo tiempo que en las provincias no aforadas” en Aragón e Islas Baleares; consecuencia de la transacción a la que se había llegado que justificaba el texto del art. 13 en aras de la pronta redacción y entrada en vigor de sus Apéndices¹⁷⁰.

Aún habiendo otorgado esta primacía a Aragón y Baleares, los territorios que seguían la vía del art. 12.2 Cc, también iniciarán la elaboración de los Apéndices al Código, como sistema de conservar sus instituciones propias, en un marco de excepción ya que alcanzaba tan sólo a “las instituciones que no puedan suprimirse sin afectar hondamente a la familia o la propiedad y derogando el Derecho romano y canónico como supletorios”¹⁷¹.

IV.- El brote de la efervescencia por la “cuestión foral” al tiempo de la redacción de los Apéndices al Código civil.

“(…) La inquietud por el Derecho foral forma parte del ambiente de nuestro mundo jurídico desde hace muchos años. Nunca ha perdido (...)”

169 - BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del dret...*, cit. Pág. 10.

170 - PASCUAL GONZÁLEZ *Derecho Civil de...*cit., pág. 55. respecto al art. 13 dice: “Este artículo, plasmación de la tendencia conciliadora de las regiones aragonesa y mallorquina, fue redactado con la firme creencia de que en brevísimo plazo aparecerían los anunciados Apéndices. Constituyó una solución transaccional transitoria, acogida con satisfacción general y particularmente por las personas de ideas liberales partidarias del uniformismo, tan en boga en extensos campos políticos en la segunda mitad del pasado siglo. Al prolongarse esta solución provisional más allá de uno o dos años, y alcanzar la avanzada edad de doce lustros, ha producido unos resultados muy en disonancia con la satisfacción que motivó: problemas insolubles, incertidumbre en el derecho aplicable, confusionismo en importantes y delicadas áreas de nuestro derecho. Éstas son las secuelas que la Magistratura y el Foro Mallorquín han padecido –y padecen aún– a consecuencia de la redacción del artículo que examinamos y de su antecedente y complemento el art. 12”.

171 - LASSO GAITE *Crónica...* cit. Pág. 471.

actualidad”, en palabras de Hernández Gil¹⁷². Si dilatado y dificultoso fue el tiempo dedicado a la redacción del Código civil, no menos dilatada ni belicosa fue la elaboración de los Apéndices, hasta tal punto que sólo el de Aragón llegó a tener sanción legal en 1925, derogando, con su aprobación todo su cuerpo legal *Fueros y Observancias del Reino de Aragón*. El sistema de Apéndices fracasó.

Para Aragón y Baleares, el art.7 de la Ley de Bases (que se incorporó al Código civil como originario art.13 Cc), abre la vía a los Apéndices. Su párrafo segundo dispone que en “el plazo más breve posible” se presentará el Proyecto de Ley en que “han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar”. Estos términos entrañaban, una vez en vigor el Apéndice, la derogación de todo el Derecho civil de Baleares, principal y supletorio; comenzando a regir el Código civil con la excepción de lo que estrictamente quedara incluido en el Apéndice.

El Ministro Canalejas, por Real Orden de 15 de octubre de 1889, recuerda a los Colegios de Abogados y a las Diputaciones de las provincias forales lo prevenido en el art. 5 de la Ley de Bases. Fue un recordatorio inútil; tan sólo Huesca envió su informe.

Durán y Bas, tras ocupar el cargo de Ministro de Gracia y Justicia el 4 de marzo de 1899, en el gabinete de Silvela, por Real Decreto de 17 de abril del mismo año, organiza la Comisión de Codificación nombrando Comisiones especiales, cuya composición se publica por Real Decreto de 24 de abril, indicando que la integraran Letrados representantes de Colegios de Abogados; de las Diputaciones provinciales y de la Universidad. La presidencia recaería en los Vocales correspondientes de la sección primera con sede en cada territorio. El mismo Real Decreto organiza la metodología de trabajo, que debía finalizar en seis meses y debía constar de tres trámites; 1) en primer lugar dar redacción a los Anteproyectos de Apéndice indicando las instituciones que querían conservar; 2) en segundo lugar, finalizada la redacción, deberían emitir su Informe los respectivos Colegios de Abogados y las Diputaciones Provinciales; y, finalmente, como último trámite, los Proyectos se presentarían a las Cortes oyendo, previamente, a la Comisión General de Codificación.

1. La redacción del Apéndice al Código civil de Baleares.

El art. 7 de la Ley de Bases decía que “presentará a la aprobación de las Cortes, en el plazo más breve posible, a contar desde la publicación del nuevo Código el proyecto de ley en que han de contenerse las instituciones civiles de Aragón e Islas Baleares que convenga conservar”.

172 - “Reflexiones sobre el Derecho foral y la unificación del derecho”. Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1951, pág. 8.

Se constituyó en Baleares la Comisión, nombrada según directrices del Real Decreto de 24 de Abril de 1899, la presidía D. Pedro Ripoll y Palou, que era miembro de la sección primera de la Comisión de Codificación y redactor en 1880 de la *Memoria de las Instituciones* que se debían conservar junto a los 35 artículos que incluye como epílogo dicha Memoria. Dicha Comisión, que debía iniciar la redacción del Anteproyecto de Apéndice del Derecho Civil, quedó formada, además de su Presidente, por los vocales, D. Pedro Sampol, D. Manuel Guasp y Pujol, D. José Socías y Gradolí, que fueron nombrados en representación de la Diputación Provincial; por el Colegio de Abogados se nombró a D. Miguel Ignacio Font y Muntaner y a D. Enrique Sureda y Morera.

Iniciada ya la redacción, el Colegio de Abogados, en sesión de 22 de enero de 1902, presidida por su Decano D. Mariano Canals, “acordó unánimemente consignar en acta la satisfacción con que la Junta ha visto la meritoria labor de la Comisión codificadora del Derecho foral”

Se finalizó la redacción del Proyecto de Apéndice el 20 de febrero de 1903. El Proyecto constaba de 82 artículos; y se divide en 7 Títulos dedicados a: Título I: Del Estatje. Título II: De las Donaciones. Título III: De la Sucesión Testada. Título IV. De la Sucesión Intestada. Título V: Del Derecho de Acrecer. Título VI: De los Bienes de los Casados. Título VII: De los Censos.

Este Proyecto no se aprobó por unanimidad¹⁷³, sino por mayoría de los miembros de la Comisión; en el propio documento ya se anuncia el voto particular de dos de sus vocales, el Sr. Guasp y el Sr. Socías. Para cumplir con la exigencia del Real Decreto de 1899 faltaban dos Informes que eran preceptivos, el del Colegio de Abogados y el de la Diputación Provincial. Pasarán años hasta que se redacten estos Informes, porque se iniciará un período de relativa convulsión frente al Proyecto de Apéndice.

2. El nuevo “brote” de la “cuestión foral”.

La “cuestión foral” estaba madurando en los territorios vecinos. Cataluña iniciará una ofensiva contra la unificación civil que preveía que iba a producirse en el caso de aprobarse los Apéndices al Código civil. Incluso Aragón¹⁷⁴, que fue el impulsor del sistema del art. 7 Ley de Bases, también reabrirá la “cuestión” de la foralidad.

173 - Termina el documento del Proyecto: “Este es el articulado que ha redactado la Comisión por mayoría compuesta de los Excelentísimos Sres. D. Pedro Ripoll y D. Pedro Sampol y los Sres. D. Miguel Ignacio Font y D. Enrique Sureda, discrepando radicalmente los otros dos miembros de aquélla D. Manuel Guasp y D. José Socías, quienes formularán su parecer en voto particular.”

174 - ISABAL “Los mostrencos en el Tribunal Supremo, o sea el estudio sobre la vigencia de las instituciones forales españolas en materia de sucesiones intestadas”, *Revista de derecho Privado*. 1920, T. VII.

Baleares participó, también, de esta conciencia sobre el mantenimiento del derecho propio, apelando, de nuevo, al consejo de D. Antonio Maura.

Ciertamente, el sistema de Apéndices no agradó porque suponía la derogación del derecho propio en aras del mantenimiento de unas pocas instituciones que se mantendrían vigentes.

Sin embargo, el elemento detonante que avivó la contestación de los territorios de *iura propria*, frente a la aplicación del derecho castellano, fue la doctrina jurisprudencial que mandaba aplicar el Código civil en materia sucesoria. Ahora bien, el foco importante lo encontramos en Mallorca.

2.1 La “Circular” de la Fiscalía de la Audiencia de Baleares.

La cuestión tuvo su inicio a raíz de una “Circular dirigida por la Fiscalía de la Audiencia de Mallorca a los funcionarios del Ministerio Fiscal”¹⁷⁵, que mandaba aplicar en Baleares el Código civil a la sucesión intestada.

El Tribunal Supremo iba manteniendo un criterio desigual. A partir de la Sentencia de 20 de marzo de 1893 aplicó a Cataluña el Código civil, ya que, como consecuencia del nuevo sistema de fuentes impuesto desde los Decretos de Nueva Planta dictados por Felipe V, entendió aplicable a los territorios forales la llamada Ley de Mostrencos de 1835; le seguirán, entre otras, la Sentencia de 10 de junio de 1914 que aplica a Aragón el Código civil, prescindiendo de los Fueros *De rebus vinculatis* y *De successionibus abintestato* así como de las Observancias 6^a y 7^a *De Testamentis*. Posteriormente el TS en Sentencias de 13 junio de 1914, de 7 de julio de 1915 y de 10 de diciembre de 1919, aplica, también, a Cataluña¹⁷⁶ el Código civil a las sucesiones intestadas. Pocos días después de la citada Sentencia de 10 de diciembre para Cataluña; el 13 de diciembre de 1919, el Tribunal Supremo aplicó, por vez primera a Mallorca, la misma doctrina.

El Fiscal del Tribunal Supremo, en Circular de 28 de abril de 1893¹⁷⁷ para la Audiencia de Barcelona, advierte que la legislación posterior al Decreto de Nueva Planta es legislación catalana, en estos términos “sobre esto no se ofrece dificultad. Esta surge, no enfrente de la legislación especial, sino en relación con la que, siendo general del Reino, por ser posterior al

175 - La referencia de la Circular la hemos encontrado en las Actas de la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados de Palma, que más adelante comentaré. Quiero manifestar mi agradecimiento por la inestimable ayuda que me ha prestado D. Antonio Terrasa, Presidente del Tribunal Superior de Justicia Illes Balears, en la búsqueda de la Circular en los Archivos.

176 - Ver el comentario sobre esta aplicación en Cataluña, Guillem M. de BROCA, *Historia del derecho de Cataluña especialmente del civil y exposición de las instituciones del derecho Civil del mismo territorio en relación al Código Civil de España y la Jurisprudencia*. Generalitat de Catalunya. Departament de justícia 1985, pp. 495 y ss.

177 - *Memorias de la Fiscalía General* Instrucciones especiales dadas a Fiscales de Audiencias, Apéndice Segundo, p. 120. Mi agradecimiento al Fiscal Superior de las Illes Balears, D. Bartolomé Barceló que me facilitó la consulta de tales circulares. La circular para Barcelona hacía referencia a la Ley de enjuiciamiento civil sobre Tutela y Curatela.

Real Decreto llamado de Nueva Planta, constituye derecho de aquellas provincias forales, á la vez que las de derecho común”. Esta Circular establece un criterio común para las provincias forales; toda la legislación posterior al Decreto de Nueva Planta, emanada del Monarca, era de aplicación a los territorios forales, con preferencia a su derecho propio.

Sin negar la importancia de la repercusión¹⁷⁸ de las Sentencias del Tribunal Supremo que aplicaban el Código civil a Cataluña, Aragón y por último Baleares, por ceñirnos a la Corona de Aragón, en cuyos territorios hasta aquel momento se había aplicado el derecho romano en materia sucesoria; la situación de alarma que se creó fue motivada por una Circular del Fiscal de la Audiencia Territorial de Baleares de 1916, que mandaba aplicar el Código civil a las sucesiones intestadas y que no se dio en los otros territorios. ¿Cuál fue la razón?.

En primer lugar el Voto Particular al Proyecto de Apéndice de 1903.

