

ESTADO SOCIAL Y DERECHO PRIVADO. ESPAÑA, 1931

SOCIAL STATE AND PRIVATE LAW. SPAIN, 1931

Carlos Petit
Universidad de Huelva

SUMARIO. I. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO. 1.1. Esto no es constitucional.– 1.2. Repercusiones de la Constitución.– 1.3. Una cuestión batallona: Cataluña y su derecho.– 1.4. La Constitución y las cátedras.– 1.5. Aspirantes a la Judicatura (y no sólo).– 1.6. Castiella y la *femme mariée*.– 1.7. Valverde y su *Tratado*, Enncecerus-Kipp-Wolff y sus anotadores, y Antonio Polo.– II. UN “PROCEDIMIENTO PELIGROSO”. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD. 2.1. La función social.– 2.2. Propiedad como hecho, y aun limitado.– 2.3. La reforma agraria.– 2.4. Crítica(s) de derecho inmobiliario en revista.– 2.5. El derecho agrario: hacia una nueva disciplina. III. UN “TRATADO DE SOCIOLOGÍA”. LA CONSTITUCIÓN Y LA FAMILIA. 3.1. Igualdad constitucional.– 3.2. Libertad de amar y divorcio a la uruguaya.– 3.3. De la Constitución hacia la ley.– 3.4. Agresión al Código civil.– 3.5. La civilización del matrimonio. IV. EL DERECHO REPUBLICANO Y EL JURISTA HISTORIADOR. 4.1. El Código y la República.

Resumen: Estudio sobre la Constitución republicana y su relación con los Códigos de derecho privado, el civil en particular, con atención destacada a los arts. 43 (propiedad) y 44 (familia). Se utilizan fuentes doctrinales, parlamentarias y documentales, especialmente del Archivo del Congreso de los Diputados y del Archivo General de la Administración. Estas fuentes permiten documentar, con rara unanimidad, la ineficacia directa de la Constitución en el tráfico jurídico ordinario: se entendió que sus normas era simples principios, necesitados de desarrollarse legislativamente para ser reglas operativas. Tales fueron las leyes agraria, de divorcio y de matrimonio civil, todas aprobadas en el Primer Bienio constitucional en ejecución de un nítido programa político socializante y, sobre todo, laico.

Abstract: A study on the Spanish Republican Constitution of 1931 in relationship with the Codes of private law, particularly the Civil civil. Special consideration is paid to articles 43 (property) and 44 (family). Main sources are legal literature, parliamentary proceedings and unpublished documents from the Archivo del Congreso de los Diputados and the Archivo General de la Administración. Their testimony speak, with rare

unanimity, upon the ineffectiveness of the Constitution in ordinary legal traffic: constitutional norms were considered as a simple set of principles in need of normative development to become operative rules. It was so the case of the Agrarian Reform, Divorce and Civil Marriage laws, all passed in the First Biennium (1931-1933) following a clearly socialising and, above all, secular political programme.

Palabras clave: Constitución de 1931. Derecho privado. Doctrina jurídica. Legislación. Reforma Agraria. Divorcio. Matrimonio Civil. Felipe Sánchez-Román. Demófilo de Buen. Álvaro de