En Baleares el caldo de cultivo era el apropiado. El 15 de septiembre de 1916, dos meses escasos antes de la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca, D. Manuel Guasp y Pujol junto a D. José Socías y Gradolí, encabezando una restringida corriente de opinión del estamento jurídico que era más proclive a la unificación, emitieron un Voto Particular¹⁷⁹, contrario al Proyecto de Apéndice de 1903 que aprobó la mayoría de la Comisión y que estaba pendiente de los Informes del Colegio de Abogados y de la Diputación Provincial. Justificaban su deseo de unificación¹⁸⁰, de una parte, por la escasa defensa por el Derecho civil propio

178 - ISABAL en 1920, en el citado artículo *Los mostrencos en el Tribunal Supremo...*, cit., en el que dice que el TS en siete sentencias ha aplicado el Código y que las regiones de fuera mantenían viva su protesta contra esa absorbente tendencia uniformista. Nos da noticia de un opúsculo del Sr. Gil Bergés en defensa del derecho foral aragonés, amenazado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y que plantea “si han de subsistir los sistemas de sucesión intestada foral o han de quedar definitivamente sacrificados, en el campo de la jurisprudencia, ante el Código, no obstante sus artículos 12 y 13 que obliga a respetarlos” RDP 1920, T. VII, pág. 354.

179 - *Voto Particular*, Escuela Tipográfica-Provincial 1916.

180 - Son elocuentes las palabras que podemos leer en el *Voto particular*, cit... pág. 6 “por el empeño de no haberse aceptado hace veintisiete años el Código civil, sobrevienen constantes engastes de diversas piezas exóticas y no siempre congruentes con nuestro sistema foral, que se reciben con sorpresa, se toleran con indiferencia y se incorporan definitivamente a nuestro derecho con el aumento de la deformidad que sufre el arlequinado fuero balear. Así van acampando clandestinamente las leyes pátrias en nuestro solar”.y concluyendo que “en definitiva, nuestro voto particular sintetiza y sus razonamientos se satisfacen declarándose vigente el Código civil sin más excepción foral que la de sustituir el apartado segundo del artículo 1315 por el siguiente: “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá, en las islas Baleares, contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes y cada cónyuge retendrá el dominio y la administración de los que le pertenezcan, haciendo suyos todos los frutos, si bien con la obligación de contribuir, proporcionalmente, al sostenimiento de las cargas del matrimonio” pág. 25.

que hacían nuestros juristas; por otra, porque la publicación del Apéndice al Código civil supondría el freno al desarrollo del derecho consuetudinario. Entendían que “en nuestra precaria situación jurídica es vano y perjudicial el designio de retardar la adopción del Código, que representa la transacción con las legislaciones forales y de ningún modo la imposición de la ley de Castilla”¹⁸¹, por lo que se decantaban por declarar la vigencia del Código civil en Baleares sin más excepción foral que la de sustituir el apartado segundo del artículo 1315 por el siguiente: “a falta de contrato sobre los bienes, se entenderá, en las Islas Baleares, contraído el matrimonio bajo el régimen de absoluta separación de bienes...”.

Esta actitud uniformista¹⁸² de una minoría, ante el Proyecto de Apéndice, colocó a Mallorca como el lugar idóneo para iniciar un nuevo avance hacia la unificación civil; y no tanto por la posterior doctrina jurisprudencial¹⁸³ que aplicará, también a Baleares como a otras provincias de derecho propio¹⁸⁴, el Código civil para regular la sucesión intestada; sino por la Circular del Fiscal de 1916¹⁸⁵, que precedió a dicha Sentencia, que fue el detonante de esta avanzadilla unificadora.

2.2 El debate sobre la Circular de la Fiscalía en la Junta General extraordinaria de 21 de noviembre de 1916 del Colegio de Abogados. La contestación al avance de la unificación civil.

La reacción del Colegio de Abogados a la Circular, a la que posteriormente aludió Maspons en 1920, no se hizo esperar; se convocó Junta General, en sesión extraordinaria, para tomar un acuerdo¹⁸⁶ sobre la cuestión, y tiene

181 - *Voto Particular*, cit. pág. 7.

182 - Fue duramente criticada por la prensa local y catalana. En un artículo de Joan Estelrich, que escribía bajo el seudónimo de Joan Delilla, titulado “el dret foral”, dice “amdós (se refiere a Guasp y a Socías) vénen a donar una lliço de centrelisme al mateix Felip V qui respectà les nostres pragmàtiques i privilegis i el mateix Tribunal Suprem”. Se conserva en FAM sig. 355/20.

183 - En la ya citada Sentencia de 1919.

184 - Aragón, Navarra y Cataluña.

185 - En efecto, el resultando 3º dice que la demandada aportó como prueba documental “en la aportación a los autos de dos certificaciones libradas por los secretarios del Juzgado de primera instancia de Inca, en las que hacen constar que desde que tomaron posesión de sus cargos han visto aplicar en todos los asuntos en que han intervenido sobre declaración de herederos abintestato la Novela 118 de Justiniano, hasta que, con fecha 15 de noviembre de 1916, se aplicó por primera vez (...) el derecho común español”. Debemos entender, como consecuencia del mandato expedido en la Circular.

186 - “Se acordó por unanimidad, no adoptar en esta ocasión acuerdo alguno acerca de la repetida circular de la Fiscalía de esta Audiencia y esperar a que se celebre la próxima Junta general extraordinaria que habrá de ser convocada con motivo del Informe que ha de emitirse respecto del indicado Proyecto de Apéndice al Código civil”.

su reflejo en el Acta que relata con todo detalle el debate que se produjo en la sesión extraordinaria de 21 de noviembre de 1916, presidida por el Sr. Sureda, en sustitución del Decano Sr. Sbert, que explica la razón de la convocatoria¹⁸⁷, que no era otra que los términos de la preocupante¹⁸⁸ Circular que mandaba aplicar como único derecho, a la sucesión intestada, el Código civil. Los Sres. Colegiales, en su mayoría, se decantaron por la aplicación en Mallorca del Derecho Romano en materia sucesoria, pero se temió emitir y comunicar un acuerdo en defensa de la aplicación de las normas romanas, a causa de las recientes disensiones en el seno de la Junta, en referencia al voto particular que habían emitido los Sres. Guasp y Socías. Se aconsejó trasladar la posición del Colegio al Informe, que estaba pendiente, sobre el Proyecto de Apéndice redactado en 1903.

También se elevó una propuesta con el fin de comunicar a D. Antonio Maura y a los representantes por Mallorca en Cortes la situación, con la finalidad que gestionaran alguna medida que diera solución a tan grave perturbación. Se puso de manifiesto la conveniencia de recabar el apoyo de otras regiones forales, como Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya.

1) Los argumentos del debate de la Circular de 1916.

El Sr. Sureda, como Decano accidental, planteó el debate sobre la Circular, diciendo que, aún dictada la Ley de 1835, ésta no modificaba, en Mallorca, el orden sucesorio en la sucesión intestada “sino para los grados ulteriores al quinto”. En las numerosas intervenciones de los Sres Colegiales, la

187 - El acta dice que la convocatoria es debida a la “Circular dirigida por la Fiscalía de esta Audiencia a los funcionarios del Ministerio Fiscal correspondientes al territorio de Baleares y dictada en el sentido de que, en esta provincia, el Código civil es el único derecho aplicable a todas las sucesiones abintestato”.

188 - Dijo al iniciar la sesión: “determinar y resolver la actitud que debía adoptar el Colegio, si se creía deber adoptar alguna, en vista de la Circular...”, y añadió que “se había preocupado de lo que en ella se resuelve. Que estimando que muy pronto el Colegio habría de ocuparse en redactar el informe prevenido en el artículo 7º de la Ley de Bases del Código Civil acerca del Proyecto de Apéndice al mismo, formado por la Comisión especial de Derecho foral, entendía que por de pronto no debía tomarse resolución de ninguna clase, como no fuera insistir y afirmarse en cuanto mantuvo el Colegio en la exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia en 1880 y en el convencimiento de que la jurisprudencia invocada en la Circular de que se trata, pronunciada toda ella, en contemplación a las disposiciones de la ley de 16 de mayo de 1835, no resultaba invocada con absoluta exactitud toda vez que esta ley no estableció orden sucesorio alguno sino para grados ulteriores al quinto con lo cual vino a respetar la legislación romana aplicada siempre en este territorio en orden a la sucesión intestada, en todo aquello que la ley de 1835 no había modificado, pero que si bien era éste el criterio de la Junta de Gobierno, había considerado por la gravedad que encerraban los términos de la Circular del Sr. Fiscal que debía llevar el asunto a la Junta General a fin de que ésta fuese la que en definitiva resolviese”.

mayoría defendieron la aplicación de la Novela 118 de Justiniano a la sucesión intestada, que se venía aplicando por costumbre. Acudir a la costumbre, como fuente del derecho, fue el mecanismo que se articuló para mantener la aplicación del Derecho Romano tras el Decreto de Nueva Planta y así lo aplicó el Tribunal Supremo, incluso hasta en la STS de 24 de octubre de 1964¹⁸⁹, en su Considerando Cuarto.

Tras la presentación del tema, el Sr. Sureda dio la palabra a los Sres Colegiales. La mayoría de las intervenciones corresponden al grupo de los mauristas.

D. Jerónimo Massanet, que era también periodista y dirigía el “Fomento del Civismo” a la vez que publicaba en su Revista “La Vanguardia balear”, inició el debate y, tras poner de manifiesto la lamentable doctrina que aplicaba el TS a los otros territorios forales (en Mallorca aún no se había aplicado, hasta la Sentencia de 1919), puso el énfasis en la Circular del Sr. Fiscal porque “encerraba a su juicio una extraordinaria gravedad, por cuanto, mediante ella, trata de imponerse a los fiscales municipales una norma de interpretación que discrepa de la que hasta hoy había seguido y (...) que está contra sus convicciones y que merma la independencia de criterio que deben tener estos funcionarios”.

En el debate¹⁹⁰ se pone de manifiesto que las sentencias anteriores a 1835 aplicaban el Derecho Romano “sin una sola excepción ni discrepancia de criterio en todos y cada uno de los casos”. Sin embargo añade que la Ley de Mostrencos “introdujo una novedad en aquella sucesión la de llamar al cónyuge viudo y al hijo natural reconocido”, pero como “esto no variaba en lo mas mínimo las sucesiones de descendientes, de ascendientes y de colaterales hasta el cuarto grado (que son en la práctica casi las únicas que se efectúan); y como éstas a la vez eran idénticas por la legislación común de entonces y por la romana, pudo entenderse y se entendió por todos, que subsistía vigente en Mallorca la Novela 118, con el aditamento, perfectamente compatible con ella, de la ley de Mostrencos. El Tribunal Supremo ahora, y ya en su fallo de 1893, lo interpreta de modo distinto” (se refiere a la Sentencia que aplicó el Código civil a Cataluña) y dice: “A tenor del Decreto de Nueva Planta, la ley de Mostrencos fue de general aplicación”(…); deduce el Supremo Tribunal que, desde aquella fecha, el sistema sucesorio toma el carácter de derecho común. Explica el Sr. Massanet que la ley de Mostrencos “no cambió el encasillado del derecho común ni del foral tratándose de descendientes, ascendientes y colaterales hasta el cuarto

189 - Repertorio Aranzadi núm. 4494/1964.

190 - Consultar el Acta de la Junta General extraordinaria del Colegio de abogados de 21 de noviembre de 1916.

grado”; recordó que el Código civil había dejado subsistente el derecho foral escrito y consuetudinario¹⁹¹.

Le siguió en el uso de la palabra el Sr. Obrador que, después de exponer que según su parecer se aplicaba en Mallorca la Novela 118 que era completamente compatible con la Ley de Mostrencos, concluye diciendo que lo deseable sería que “se dirija el Colegio a nuestro ilustre paisano D. Antonio Maura, como presidente que es de la Comisión de Códigos, y también a nuestros representantes en Cortes, para que, por medio de una ley o del Apéndice al Código (pero pronto puesto que los casos apremian) se obtenga lo que deseamos”. Interviene, también, el Sr. Socías y Gradolí¹⁹² justificando, en coherencia con su actuación anterior, que no puede sumar su voto al de la Junta “pues la rotunda afirmación que en Mallorca rige el Derecho romano, en materia sucesoria, pugna con la opinión del dicente, modesta siempre pero siempre mantenida y proclamada, en unión de la autorizadísima de D. Manuel Guasp, al formular ambos el voto particular al Proyecto de Ley, formado por la Comisión foral de esta región”. Añadió que “celebra que un derecho más humano y modernizado sustituya al fin las arcaicas reglas del derecho justiniano, tan mutiladas por el derecho consuetudinario, para amoldarlas a nuevas aspiraciones y estructuras sociales...”¹⁹³.

D. Mariano Canals¹⁹⁴ apoyó a los dos Vocales de la Comisión que redactó el Apéndice. A su parecer¹⁹⁵ era conveniente aplazar el acuerdo sobre la

191 - Alega el Sr. Massanet, que incluso desde la Ley de Mostrencos, dado que no se propuso derogar los fueros, se ha continuado con la misma aplicación, por lo que “hubiera revivido en esta materia nuestro derecho foral, por virtud de la costumbre uniforme que interpretando aquella ley se ha venido siguiéndose; porque el Código civil ha dejado subsistente no sólo el derecho foral escrito, sino también el consuetudinario, ya suponiendo que existió la derogación del derecho escrito la costumbre seguida desde el año 1835 hasta nuestros días hubiera adquirido fuerza de ley”. Finaliza diciendo que resulta extraño que durante 80 años se hayan equivocado constantemente en la interpretación de las leyes “todos los letrados, los jurisconsultos, los funcionarios judiciales y el pueblo en masa, por lo que hay que admitir que existe y rige el derecho foral en las sucesiones intestadas, y que por lo mismo para aplicar el Código ...es conveniente con las disposiciones adecuadas para evitar el grave trastorno que originaría el retrotraer la derogación a ochenta años atrás”.

192 - Era uno de los dos vocales de la Comisión que hizo su voto particular al Proyecto de Apéndice, y tan sólo hacía dos meses lo había firmado (el 15 de septiembre de 1916).

193 - Parecidas afirmaciones utiliza en el voto particular. También intervino el Sr. Obrador diciendo que en todo caso se atemperara esta cuestión adoptando el Código en esta materia de sucesión intestada sin efecto retroactivo.

194 - Recordemos que sustituyó al Sr. Ripoll en la Comisión de Codificación.

195 - Extraído del Acta antes citada: “constituya una afirmación relativa a la vigencia del Derecho romano en esta isla, en materia sucesoria intestada, si dicho acuerdo ha de ir acompañado de salvedades respetables, que hagan dignísimos compañeros...toda vez que el Colegio ha de informarse en breve acerca del Proyecto de Apéndice al Código civil redactado por la Comisión designada al efecto, y del voto particular que lo acompaña, entonces será llegado el momento de que cada uno de los colegiales, examinando con detención las consideraciones que uno y otro trabajo contienen, fije su criterio”. Más adelante asume el criterio del Sr. Obrador y se muestra favorable a la aplicación no retroactiva del Código civil a las sucesiones intestadas.

Circular al momento de informar el Proyecto de Apéndice porque existían voces discrepantes. Precisamente por esta razón, el preceptivo Informe del Colegio de Abogados, estaba pendiente desde que finalizó la redacción del Proyecto en 1903; como lo estaba el de la Diputación. D. Mariano se adhiere, también, a la opinión del Sr. Obrador de recabar solución de nuestros representantes en Cortes con el fin de evitar las “perturbaciones que podría causar la aplicación del criterio del Supremo si se intentara dar efectos retroactivos”; y entiende conveniente “recabar el apoyo de las regiones forales de Aragón, Cataluña, Navarra y Vizcaya”. La misma opinión la formuló D. Luis Canals.

El Sr. Sureda contestó a los Sres. Socías y Obrador argumentando que a su entender eran perfectamente compatibles la Ley de 1835 que inspiraba la doctrina del Tribunal Supremo, citada en la Circular, con la sucesión intestada romana, “mientras ésta no traspase el sexto grado”. Opinión compartida por D. Francisco Massanet.

2) Los Acuerdos. El impulso a la aprobación del Proyecto de Apéndice.

Se acordó por unanimidad no adoptar acuerdo alguno sobre la Circular de la Fiscalía y esperar a la Junta General extraordinaria que se tendrá que convocar para emitir el Informe sobre el Proyecto de Apéndice al Código civil; y ante la gravedad de la Circular solicitan celeridad en la aprobación del Proyecto de Apéndice, aún con el temor a la reacción entre los Colegiales que presentaron el voto particular.

Se propone, también, solicitar la intercesión del Sr. Maura para que agilice la aprobación del Proyecto de Apéndice, con el fin de evitar que se aplique a Mallorca esta doctrina jurisprudencial como estaba ocurriendo en otros territorios forales.

Posteriormente, el Diputado Primero, Sr. Sureda, da cuenta a los Sres Colegiales, reunidos en Junta ordinaria, en la sesión de 28 de junio de 1917, que hallándose en Madrid y respondiendo al encargo que los Sres. Colegiales formularon en la Junta de Gobierno que lograra “alguna medida que evitase la retroactividad de la aplicación de los efectos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de sucesiones intestadas, a declaraciones de herederos legales pronunciadas con arreglo al Derecho romano aplicado constantemente en la materia en nuestro territorio, había solicitado y obtenido del Sr. Ministro de Gracia y Justicia una conferencia en la cual le expuso los antecedentes del asunto y la necesidad y justicia de cerrar la puerta a la revisión de aquellas declaraciones”; comentó que el Sr. Ministro¹⁹⁶ “se había hecho cargo de la justicia del deseo expuesto y estimado la conveniencia de

196 - Posiblemente el Ministro era D. Manuel de Burgos y Mazo, que fue nombrado el 11 de junio de 1917, y cesó el 3 de noviembre de 1917; el tiempo no debió ser suficiente para presentar la propuesta. O también pudiera ser, porque no indica la fecha de su estancia en Madrid, que se tratara del Ministro Ruíz Valarino, que cesó el 11 de junio de 1917, por lo que también le resultó imposible atender la petición.

acudir a su satisfacción por medio de una medida de carácter legislativo ; y que se había ofrecido a presentar a las Cortes el conveniente proyecto de ley en el sentido interesado”.

Tardará aun algunos años hasta que el Colegio de Abogados proceda a la aprobación del Informe.

2.3 El “clamoreo”¹⁹⁷ mediático y la posición de Maspons y Anglasell, como reacción a la Circular del Fiscal de Baleares y a la doctrina del Tribunal Supremo.

La reacción a la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Baleares sobre la aplicación del Código civil en Mallorca a las sucesiones intestadas no sólo se manifestó en el seno del Colegio de Abogados, sino que fue motivo de una fuerte repercusión en los periódicos de la época¹⁹⁸. Esta situación también tuvo una importante repercusión en Cataluña donde, D. Francisco de Paula Maspons y Anglasell, se erigió en el “embajador” de la causa foral, iniciando una dura contestación a la doctrina del Tribunal Supremo.

Maspons y Anglasell, hombre polifacético y uno de los principales abanderados de la causa foral, reivindicó para Cataluña su realidad política, cultural y jurídica; en ésta última centra su atención en los elementos diferenciadores del derecho catalán al que definía como un derecho emanado del pueblo, hecho a la medida de las personas; al contrario de lo que significaba el derecho castellano que estaba basado en la imposición, que inició Felipe V y siguió en la Codificación. Maspons viajó a Mallorca para recabar apoyo a favor de la causa foral; incluso la prensa, tanto mallorquina como catalana, da noticia de sus viajes y de la cuestión foral que se había reavivado con la doctrina del Tribunal Supremo y en Baleares, principalmente, por la Circular de la Fiscalía.

Si el prestigioso jurista catalán Durán y Bas fue quien lideró la “cuestión foral” al momento de la codificación civil, otro eminente jurista de Cataluña,

197 - Término utilizado por MASPONS Y ANGLASELL, “La perturbación del régimen...” cit., p. 104.

198 - En un artículo de DELILLA (Joan Estelrich) titulado “Dret Foral”, dice “Si les autoritats judicials persisteixen en llur criteri, la disposició del fiscal de l’Audiència desorganitzarà d’una vital faisó la nostre vida jurídica que seran innombrables els plets i litigis que s’en esdevindran”. FAM, sig. 355/20. En una Editorial de “La Direcció” donde firma Joan Estelrich (no DELILLA) Barcelona 3 de abril de 1917, FAM sig. 355/20 se manifiesta duramente contra la Circular. Estelrich fue el fundador del periódico regionalista *La Veu de Mallorca*. Se afilió, en 1917, a la Lliga Regionalista, por su amistad con Cambó, del que fue secretario. PEÑARRUBIA i MARQUÉS, I. da cuenta de esta repercusión mediática, *Els partits polítics davant el caciquismo i la qüestió nacional a Mallorca (1917-1923)*. Biblioteca Abad Oliva 105. Publicacions de l’Abadia de Montserrat 1991, pp. 199 y ss.

Maspons, reemprendió esta causa cuando se redactaban los Proyectos de Apéndice.

a) La “cruzada” de Maspons y Anglasell.

Dos fueron los motivos que le llevaron a iniciar una labor de mantenimiento del Derecho propio. 1) Por una parte, la incipiente jurisprudencia sobre la aplicación del Código civil a Cataluña y otros territorios forales en materia sucesoria, en detrimento del derecho propio. 2) Por otra porque, a propósito de la promulgación del Código de Derecho canónico en 1917, se temía que el nuevo Código derogara la vigencia en Cataluña del antiguo Derecho Canónico, como derecho supletorio. En una magnífica conferencia pronunciada en Madrid, el 15 de junio de 1918, bajo el título “La situación jurídica de Cataluña y la aprobación de los Apéndices al Código civil”¹⁹⁹ Maspons puso de relieve estas cuestiones.

Ahora bien, la situación en la que se encontraban los otros territorios forales distaba mucho de la que se había producido en Mallorca tras la Circular. Maspons y Anglasell, lo pone de relieve en otra conferencia²⁰⁰ pronunciada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid el 23 de marzo de 1920, al comentar la perturbación que producen las citadas Sentencias del Tribunal Supremo al régimen sucesorio catalán, y alude a la grave situación que se había producido en Mallorca. Textualmente dice: “En Cataluña no ocurrió lo que en Mallorca..., que el Fiscal de la Audiencia dirigió una Circular a los demás Fiscales, ordenándoles que, en adelante, inspiraran sus doctrinas en el criterio de esta naciente y no formada jurisprudencia; en Cataluña no ha ocurrido esto, y, por tanto, no ha podido ocurrir lo que en Mallorca aconteció después, o sea que fue tal el clamoreo que se levantó contra lo que se consideró un abuso intolerable de poder, que poco tiempo después, el Fiscal, atendiendo a indicaciones superiores muy atinadas, hubo de declarar sin vigor la circular”.

Esta cruzada la inició Maspons el año 1917 con especial interés en Mallorca. Nos dan razón las actas del Colegio de Abogados y la prensa de aquel momento. Maspons extendió, también, a Menorca esta fluida relación mantenida con Mallorca.

En una primera ocasión, en marzo de 1917, se trasladó a Palma con la finalidad de cambiar impresiones²⁰¹ sobre la elaboración del Proyecto de

199 - Se puede leer en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1918.

200 - Puede consultarse la conferencia, bajo el título “La perturbación del régimen sucesorio de Cataluña por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”. *Revista de Derecho Privado*, T. VII, 1929, pp. 97 y ss., concretamente, p. 104.

201 - *La Publicidad* de Barcelona de 27 de marzo de 1917, en un artículo firmado por D. Miguel Durán y Tortajada, con el título “El régimen jurídico balear”, da cuenta de la estancia de Maspons en Palma. Precisamente coincide con la Junta extraordinaria del Colegio de Abogados, de 15 de marzo.

Apéndice, con los miembros de la Junta del Colegio de Abogados. Por una parte, ante la doctrina del Tribunal Supremo, parecía necesaria la pronta aprobación de los Apéndices, con el fin de atajar la indebida aplicación del Código civil. Por otra, el sistema de Apéndices no era la panacea, muy al contrario²⁰². Esta misma opinión de Maspons la comparte y así lo manifiesta el ilustre jurista menorquín Pere Ballester en una carta dirigida a Maspons, el 1 de enero de 1918, donde le comunica su imposibilidad de asistir a la Asamblea de Organización Jurídica a celebrar en Barcelona, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación, le comenta: “Aixi estan molt malament ses regions aforadas; no poden avui estat petjor. I no mellorarien, ans bé passant els anys petjorarien més encara, si fossen sancionats els apèndix”²⁰³. Esta opinión no era compartida por Mallorca, la causa no era otra que el temor a la aplicación de la Circular de la Fiscalía.

El 19 de mayo de 1917, siendo Maspons vicepresidente de la Academia de Jurisprudencia de Barcelona se trasladó, nuevamente, a Mallorca donde pronunció una conferencia sobre “El Derecho Foral Mallorquín”, en el Ayuntamiento de Palma, con la asistencia de un importante número de abogados de la Isla²⁰⁴ y de la que dieron cuenta los periódicos de Mallorca y de Barcelona²⁰⁵. Esta conferencia y las reuniones con los juristas de Mallorca tuvieron una importante repercusión. El periódico *La Veu de Mallorca*²⁰⁶ publica unas entrevistas a los juristas D. Enrique Sureda; D. Mariano Canals y D. José Socías para que dieran su valoración sobre las propuestas de Maspons. Todos coinciden en el fondo de la cuestión; los Apéndices de Mallorca y de Cataluña “pueden llegar a una unificación tan extrema como pretende que se realice el Sr. Maspons”, dijo Sureda, argumentando que el Apéndice se había redactado en 1902, y Cataluña aún está pendiente de redacción, y “en nuestro Apéndice (hemos conservado) el mismo espíritu balear (...) fundamentado, como dice el mismo señor Maspons, en el mismo espíritu que el que rige el suyo”. Mariano Canals, añade que la Comisión

202 - Esta es la opinión de Maspons que expuso en la antes citada conferencia pronunciada en Madrid, el 15 de junio de 1918 bajo el título “La situación jurídica de Cataluña y la aprobación de los Apéndices al Código civil”, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1918.

203 - *Revista Jurídica de Cataluña*. 1918, pág. 267. Añadía Pere Ballester: “No sera amb transaccions entre’s centre i ses regions aforades que arribie a s’unitat legislativa civil, conforme se proposaren els autors d’es Codich que avui regeix”.

204 - Joan Delilla, en el artículo “Per al nostre dret”, da noticia de la importante conferencia, y comenta que se sentaron a su izquierda “el jurisconsult don Marià Canals; el diputat a Corts don Joseph Socías; i el capdevanter dels maurins mallorquins don Manuel Guasp”. A la derecha, don Ramón Obrador, don Joan Alcover; don Lluís Martí y el cronista de la ciudad D. Benet Pons. FAM sig. 355/20. Estos artículos se publicaban en la *Veu de Mallorca* y la *Veu de Catalunya*.

205 - *La Vanguardia* de 19 de marzo de 1917 (p. 6).

206 - *La Veu de Mallorca* 22 de marzo de 1917; se conserva copia FAM 355/20.

codificadora de Mallorca ya efectuó la redacción del Apéndice, por lo que debe considerarse disuelta “no puede, por lógica y por falta de oportunidad, ponerse en contacto y de acuerdo con una Comisión que, como la de Barcelona, subsiste activa y está actualmente trabajando en la codificación de su Apéndice”. Socias, fue más reaccionario, diciendo que “la cuestión jurídica es completamente distinta para Cataluña que para Mallorca”, y se fundamenta en los arts. 12 y 13 del Código civil.

Posteriormente Maspons también pronunciará la misma conferencia en el Ateneo de Mahón. Precisamente, en 1917 el jurista Pere Ballester, que fue un gran dinamizador cultural, publicó “El Derecho foral en Menorca”. Este “clamoreo” mediático indujo a D. Frederic Llansó, republicano, diputado en Cortes por Menorca, a ofrecer su concurso al Colegio de Abogados²⁰⁷ con el fin de defender en las Cortes la subsistencia de aquellas instituciones del derecho foral balear y así conseguir que prevalezca el espíritu de nuestra legislación.

b) La reunión en Barcelona de juristas catalanes con los representantes del Colegio de Abogados de Mallorca.

A los pocos días de regresar Maspons a Cataluña se desplazan a Barcelona los abogados D. Luis Alemany y Pujol y D. Luis Martí, invitados por el Sr. Maspons en correspondencia a su anterior visita. Podemos dar cuenta de esta reunión a través del Acta del Colegio de Abogados y de dos periódicos que reseñaron la noticia, entre otros.

D. Luis Alemany informa a los Colegiales reunidos en Junta, en la Sesión de 10 de junio de 1917, sobre el viaje a Barcelona y su reunión con los juristas catalanes. Explica que fueron obsequiados, en Barcelona, con un “banquete (...) en justa correspondencia a las atenciones dispensadas por los compañeros de Palma al abogado catalán D. Francisco Maspons”. Pone en conocimiento del Colegio cuales fueron los juristas asistentes a este acto: el Presidente de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Sr. Decano del Colegio de Abogados y una “nutrida representación de compañeros”. Los diarios de la época nos dan cumplida razón de los presentes a este banquete²⁰⁸. Alemany informó a sus colegas que, en respuesta a la invitación y a las “alusiones que se hicieron al deseo de que se conservara el Fuero balear”, contestó “que él sería el intérprete de estos deseos y significándoles que en Mallorca nos encontramos en un plano distinto del suyo y que, si bien el exponente era partidario de dicha conservación, había notado tendencias contra el fuero, nacidas principalmente de la anarquía jurídica que imperaba, más que de hostilidad al mismo; no obstante lo cual la cuestión sería resuelta serenamente por el Colegio de Abogados, a quién competía decir la última

207 - Acta de la Junta del Colegio de Abogados en sesión de 19 de julio de 1917.

208 - Los citaremos más adelante.

palabra en uso de su derecho indiscutible”. La Junta manifestó su conformidad con lo expuesto por Alemany.

La prensa de Mallorca y la catalana se hizo eco de esta visita. La Circular de la Fiscalía había provocado una fuerte reacción mediática y se levantaron voces pidiendo el mantenimiento del derecho propio.

La *Veü de Mallorca* de 16 de junio de 1917 dedicó una amplia reseña a la estancia de los Sres. Alemany y Martí en Barcelona, donde se ha podido conocer otros detalles que no figuran en el acta del Colegio de Abogados. Reseña que Maspons después de manifestar a Alemany el encargo de Cataluña de transmitir al Decano Sr. Obrador y a todos los compañeros de Palma todo el afecto, añadió que les alentaban a luchar por la conservación de su Derecho; respondió Alemany, después de agradecer la labor realizada en su estancia en Palma, que en Mallorca tienen gran admiración a los catalanes, pero “no tenim la vostre valentia”. Justificó la presentación del voto particular por la anarquía existente a la hora de aplicar las leyes y manifestó la promesa de trabajar para que las leyes de la tierra sigan vivas, aunque no sabe si lo conseguirán.

Junto a esta reseña, otro artículo de opinión, firmado por “R. d’A”, en el mismo periódico, relata la estancia de Alemany y Martí en Barcelona; reseña una larga lista de asistentes a esta reunión, entre los que se encuentran Durán y Bas, Cambó, Ventosa y el presidente del Círculo maurista D. Jaume Trabal; comenta el articulista que estas cuestiones del Derecho son superiores a las cuestiones políticas y se extraña que el Sr. Alemany dejara entrever la escasa probabilidad de salir triunfante en la defensa del derecho de la tierra.

c) La anarquía jurídica imperante. La imposibilidad de seguir manteniendo el *statu quo*. La grave situación de Mallorca.

Pasados unos meses, el 27 de noviembre de 1917²⁰⁹, en el Discurso inaugural de la Academia de Jurisprudencia y Legislación, el Sr. Maspons pone de relieve la anarquía jurídica existente que ya había manifestado Alemany en la reunión de Barcelona, lamentándose de las dificultades que existían para saber cual era el Derecho vigente en Cataluña. En efecto, contrastaba esta dificultad con la facilidad de aplicación de las normas tras la publicación del Código civil. Si esta era la situación de Cataluña, cuan mayor era la dificultad en Mallorca.

El diagnóstico de Maspons²¹⁰ es certero; la problemática se encuentra en

209 - Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona 1918, *La Reivindicació Jurídica de Catalunya*. Discurs llegit per el Sr. D. Francisco de P. Maspons i Anglasesell, President Accidental de l’Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Barcelona en la sessió inaugural del curs de 1917-1918, celebrada el día 27 de noviembre de 1917.

210 - Entrevista de Miquel Durán y Tortajada, en *La publicidad*, Barcelona, martes 27 de marzo de 1917 (p. 3).

la falta de estudio y ordenación de los derechos propios de lo que deriva la dificultad de su aplicación, que ya había sido puesto de relieve en los anteriores Congresos jurídicos. Al comparar el Derecho catalán con el de Mallorca, decía Maspons que en Cataluña “creíamos que nuestro régimen jurídico no tenía materialmente tanta consistencia; pero luego cuando hemos acudido a las fuentes vivas de los archivos públicos y privados, a los autores clásicos y muy especialmente a la fuente primordialísima de la actuación viva del pueblo, nos hemos convencido de todo lo contrario. Algo parecido ocurrirá en Baleares con relación a su régimen jurídico”.

Mas adelante, el 18 de enero de 1918, el Sr. Maspons y Anglasell dirige una invitación²¹¹ al Decano del Colegio de Abogados de Palma a la Asamblea de Organización Jurídica que venía celebrando la Academia de Jurisprudencia y Legislación. Anteriormente, en otra convocatoria de esta Asamblea del 28 al 30 de diciembre de 1916²¹², decía “lo ocorregut amb els Projectes d’Apèndix ja formulats es una plena demostració de la necessitat de la reforma”.

La respuesta del Colegio de Abogados de Palma a la invitación de Maspons demuestra la inseguridad jurídica que reina en Mallorca. La Junta de Gobierno del Colegio acuerda contestar a la invitación cursada por Maspons, en el “sentido de que el Colegio se ve en la imposibilidad de concurrir a aquella Asamblea toda vez que todavía no se ha pronunciado oficialmente respecto a la tendencia que se crea necesario amparar o sostener”²¹³. Pesaba la grave losa del pendiente Informe que sobre el Proyecto de Apéndice tenía que emitir el Colegio de Abogados, al que ya se había formulado el Voto Particular por dos de los miembros de la Comisión, el Sr. Guasp y el Sr. Socías.

2.4. Nueva solicitud de amparo a D. Antonio Maura.

Cuanta razón encerraba el diagnóstico de Maspons. El *statu quo* era el elemento de preocupación de los juristas de territorio foral; resultaba difícil la aplicación del derecho propio por la falta de estudios que posibilitaran su conocimiento. A este desconocimiento debemos unirle la anarquía existente; desde la Nueva Planta, en materia de fuentes del derecho; era difícil saber cuál era el aplicable. Los Tribunales de Justicia, más conocedores del derecho común y la mayor facilidad de aplicación de un texto sistematizado como el Código civil, conducía a aplicar en muchas ocasiones, indebidamente, el derecho llamado común en detrimento del derecho propio.

211 - Acta de la Junta del Colegio de Abogados, sesión de 6 de febrero de 1918.

212 - Se suspendió y se celebró el 4 al 6 de abril de 1917.

213 - Acta de 6 de febrero de 1918.

D. Mariano Canals mantenía una cordial y fluída relación con D. Antonio Maura, y le informaba de las cuestiones relacionadas con el derecho propio²¹⁴. Esta situación de anarquía jurídica que plantea Maspons, Canals la explica a Maura, respecto del derecho de Mallorca en una carta de 10 de octubre de 1916²¹⁵, rogándole que se acelere la aprobación del Apéndice para salir del *statu quo* en la que está sumida, ya que Baleares es, a su parecer, el territorio foral donde existe la mayor anarquía jurídica. No me resisto a transcribir unos párrafos de esta misiva, ya que refleja a la perfección la situación existente: “En esta región, en Mallorca, sobre todo, se ha creado un estado jurídico en el orden civil verdaderamente anárquico. Cuanto mas tiempo transcurra mayores son la confusión, la incertidumbre y mas lamentables y frecuentes los estragos que producen. El deslinde entre lo común y lo foral, la coexistencia y vigencia de nuestras peculiares instituciones escritas o consuetudinarias y hasta la entendididad (sic) de algunas de aquellas; todo se pone en tela de juicio. Por otra parte los jueces y magistrados que desconocen, que carecen de medios para conocer las especialidades de este territorio, ó mejor dicho, de cada una de las islas que lo forman, sientan doctrinas contrarias á nuestro régimen y pronuncian fallos contradictorios entre si, que generalmente quedan firmes, porque tenemos escasa confianza en el acierto del Supremo, desconocedor, como todos, del Derecho foral del Principado de Mallorca (título con que nos ha honrado el mas alto, aunque falible, Tribunal del Reino).

No creo que los gallegos, navarros, vizcaínos, catalanes y aragoneses hayan llegado hasta donde desgraciadamente hemos llegado nosotros, hasta la mas permisiva anarquía, ni que exista región en España que esté tan necesitada, tan urgente é imperiosamente necesitada como la nuestra de que se cumpla la Ley de Bases.

Completados desde ahora los trabajos de la Comisión de Baleares, conocidos los dos criterios, igualmente respetables, de la mayoría y minoría de sus vocales (ya se había formulado el voto particular), considero llegado el momento de que se pida informe a la Diputación provincial y al Colegio de Abogados; y de que coadyuemos á que no se prolongue indefinidamente el *statu quo*, que tanto daño nos infiere”.

En estos momentos se había producido el elemento detonante de la reafirmación foral. La situación de conmoción por la Circular de la Fiscalía de la Audiencia Territorial de Baleares y el temor ante la aplicación a Mallorca de la doctrina jurisprudencial que venía aplicando el Código civil a

214 - Como lo hacía Guasp en los asuntos políticos, al ser el jefe de su partido en Mallorca.

215 - Fundación Maura; sig. 355/20.

la sucesión intestada en detrimento del derecho propio a otros territorios forales como Navarra, Aragón y Cataluña, incitó, a algunos miembros del Colegio de Abogados, a proponer a los demás Sres. Colegiales que se contactara con D. Antonio Maura y con los representantes en Cortes por Mallorca; como ocurrió ante la duda de adherirse a la enmienda presentada por Gil Bergés al art. 7 de la Ley de Bases.

D. Antonio Maura, como cabeza del grupo de los mauristas, mantenía continuos contactos con sus seguidores políticos²¹⁶ y sus amigos de Mallorca, donde se le reconocía su extraordinaria valía; no sólo en temas políticos, sino en los jurídicos por su gran implicación con la tarea codificadora, ya que fue Presidente de la Comisión de Codificación, principalmente en la tarea de la elaboración de los Apéndices.

Tras la carta de Mariano Canals, en octubre de 1916, donde le relata la situación de anarquía jurídica en la que está sumida Baleares, porque afectaba a todas las Islas, la Junta General del Colegio de Abogados se reúne en sesión extraordinaria el 21 de noviembre de 1916²¹⁷ y se propuso pedir la colaboración de D. Antonio Maura, con la finalidad de evitar que la aplicación de la Circular de la Fiscalía tuviere efectos retroactivos. Era una cuestión acuciante que preocupó al Colegio de Abogados. Pasados unos meses en la sesión, también extraordinaria, de 15 de marzo de 1917, se insiste de nuevo en la idea de encontrar el modo de evitar un pronunciamiento del Tribunal Supremo aplicando a Mallorca el Código civil en materia sucesoria y especialmente a la sucesión intestada; como los que dictaba para los otros territorios forales.

D. Ramón Obrador recuerda que en la última sesión se había propuesto que se dirigieran “al Exmo Sr. D. Antonio Maura, como Presidente de la Comisión General de Codificación, una moción para ver el medio de evitar las revisiones de las declaraciones de herederos hechas en disconformidad con el derecho común... (para) que no tenga efecto retroactivo”. Este remedio, en opinión de D. José Socías²¹⁸, era imposible porque a su entender la situación es la que existe en las regiones aforadas, y en España no existe remedio contra la jurisprudencia del Tribunal Supremo “que ha resuelto con grave perjuicio nuestro, la situación de que se trata”. La única solución, en opinión de D. Jerónimo Massanet, es hacer una manifestación expresa de que en Mallorca rige la costumbre. Socías (y puede causarnos cierto asombro porque

216 - Con Guasp mantuvo correspondencia continuada desde 1881 hasta 1923, poco antes del fallecimiento de Guasp, que murió en 1924, un año antes que Maura. Se puede consultar en la Fundación Antonio Maura Caja 47/carpeta n° 25.

217 - De la que hemos dado cuenta anteriormente al tratar la Circular de la Fiscalía.

218 - Que “era imposible el remedio que se trata de pedir al Sr. Maura”.

un año antes había firmado el Voto particular junto a Guasp pidiendo la aplicación del Código civil) añade que el remedio es atinado pero que “no tiene fe en el éxito, del que se felicitaría”. La propuesta de Obrador la apoya, también, D. Luis Alemany y éste añade dos cuestiones importantes, 1) Por una parte, pone de relieve que el Tribunal Supremo no ha fallado ningún caso para Mallorca, por lo que “quizás habría la posibilidad, ante la gravedad del trastorno local posible, de obtener una modificación sobre todo teniendo en cuenta que el mismo Tribunal Supremo ha dicho recientemente que el Derecho Romano es aplicable en Mallorca”. 2) Por otra, manifiesta la inutilidad de acudir al Sr. Maura porque “el poder legislativo no puede entrometerse en la esfera del poder ejecutivo y judicial”; opinión que comparte el Sr. Guasp, aunque entiende que es conveniente acudir a Maura, no como Presidente de la Comisión de Códigos, sino como particular.

Sureda insiste, también, en recabar la opinión de Maura, ya que el Tribunal Supremo no se ha pronunciado en ningún caso de Mallorca. Tanto Sureda como Canals manifiestan que no tienen conocimiento de ningún acto contra la Resolución del Supremo por parte de otras regiones forales. Guasp, inesperadamente, como antes Socías, se mostrará proclive al mantenimiento de nuestro derecho por lo que anima a hacer lo necesario “para remediar la posibilidad de una calamidad pública”.

3. El largo proceso para la aprobación por el Colegio de Abogados del Informe del Proyecto de Apéndice. Las posiciones del Colegio de Abogados de Mallorca.

El Colegio de Abogados tardó años en informar el Apéndice de 1903, que debía emitir preceptivamente (art.7.2 Ley de Bases), junto a la aprobación por la Diputación Provincial, antes de la aprobación del Apéndice por las Cortes, previamente oída la Comisión de Codificación.

El *iter* hacia la aprobación del Proyecto de Apéndice fue largo. La razón no era otra que la dificultad de Informarlo por el Colegio de Abogados a causa de la división de criterios entre los Sres. Colegiales de Mallorca.

Va a eclosionar la tendencia minoritaria uniformista de los partidarios de la aplicación del Código civil, sustentada no tanto por la falta de sentimientos hacia el derecho propio del territorio, sino por la dificultad de aplicación de un Derecho que no había logrado recopilarse (recordemos que la Obra de Canet, Mesquida y Zaforteza no llegó a obtener sanción legal), y que vino a denominarse “la anarquía jurídica” reinante, o simplemente el *statu quo*, como se calificaba a esta situación en los territorios forales; como también por el temor a la petrificación del derecho que podría derivar de la aprobación del Apéndice al Código civil.

Por otra parte la tendencia foralista que seguía el grupo mayoritario, que apostaba por el mantenimiento de lo que se vino en llamar la “personalidad jurídica”, eran partidarios de la aprobación del Apéndice, como mal menor y como bastión de defensa del *derecho propio* ante la indebida aplicación del Código civil. El elemento alarmante de esta división se puso de relieve cuando, los Sres Guasp y Socías, anunciaron su Voto Particular a la aprobación del Anteproyecto de 1903 porque dividía, aunque más aparentemente que en la esencia, el criterio unitario del Colegio de Abogados.

3.1 La posición centralista.

El decantamiento por el llamado “Derecho común”.

El Anteproyecto de Apéndice tenía que informarse, previamente, por el Colegio de Abogados. En la sesión de 25 de enero de 1916, el Sr. Sureda, como Decano accidental, enteró a la Junta de Gobierno de los pasos a realizar en cumplimiento de uno de los trámites para la aprobación del Proyecto de Apéndice al Código civil, que no era otro que el preceptivo Informe del Colegio de Abogados; por lo que anunció que se imprimiría el Anteproyecto y se repartiría entre los Colegiales y Diputados con el fin de que lo conozcan para la aprobación del Informe. D. Jerónimo Massanet advirtió que se recomendara a los Sres. Diputados en Cortes por Mallorca que procuren su rápida aprobación. Se convocó Junta en sesión extraordinaria para el 25 de marzo de 1917 con la finalidad de emitir el Informe pendiente²¹⁹.

Transcurridos unos meses desde la sesión del 15 de septiembre de 1916 y emitido el Voto Particular por Socías y Guasp, el Colegio se encontraba en una situación de división que repercutió, incluso, en la postura que adoptó²²⁰, como recordamos, de optar por demorar la respuesta a la Circular del Fiscal, que imponía a Mallorca la aplicación del Código civil en materia de sucesiones intestadas, al momento de la presentación del Informe del Proyecto de Apéndice.

Habían pasado años desde el anuncio del voto particular hasta que se emitió. Pasados unos días, Mariano Canals informó a Antonio Maura por carta de 10 de octubre de 1916²²¹ que “por fin ha sido formulado el voto particular que anunciaron hace años Manuel Guasp y Pepe Socías, cuando nuestra Comisión foral presentó el Anteproyecto de Apéndice al Código civil. Te lo remite Manuel (se refiere a Guasp) por este mismo correo”. Del

219 - El Sr. Sureda, en calidad de Decano accidental, dijo que “según el art. 7º de la Ley de Bases deben informar el Colegio de Abogados y la Diputación Provincial” Acta de 15 de marzo de 1917.

220 - El Sr. Sureda en la Sesión extraordinaria de 21 de noviembre de 1916, aconsejó no responder a la Circular del Fiscal, para evitar la fragmentación de la opinión del Colegio y esperar a emitir el Informe del Proyecto de Apéndice.

221 - Fundación Maura, sig. 355/20.

contenido de la carta queda claro que el último empujón a que desistieran o presentaran, Guasp y Socías, el voto particular, provino de la propia Comisión de Codificación. Canals informa a Maura en la misma carta que “El Secretario de la Comisión permanente de Codificación Sr. Alcaraz me escribió rogándome que invitara a Guasp y a Socías para que presentaran su trabajo a la mayor brevedad; y que una vez formulado, ó que desistieran de hacerlo, se lo comunicara a fin de que por R.O pudiera reclamarse los informes de la Diputación Provincial y del Colegio de Abogados”

La división de opiniones existente en el seno del Colegio afloró en la sesión extraordinaria de 15 de marzo de 1917. Se produjo un interesante debate centrado en la necesidad o no de nombrar una ponencia para que estudiara el Anteproyecto y proceder, luego, a su discusión. Las posiciones fueron encontradas; mientras unos eran partidarios de discutir y aprobar el Informe en aquella sesión, otros entendían que no se podía informar sin un previo conocimiento del Anteproyecto, por lo que se decantaban por la procedencia de nombrar una ponencia que realice un estudio previo; y se acordó pasarlo a votación. Ahora bien, la razón de fondo era otra.

Antes de iniciar la votación, los Sres Guasp, Socías y Sureda manifiestan que se abstendrían de votar porque los tres han formado parte de la Comisión redactora; y el Sr. Canals expone que también se abstiene porque deberá intervenir después; ya que D. Mariano Canals había sustituido a D. Pedro Ripoll, en la sección 1^a de la Comisión General de Codificación por Baleares²²², vacante por su fallecimiento. Dieciséis fueron los votos en contra del nombramiento de la Comisión; y veintisiete los votos a favor. Se acordó²²³ por unanimidad que estaría formada por siete miembros; y que debería entregar el estudio en el plazo de dos meses a contar desde la aceptación del cargo²²⁴. También, con algunas abstenciones, se acordó que no se orientara el trabajo de la Comisión para que tenga libertad para emitir el dictamen. Los ponentes elegidos²²⁵ fueron, D. Antonio Sbert; D. Ramón Obrador; D. José

222 - En la FAM se conserva la correspondencia respecto al nombramiento como vocal de la Sección 1^a por Baleares de la Comisión de Códigos a Mariano Canals, en sustitución de Ripoll, y buen amigo de Maura. En dos cartas Canals agradece a Maura este nombramiento, una de 10 de diciembre de 1914 y otra del 20 de diciembre del mismo año. También se conserva el escrito de aceptación de Canals del nombramiento de 18 de diciembre de 1914. sig. 373/6. También se conserva una carta de D. Enrique Sureda a D. Antonio Maura, de 29 de noviembre de 1914, en las que le solicita “si V. cree que ya que sea por méritos, que merezca me faltan, a lo menos por antecedentes, como suele decirse, puedo ser nombrado, yo le ruego que haga la merced de proponerme”, se refiere a ser nombrado Vocal de la Sección 1^a de la Comisión de Códigos en sustitución del finado Sr. Ripoll. Será elegido Canals.

223 - Con la abstención del Sr. Canals.

224 - Se acuerda por unanimidad.

225 - Además de las cuatro abstenciones antes citadas, se añade la de D. Jerónimo Massanet.

Alcover; D. Miguel Pons; D. Juan Tugores; D. Luis Canals; y D. Luis Alemany.

La auténtica cuestión de fondo del debate no fue otra que la división de criterio entre los Sres. Colegiales, unos partidarios de mantener los fueros; otros mas inclinados a la unificación civil.

3.2 Un canto a la foralidad. El Proyecto de Apéndice de Mallorca.

D. Ramón Obrador entona un canto a la denominada “personalidad jurídica mallorquina” ante los miembros de la Junta; se manifiesta partidario de mantener nuestro derecho. Achaca la causa de “ser borrosa nuestra legislación a la falta de Código”. Lamenta que aplicar el Derecho romano es a veces un caos, “nuestro fuero no ha de ser una cosa arcaica, fósil, sino que hay que buscar la forma de que el fuero mallorquín, sea evolucionable. Creo que en la práctica hemos renunciado a demasiadas cosas, creo que tal vez podría pedirse que se nombrase un vocal permanente para que en Madrid llevase la voz de la región. O el fuero ha de ser de cuerpo entero o hay que extenderle su partida de defunción. Me manifiesto amante del fuero, de la personalidad jurídica mallorquina”. Advierte de la dificultad que supondría una nueva divergencia dentro de la ponencia que se nombrará. Finalmente plantea que el Colegio conteste al Gobierno con una disyuntiva, decir, 1) esto es lo que tenemos; o 2) presentar lo que ha hecho la Comisión.

La opción seguida en el Apéndice la justifica el Sr. Sureda²²⁶, como redactor que fue del Anteproyecto; entiende que sólo cabían dos opciones, o decir lo que debía conservarse o lo que debía prescindirse. En cualquier caso no podía tratarse de un trabajo completo.

Por lo que se deduce del Acta de la Junta, los Abogados de Mallorca, así como los de Menorca e Ibiza, donde regían sus propias particularidades, no fueron participativos.

Sureda lamentó que al abrirse un trámite de consulta, para elaborar el anteproyecto, no fuera contestado en Mallorca salvo por dos abogados. En cuanto a Menorca y a Ibiza, lamentó la falta de respuesta. En consecuencia entendieron que el Anteproyecto de Apéndice al Código civil, sólo era de Mallorca. La prensa de la época se hacía eco de esta cuestión; Joan Delilla²²⁷ manifestaba su temor a que Menorca e Ibiza quedaran absorbidas por

226 - En un momento de la discusión, deja la Presidencia, que pasa a ocupar D. Miguel Rosselló, para plantear la cuestión de fondo.

227 - Dentro de la columna dedicada a “Per el Nostre Dret”, Delilla escribe “Sobretot és essencial que sien classificades les modalitats de Mallorca, Menorca i Iviça, no estatuïnt com a general lo que només s’usa a una contrada, ni volent imposar a totes les illes institucions que només son d’una, i vice-versa. A Menorca i a Iviça hi ha una por secular a ser absorbits per Mallorca; i convé no donar lloc a que es menifestin rezels, molt sovint ben fonementats, de menorquins i ivissens”. FAM (sig. 355/20).

Mallorca. Este respeto por las particularidades de las Islas que se constata en los trabajos del Apéndice, ya se había presentado en 1881 cuando el Colegio de Abogados elevó las Conclusiones de las instituciones vigentes al Ministro de Gracia y Justicia, donde decía que en este estudio se había tenido en cuenta “tan sólo en los fueros de esta isla de Mallorca, pues no le es lícito extender su acción a Menorca e Ibiza”.

Tomaron la palabra el Sr. Socías y el Sr. Guasp que, conjuntamente, habían formulado el Voto Particular. El Sr. Socías, más centralista (era el Presidente del grupo datista en Mallorca), proclamó su mallorquinidad y manifestó que el Apéndice significaba “petrificar nuestra personalidad jurídica, encerrando nuestros fueros en una tumba por falta de medios de que sea evolutivo nuestro estado foral, puesto que la costumbre contra ley está prohibida y el legislador no legislará sobre nuestra región sino sobre el derecho general”. No deja de ser acertada esta aseveración, en realidad esta aprehensión a los Apéndices era general, como se puso de manifiesto en el Congreso de Zaragoza de 1946. Esta es la razón por la que entiende que “el derecho común (es) un mal menor”. El Sr. Guasp, Presidente de los mauristas, más liberal, añade que lo que ahora se debía hacer es “indicar al Gobierno lo que conviene conservar de nuestro derecho foral”.

3.3 El Informe del Colegio de Abogados al Apéndice. El triunfo del “fuero”.

Queda aún un largo camino hasta la aprobación del Anteproyecto de Apéndice.

La Comisión nombrada para emitir el Dictamen sobre el Proyecto de Apéndice “declina el honor que se le confirió”; el Decano lo comunica a la Junta de Gobierno el 6 de julio de 1917; convoca Junta General Extraordinaria para el siguiente 27 de julio, donde debía tomarse acuerdo acerca de la “redacción del Anteproyecto de Apéndice y del Voto Particular formulado”.

En la sesión ordinaria de 26 de julio el Decano propuso la suspensión de la sesión extraordinaria del día siguiente por hallarse en Madrid el Sr. Sureda y Morera, “único sobreviviente”²²⁸ de la Comisión redactora del Anteproyecto de 1903. Se acordó por unanimidad suspender la celebración de la Junta y comunicarlo por prensa debido a la premura del tiempo. Por otra parte y dado que se iniciaba la época estival, se aplazó la reunión para la aprobación del Informe hasta pasado este período, ya que podría alargarse a varias sesiones.

228 - Descartando a los dos disidentes por el Voto Particular. Lo formaban D. Pedro Ripoll y Palou; D. Pedro Sampol, D. Manuel Guasp y Pujol, D. José Socías y Gradolí, D. Miguel Ignacio Font y Muntaner y D. Enrique Sureda y Morera.

Se acuerda²²⁹ convocar Junta General extraordinaria para el 9 de enero de 1918, a las cinco y media de la tarde al objeto de tomar acuerdo sobre el Informe del Anteproyecto de Apéndice.

La confrontación entre las dos tendencias se convierte en un elemento de incertidumbre para plantear la votación del Informe del Anteproyecto. No tenemos otra noticia del Anteproyecto hasta el 24 de enero de 1918. En esta sesión ordinaria el Decano²³⁰ insiste en la discrepancia entre el dictamen emitido por la Comisión y el Voto particular al mismo y manifiesta que espera encontrar una “fórmula armónica” entre ambas tendencias.

El Anteproyecto redactado por la Comisión sigue sin ser informado por el Colegio. Se había convocado Junta extraordinaria para tratarlo el 20 de junio de 1918 que se suspendió por enfermedad del Decano, Sr. Obrador. Nuevamente en la Junta de Gobierno de 16 de agosto de 1920, el Decano, Sr. Sureda, da cuenta de una carta de Socías, Guasp y Luis Canals “interesando a la Sala de Gobierno señale día á la General para continuar el asunto sobre derecho foral. Se acordó convocar á la General, para el fin indicado, el día 7 de septiembre próximo a las 17 horas”.

La situación de división entre los Colegiales a partir del Voto Particular, no había sido propicia para plantear el debate sobre la aprobación del texto del Anteproyecto. Sin embargo son los dos firmantes del Voto Particular, además de D. Luis Canals quienes solicitan se convoque la Junta.

Esta situación se alargó hasta que en Junta General de 7 de septiembre de 1920, se aprueba el texto articulado que se informa por el Colegio de Abogados.

La división de pareceres quedó zanjada en la aprobación del Informe que acompañaba el texto articulado, con el triunfo del “fuero”.

El Preámbulo²³¹ lo redacta el Sr. Obrador, es una oda al foralismo, un alegato donde confluyen las dificultades de formación del Apéndice por el temor a la petrificación del derecho con su aprobación, y por otro lado la

229 - En la sesión de 27 de noviembre de 1917.

230 - Explica que “la causa principal es el romanismo caótico que hace que alguien crea en la momificación del fuero y como también vacilan los unitaristas por el cambio radical y la perturbación que produciría la supresión del derecho foral, de todo esto nace el atasco y ello es el sólo motivo de no resolver, Dios nos ilumine después de estos tanteos y quiera que por fin hallemos la fórmula armónica necesaria para resolver con verdadero acierto; en beneficio de Balears” Acta de 24 de enero de 1918.

231 - Es necesario leer este Preámbulo, FERRER VANRELL, M.P. y MUNAR BERNAT, P., *Materials precompilatoris del Dret civil de les Illes Balears*. Ed. Serveis Publicacions UIB. Palma 2002, pp. 131 a 136.

necesidad de su promulgación por las dificultades que comporta la aplicación de un derecho no codificado. A la vez ensalza el esfuerzo de mantenimiento del derecho propio, siempre amenazado, que ha sido fruto del amor a nuestro fuero. Para entender estos temores no me resisto a transcribir algunos párrafos que Obrador incluyó en el preámbulo “lo cierto y casi milagroso es, que haya podido mantenerse en pié y resistir las acometidas de fuera y de dentro...: derecho supletorio adverso, que lo desnaturaliza y socava con ampliaciones inadaptables; leyes especiales o adjetivas (hipotecaria, enjuiciamiento y otras) que cercenan y desvirtúan el espíritu de las nuestras; tribunales con funcionarios extraños que... se inclinan al derecho común; jurisprudencia francamente demoledora del fuero... y, para colmo de desdichas... en nuestra propia tierra, acudiendo más casi sin darse cuenta de ello, al Código civil, en vez de ir a nuestros antiguos códigos, a la Instituta o al Digesto, por la facilidad de su manejo, y para huir del fatigoso bucéo en el inextricable fondo de las Pandectas... El fuero,... necesita... que sea codificado (si se asusta el vocablo, póngase recopilado) y, principalmente, evolutivo”. Este era otro temor, la petrificación del derecho propio por la dificultad de adaptación legislativa, al existir un solo poder legislativo.

Uno de estos aspectos, la importancia de un texto codificado frente a la dificultad de aplicación de los derechos forales, se manifiesta en la correspondencia de Maura²³² con Guasp; Maura ya había manifestado la desventaja de los derechos forales frente a la importancia de un texto codificado. El 4 de mayo de 1889 le escribe Maura a Guasp, “celebré muchísimo lo que me dices del Código civil. Coincidimos totalmente. (...) Malo y todo, que no lo es tanto, el Código encierra grandes ventajas y luego la inmensa ventaja de ser Código”. Como hemos visto, Maura cambiará de parecer a lo largo de la redacción de los Apéndices. Maura no es un antiforalista recalcitrante, como se ha comprobado; sino un foralista moderado que, aún amando el derecho propio, elogia también las ventajas del Código civil. Maura, como Guasp, son más partidarios de mantener instituciones, no un “régimen jurídico”.

El texto articulado del Anteproyecto de Apéndice, que aprobó e informó el Colegio de Abogados, modificó, en algunos extremos, el redactado en 1903. Se suprimieron los artículos que hacían referencia a la aplicación del Código civil a Mallorca; así el art.4, que hacía una remisión general supletoria al Código civil en materia de donaciones en todo aquello no regulado en el Apéndice; el art. 11, que también era una norma de remisión general supletoria al Código civil en materia de disposiciones de última voluntad, en todo aquello no regulado en el Apéndice; también se suprimieron los arts. 45

232 - La correspondencia entre Maura y Guasp, principalmente sobre temas políticos, se conservan en el Archivo de la Fundación Maura, en caja 47, carpeta 25.

a 50 que remitían al código civil la regulación de la sucesión intestada; así como el art. 67 sobre regulación de la dote y el art. 74 sobre censos, todas ellas eran normas de remisión al Código civil.

Después de la Circular de la Fiscalía de 1916 y de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 1919, se formuló una redacción clara del precepto que regulaba la sucesión intestada. Suprimido el art. 45 de remisión al Código civil, del texto de 1903, el nuevo art. 46 del Anteproyecto se redactó en los siguientes términos: “la sucesión intestada se rige en el territorio balear por el derecho romano justiniano...”. Por lo que toda la materia sucesoria queda regida por el Derecho Romano, como había sido tradición jurídica en Mallorca.

3.4 La inconclusa tramitación del Anteproyecto de Apéndice al Código civil de Baleares.

Redactado el magnífico Preámbulo del Anteproyecto de Apéndice por el Sr. Obrador, lo eleva al Ministro de Gracia y Justicia el 2 de junio de 1921²³³.

Maura tenía elaborada personalmente y editada (la edición es de 1921) la “Ponencia que se redacta para iniciar las deliberaciones de la Comisión Permanente de Codificación acerca del Apéndice del código civil correspondiente al derecho Foral de las Islas Baleares”²³⁴. El mismo trabajo realizado con la Ponencia del Apéndice de Aragón, lo dedica al de Baleares.

Posteriormente, el 16 de abril de 1923, Antonio Maura escribe²³⁵ a Guasp interesado en la aprobación del Apéndice de Baleares y le da las pautas que sigue la Comisión; le advierte que el Apéndice de Aragón está en una fase muy adelantada de discusión, en buena parte, por la inestimable colaboración²³⁶ de D. Marcelino Isabal, Decano del Colegio de Abogados de Zaragoza. Insta a Guasp a que se siga el mismo procedimiento que Aragón, y le comunica que su deseo es “obtener análoga colaboración durante el estudio y la formación de Apéndice de Baleares, que será, sin duda, mucho mas breve”. Maura calcula que en uno o dos meses, a razón de una junta semanal, se podrá terminar. Le advierte que dada la “edad avanzadísima de

233 - Maura recibe el Informe y se conserva publicado en la FAM 359/10.

234 - Madrid Imprenta de Jesús López San Bernardo 19 y 21, 1921. Esta ponencia, aunque editada era desconocida; la he localizado en la Fundación Antonio Maura sig. 395/17. Está anotada por Maura de su puño y letra. Sobre la tapa, a mano pone, 1920, oct. 31 Antonio Maura. Probablemente, debía ser la fecha que recibió el Anteproyecto aprobado por la Junta General del Colegio de Abogados de 7 de septiembre de 1920; sólo faltaba el preámbulo.

235 - La carta se conserva en FAM (Fundación Antonio Maura) sig. 359/10.

236 - Le dice Maura a Guasp en la carta “durante estos dos años ha asistido a nuestras sesiones ..., con gran provecho y con afianzamiento inestimable, sobre su directa experiencia forense, de nuestros juicios”.

nuestro Mno. Canals, que es el vocal balear, nos priva de llamarle” por lo que le manifiesta que el colaborador que le reemplace tenga “además de la personal y efectiva aptitud, una consagrada representación, autorizadora de sus pareceres; quien venga a deliberar en la Comisión debe ser algo más que un individuo electo”. Se muestra preocupado por encontrar la persona que se elija para colaborar, que tiene que tener un “elevado espíritu lo más imparcial que pueda ser, acerca de los límites en que las especialidades jurídicas de Baleares conservan verdadera y loable adhesión social”; se preocupa también por conocer “la extensión efectiva de las distintas especialidades forales, en las tres Islas”. Todo esto lo transmite porque confiesa que “son, entre otros, temas acerca de los cuales bien se te alcanza que no debo confiar, ni confiar, en mi personal conocimiento de las cosas, formado desde Madrid”.

Casi un año después, el Decano Sr. Sureda dio cuenta a la Junta celebrada el 19 de febrero de 1924, de la carta del Abogado D. Ramón Ortega, en la que le informa que la Ponencia del Directorio “ha escuchado con agrado...” la instancia del letrado Sr. Ortega a fin de que mantengan “las normas del abintestato de Vizcaya, Cataluña, Navarra, Baleares y Aragón que estaban vigentes en 1889 y que subsisten apoyadas por los artículos 12 y 13 y concordantes”. Se acuerda por unanimidad la conformidad con la carta, enviando el siguiente telegrama: “Presidente Diputación Provincial Zaragoza. Colegio Abogados Palma felicita expresivamente esa Corporación por acertada iniciativa interesar Poderes Públicos restauración fueros sucesorios vigentes. Sureda Decano accidental”.

El Apéndice de Baleares recibió también la preceptiva aprobación de la Diputación Provincial el 5 de mayo de 1924.

Pocos días después de aprobar el Proyecto de Apéndice la Diputación Provincial de Palma, el Obispo de Mallorca escribe a D. Antonio Maura, como Presidente de la Comisión de Códigos, en referencia a la aprobación por la Diputación del Apéndice interesándose en que se mantuviera la redacción sobre la imprescriptibilidad de los censos de acuerdo con “el dictamen emitido por D. Ramón Obrador” porque “se lesionarían muchos derechos de las Iglesias, de no resolverse en el sentido indicado”²³⁷. Maura, trabajador infatigable, debió ocuparse del asunto, porque guardaba en sus carpetas un libro “Derecho Foral Mallorquín. Nuevos datos sobre la Imprescriptibilidad del Capital de los censos y sus últimas 29 pensiones”. Tipografía La Esperanza, 1923. Es un Informe emitido por los letrados D. Ramón Obrador; D. Enrique Sureda; D. José Morell y D. Pedro Bonet de los Herreros. También conservaba cartas de Singala sobre censos y su libro²³⁸.

237 - FAM, sig. 373/4.

238 - FAM 359/10.

Poco después, en 1924 falleció D. Manuel Guasp²³⁹; y el 13 de diciembre de 1925 D. Antonio Maura.

Posteriormente, en 1926, el Decano del Colegio de Abogados, Sr. Rosselló (que había sido también del grupo maurista), visitó al Sr. Ministro de Gracia y Justicia con el fin de instar que se procediera a la promulgación del Apéndice, dando cuenta a la Junta del Colegio en sesión de 15 de abril de 1926 de este cometido.

El Apéndice de Aragón fue el único que recibió sanción legal en 1925; y el de Baleares que seguía el régimen del art. 7 Ley de Bases como Aragón, aún no se había promulgado. El Decano explicó a la Junta del Colegio que el Sr. Ministro le aseguró que a partir de mayo se concedería un breve plazo para Baleares con el fin de actualizar, si fuere preciso, el Apéndice y que “le elevara una comunicación razonada en el sentido expresado”. La Junta de Gobierno, por unanimidad, autorizó al Decano para llevar a cabo las actuaciones precisas, con el fin de conseguir la promulgación del Apéndice.

4. El cambio de sistema. La sanción legal del derecho civil propio.

El Anteproyecto de Apéndice al Código civil de las Islas Baleares nunca llegó a tener sanción legal. El sistema de Apéndices instaurado por el art. 7 de la Ley de Bases del Código civil de 1888 que debían contener las instituciones civiles que “convenga conservar” no dio el resultado previsto. La vía de los Apéndices no fue satisfactoria para los foralistas porque veían en este sistema la petrificación del derecho propio, la derogación de su “régimen jurídico” a cambio de conservar, tan sólo, un conjunto de instituciones que, como excepción, no podían derogarse.

A iniciativa del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés, se convoca el Congreso de Zaragoza por Orden de 3 de Agosto de 1944 que se celebró del 3 al 9 de octubre de 1946, porque la “cuestión foral” seguía latente. Se esperaba que del Congreso surgiera la solución a este problema “tan enrarecido, de la cuestión foral”²⁴⁰. Se descartó el sistema de Apéndices y se presentó como solución un tránsito escalonado en dos momentos, para llegar a un Código General de Derecho Civil, 1) en primer lugar compilar las instituciones llamadas forales y regular las que se mantenían vigentes en

239 - En la Junta General Ordinaria de 28 de enero de 1925 se da cuenta del fallecimiento, el año anterior, del “eminente jurisconsulto y ex decano Doctor Don Manuel Guasp y Pujol”.

240 - Dice MARTÍN-BALLESTERO y COSTEA, Luis, “Ante la unificación del Derecho Privado”, *Revista de Derecho Privado* Tomo XXVIII, 1944, pp. 220.

cada territorio, adecuando las no decaídas a la realidad del momento²⁴¹; 2) otorgar un margen de tiempo suficiente para el estudio y divulgación de los derechos forales, con el fin de determinar aquellas instituciones que debían incorporarse al futuro Código General.

Las Conclusiones del Congreso de Zaragoza de 1946 se reflejaron en la apuesta por las Compilaciones que pretendían una “sistematización adecuada de las instituciones históricas”, como disponía el artículo 3 del Decreto de 23 de mayo de 1947 de creación de las Comisiones de Juristas; y, según su Preámbulo, permitiría una comunicación entre los distintos derechos hispánicos y la búsqueda de unos principios comunes como primer paso para un Código civil general para toda España.

Tras este momento se intentaría encontrar un substrato nacional común para conformar un Código General, cuyas características serían objeto de discusión en un futuro Congreso, que se celebró en 1981, con unos presupuestos distintos ya que el régimen político del Estado había variado sensiblemente.

Se aprobó, finalmente, por ley estatal 5/1961, de 19 de abril, la Compilación de Derecho civil Especial de Baleares, después de una tortuosa andadura²⁴².

La Compilación aportó dos ventajas, por una parte, seguridad jurídica en su aplicación; como representó el Código civil respecto al Derecho castellano. En segundo lugar, aún tratándose de una ley estatal de mínimos, porque sólo se compilaban las instituciones que convenía conservar; a diferencia de los Apéndices, las instituciones reguladas iban precedidas de un rudimentario sistema de fuentes y de aplicación del derecho que permitía la interpretación a través de la “tradición jurídica balear” que equilibraba la identidad de las instituciones propias frente a la aplicación supletoria del Código civil. Al tratarse de una ley estatal ordinaria, tenía el mismo rango de ley que el Código civil, de lo que derivó la primacía de la ley posterior, además de ser la ley del territorio.

La cuestión foral no había finalizado con la publicación de las Compilaciones.

241 - La conclusión primera “la Compilación de las instituciones forales o territoriales, teniendo en cuenta no sólo su actual vigencia, sino el restablecimiento de las no decaídas por el desuso y las necesidades del momento presente.

242 - Cfr. FERRER VANRELL, M.Pilar, “El iter histórico-legislativo de la Compilación del Derecho Civil Especial de las Islas Baleares. Sus precedentes”, en *El dret viscut. 50 anys de la Compilació del Dret civil de les Illes Balears (1961-2011)* (coord. M. Pilar Ferrer/Miguel Masot/Lluís J. Segura). Lleonard Muntaner Editor. Palma 2011, pp. 19-56.

V.- La nueva estructura competencial.

El *quid* de la “cuestión foral”.

La promulgación de la Constitución de 1978 había dado un giro importante a la situación foral, aunque no tan definitiva como se esperaba, debido a la interpretación restrictiva que el Tribunal Constitucional ofrecía de la regla 8ª del art. 149.1 CE²⁴³.

Dentro de la estructura competencial instaurada por la Constitución de 1978, la materia civil tiene un tratamiento que no es uniforme, porque el apartado 1 del art. 149 CE incluye la legislación civil como competencia exclusiva del Estado en su regla 8ª, que excepciona de dicha competencia, la “conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles forales o especiales”, siempre que lo hayan conservado (“allí donde exista”, dice el art.149.1.8 CE). Esta excepción a la competencia exclusiva se enmarca en dos condicionantes; 1) *ratione materiae*, la exclusiva competencia del Estado en materia civil cede ante el derecho civil foral. 2) Por razón del territorio, implica que la cesión competencial sólo se desplaza a aquéllos territorios que han conservado vigente, hasta el momento de la promulgación de la Constitución, su derecho civil.

Es así que una de las competencias que asume el Estatuto de Autonomía de Baleares es el Derecho civil propio²⁴⁴. Su legitimidad histórica fundamenta esta asunción competencial (“allí donde existan” art.149.1.8 CE), al ser el presupuesto para otorgar al Parlamento de las Illes Balears la competencia legislativa, abolida en 1707; porque los Derechos civiles territoriales que la Constitución reconoce son una realidad anterior a la propia Constitución.

Si la Constitución abrió una nueva etapa a los derechos civiles propios, al recuperar los territorios forales la potestad legislativa, junto a la asunción de la competencia en derecho civil, presagiaba el final de la llamada “cuestión foral”; pero no ha resultado simple porque la “cuestión foral” se había cerrado en falso.

Los derechos civiles autonómicos siguen sin recuperar la extensión del ámbito competencial del que, históricamente, gozaron. Los términos constitucionales que otorgaban competencia, a los antiguos territorios forales, en la “conservación, modificación y desarrollo” de su derecho civil,

243 - No entro en el estudio que plantea la regla 8ª del art. 149.1 CE, y lo remito al que publiqué “Competencia exclusiva en legislación civil versus asunción de la competencia en derecho civil balear. El art. 30.27 EAIB”, en InDret.com, 3/2008 y a la bibliografía allí citada.

244 - En el originario art. 10.21, por Ley Orgánica 2/1983, modificado por Ley Orgánica 3/1999, art. 10.23, y últimamente modificado por Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, que ha dado lugar al vigente art. 30.27 EAIB.

han resultado conflictivos.

La cuestión competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas se ha visto reflejada en una interpretación jurisprudencial sobre el alcance del término “desarrollo”, de marcado carácter restrictivo; porque algunos avances legislativos producidos en ciertas Comunidades Autónomas han sido consecuencia del desistimiento, por parte de los distintos Gobiernos del Estado, de los recursos de inconstitucionalidad, probablemente como consecuencia de transacciones políticas y no de esperadas resoluciones judiciales que dieran luz interpretativa a la tesis de las “instituciones conexas”²⁴⁵, doctrina seguida por el Tribunal Constitucional²⁴⁶.

Cataluña ha mantenido que la interpretación sobre el alcance de la competencia abarca todo el Derecho civil, excepto aquellas materias que “en todo caso” son de competencia exclusiva del Estado como excepciona el art.149.1.8 Constitución Española. Esta concepción le ha permitido legislar y promulgar cinco de los seis libros del Código civil de Cataluña, quedando pendiente el dedicado a obligaciones y contratos.

La tesis de las “instituciones conexas” mantenida por el Tribunal Constitucional no se aviene con la recuperación de la competencia legislativa en derecho civil; porque desarrollar por conexión las parcas Compilaciones²⁴⁷ y, en nuestro caso, la exigua Compilación balear, impediría la adaptación de

245 - Descrita por DELGADO ECHEVERRIA, Jesús en *La potestad legislativa de la Generalitat de Catalunya sobre el Derecho civil catalán* en Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Barcelona 1980 pág. 45. Del mismo autor, *Doctrina reciente del Tribunal constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil*. En IURIS Quaderns de política jurídica I (1994) pág. 37 a 76. Para entender el concepto de “desarrollo” y la teoría de la conexión, ver el estudio de Ferran BADOSA COLL, *La recent jurisprudència constitucional...* cit. pág. 2 y ss. COCA PAYERAS, Miguel, ordena en seis facetas la tesis de las instituciones conexas que elabora la STC 88/1993, en su FJ 3. *Conservación, modificación y desarrollo del derecho civil propio, en la doctrina del Tribunal Constitucional*. RJC, 1994, nº 2, pág. 439 y ss.

246 - La Sentencia 88/1993, de 12 de marzo sobre la ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de hijos adoptivos aplica la tesis de las instituciones conexas con las ya reguladas “dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta (se refiere a la Compilación) según los principios informadores peculiares del Derecho foral” (FJ3º); doctrina que consolida la Sentencia 156/1993, de 6 de mayo, sobre el Decreto Legislativo balear 79/1990, por el que se aprueba el Texto Refundido de nuestra Compilación, determinando que el desarrollo alcanza a “la regulación de materias que, aun ausentes del texto originario de la Compilación, guardan una relación de conexión suficiente con institutos ya disciplinados en aquella u otras normas integrantes del propio ordenamiento civil”.

247 - El “Derecho civil no se confunde ni se agota en el recogido –en un momento y en unas circunstancias históricas muy determinadas– en las respectivas Compilaciones”, ESPIAU ESPIAU “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho Europeo”. *Derecho Privado y Constitución* nº 14, 2000, p. 81.

nuestro derecho a las necesidades demandadas hoy por la sociedad²⁴⁸. Esto nos lleva a dilucidar si, la competencia “legislación civil” que el art. 149.1.8 Constitución Española atribuye al Estado, es el mismo objeto competencial que el “derecho civil” que las Comunidades Autónomas pueden “conservar, modificar y desarrollar”.

Según la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional parece que la respuesta es negativa. Esta distinción dificulta su entendimiento porque, tan legislación civil es la que dicta el Estado como la emanada de los Parlamentos Autonómicos²⁴⁹ que tienen asumida la competencia. Por otra parte, también sorprende que ninguna mancha de inconstitucionalidad se haya planteado sobre legislación en materia de derecho civil, emanada de los Parlamentos Autonómicos, que no guardan ninguna conexión con los textos compilados, léase normativa sobre Parejas Estables²⁵⁰, Mediación Familiar; Voluntades Anticipadas; Derechos del Consumidor entre otras, sin entrar en la legislación civil emanada de Parlamentos autonómicos sin competencia en esta materia.

Las últimas reformas de algunos Estatutos de Autonomía han pretendido superar la doctrina de las “instituciones conexas” dando una redacción constitucional y clara a la competencia asumida en derecho civil. Cataluña pretendió con los términos del vigente art. 129 Estatut d’Autonomia de Catalunya de 2006 armonizar el ámbito competencial con la letra del art. 149.1.8 Constitución Española.

El Parlamento balear, más tímidamente, modificó, también, la redacción del derogado art. 10.23, en los términos del vigente art. 30.27 del texto estatutario aprobado por Ley Orgánica 1/2007 de 28 de febrero; aún

248 - EGEA FERNÁNDEZ, Joan. “Competència en matèria de dret civil”. Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006. Generalitat de Catalunya 2010, pp. 342.

249 - En opinión de EGEA FERNÁNDEZ, Joan, que mantiene: “Aquesta contraposició entre «conservació, modificació i desenvolupament dels drets civils, forals o especials», d’una banda, i «legislació civil», de l’altra, parteix, al meu parer erròniament, del fet que, en abstracte, el Tribunal considera que l’objecte de la competència és materialment diferent per a l’Estat i per a les comunitats autònomes. Dic erròniament perquè no hi pot haver cap mena de dubte sobre que tan legislació civil és la que dicta l’Estat com la que aprova el Parlament de Catalunya”. “Competencia en matèria de dret civil”, “Competencia en matèria...” cit. p. 342.

250 - “La Ley de Uniones Estables de Pareja (LUEP) es un caso claro de legislación *per saltum* prescindiendo de la teoría de la conexión de instituciones. La LUEP creaba una institución completamente nueva: la pareja de hecho homo y heterosexual”. En opinión de BADOSA COLL, F. “Sentencia 31/2010, 28 de junio”. Revista catalana de dret públic | Especial Sentència sobre l'Estatut. Especial Sentència 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña 2006. Generalitat de Catalunya 2010. p. 337.

manteniendo los términos “conservación, modificación y desarrollo”, ha intentado ofrecer una interpretación extensiva, al añadir expresamente los términos del último párrafo de la regla 8ª del art. 149.1 Constitución Española, como límite de su competencia.

La esperada resolución al recurso de inconstitucionalidad sobre el art. 129 del Estatuto de Cataluña abrigaba la esperanza de una nueva interpretación del texto constitucional, más acorde con la necesaria realidad del ámbito competencial en derecho civil.

La Sentencia 31/2010, de 28 de junio poco ha aportado a este entendimiento. El artículo 129 Estatut d’Autonomia de Catalunya (de 2006), objeto del recurso de inconstitucionalidad, que dice “corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de derecho civil, excepto en las materias que el artículo 149.1.8 de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del derecho civil de Cataluña”, ha sido declarado por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 76 de la citada Sentencia Tribunal Constitucional 31/2010, conforme a la Constitución, con la interpretación que determina. ¿Se reanuda así, nuevamente, el viejo problema interpretativo sobre el ámbito competencial en derecho civil de las Comunidades Autónomas que, constitucionalmente lo han asumido?.

De la Sentencia Tribunal Constitucional 31/2010 podemos extraer varios argumentos:

1º En primer lugar el Tribunal Constitucional mantiene la nota de la “inalterabilidad de criterio”.

El Tribunal Constitucional no se ocupa de procurar una interpretación clara y acorde con las necesidades actuales (32 años después de la redacción del precepto)²⁵¹ y el estado jurídico existente. No podemos olvidar el avance legislativo en derecho civil emanado, principalmente, de algunos Parlamentos Autonómicos, como por ejemplo el de Cataluña.

El Tribunal Constitucional mantiene el criterio sentado en las Sentencias 88/1993, de 25 de abril y 156/1993, de 6 de mayo²⁵², fundamentada en la

251 - BADOSA COLL, F, pone de relieve la incongruencia de la retroactividad que deriva de la Sentencia que, “en el año 2010, la competencia civil de la Generalitat se mida según la normativa civil vigente el 29-XII-1979, que era la Compilación de 1960 y la Ley de Censos de 31-XII-1945. Esta localización temporal *ex tunc* es incompatible con la misma frase «conservación, modificación y desarrollo» que quiere aplicar (...) (en su opinión esta incongruencia se resuelve considerando) la «conservación, modificación y desarrollo» se deben referir a la normativa vigente en el año 2010”. “Sentencia 31/2010, de 28 de junio” cit. p. 338.

252 - Que declaró inconstitucional el art. 2 de la Compilación de Derecho Civil de las Illes Balears.

teoría de la necesaria conectividad entre lo existente en 1978 y lo que se pretende regular hoy. El marco competencial por razón de la materia se encuadra así en las Compilaciones promulgadas por las Cortes Generales del régimen político preconstitucional existente en España.

2º. En segundo lugar, sigue la llamada “cuestión foral”. Esta afirmación la basamos en dos motivos que podemos deducir de la Sentencia; a) por una parte, sigue calificando de “derechos forales o especiales” a los derechos civiles autonómicos. b) Por otra, incluso en las concretas y expresas competencias atribuidas por la Constitución, como es el supuesto de la competencia en fuentes del derecho civil autonómico, intenta neutralizarlas, sin la necesaria claridad del argumento que sostiene, dice “la competencia exclusiva sobre el Derecho civil de Cataluña, en tanto que derecho foral o especial, comprende, pues, la competencia para la determinación de las fuentes de ese específico derecho, siendo claro que esa competencia ha de sujetarse en su ejercicio a la competencia que corresponde al Estado para “la determinación de las fuentes del Derecho” en todo el territorio, por más que en dicho ejercicio el Estado venga siempre obligado a respetar los sistemas normativos privados de los distintos Derechos forales o especiales”.

Si a estos dos motivos le añadimos la restricción interpretativa de la competencia basada en la tesis de la conexión, podemos mantener que la “cuestión foral” sigue. En esta larga andadura desde 1978, el Tribunal Constitucional aún no ha despejado la interpretación del art. 149.1.8, cuando la literalidad parece clara.

Añadiremos dos argumentos que ya esgrimió el recurrente, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto el 10 de abril de 2003 por el Gobierno de la Nación contra la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña, que nos reafirman en la consideración que “la cuestión foral” sigue latente. 1) Por una parte, niega el calificativo de “régimen jurídico” al derecho civil catalán; y lo expresa en estos términos, refiriéndose a la Primera Llei del Codi Civil de Catalunya: “manifiesta una pretensión codificadora que resulta incompatible con la Constitución, al tratar de establecer un régimen jurídico de Derecho civil para Cataluña completo e independiente del Derecho civil común estatal”. ¿Acaso el recurrente piensa en las primeras *Memorias* de 1880, acerca de los principios e instituciones vigentes que por su vital importancia eran indispensables conservar, como excepción, en el futuro Código civil, como preceptuaba el art. 4 del Real Decreto de 2 de Febrero de 1889?; esta cuestión quedó superada por el art. 5 de la Ley de Bases de 1888, que pasó al originario art. 12 Código Civil donde permitía mantener, si bien “por ahora”, su “régimen jurídico”, en los territorios forales. Esta pretensión superada desde finales del siglo XIX, es motivo del recurso de inconstitucionalidad de la Ley catalana 29/2002.

2) Por otra, se sigue manteniendo (en el citado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley catalana 29/2002) la dependencia, de los derechos civiles territoriales, del denominado “derecho común”, que se formula con el falso entendimiento que el Código civil es y debe ser siempre el derecho supletorio de los derechos civiles autonómicos. Esta afirmación la encontramos en los términos del recurrente cuando dice: “sin que ello pueda suponer nunca la creación de un sistema jurídico autónomo que inadmita cualquier grado de supletoriedad estatal”. Estas palabras conculcan, incluso, el apartado 3 del art. 149 CE, que determina la supletoriedad del derecho del Estado, entendiéndose en tanto no se haya procedido a legislar sobre las competencias asumidas. La supletoriedad del Derecho estatal se presenta en la Constitución como una supletoriedad temporal, en modo alguno, definitiva.

Seguramente no nos equivocamos si concluimos que sigue la llamada “cuestión foral”, cuando el sistema competencial establecido en la vigente Constitución lo daba por zanjado. O quizá nos equivocamos, porque la tesis de las instituciones conexas ha dado cabida a toda la construcción del ordenamiento civil emanado del Parlamento de Cataluña, si tenemos en cuenta que la Sentencia 31/2010 no tacha de inconstitucional los términos del art. 129 Estatut d’Autonomía de Catalunya, y silencia la labor normativa que en el ejercicio de la competencia en legislación civil ha promulgado el Parlamento catalán²⁵³.

Me queda recordar las palabras pronunciadas en las Cortes por Niceto Alcalá Zamora, el 14 de junio de 1916: “Es concesión mezquina, es merced menguada, es injusticia manifiesta limitar el derecho de las regiones, a conservar el Derecho foral; tenéis derecho, lo tenéis a renovar, según la tradición y las necesidades, en cuanto no afecte a la unidad fundamental del Estado”.

253 - Afirmación en la que seguimos la opinión de BADOSA COLL, F. que entiende que “el FJ 76.8 hace abstracción de la tarea normativa de la Generalitat, en ejercicio de su competencia civil (...) (por lo que cree que) es necesario valorar el silencio del FJ 76 como un juicio positivo sobre la constitucionalidad de la obra legislativa de la Generalitat hasta el 2010”. “Sentencia 31/2010, 28 de junio”. cit. p. 339.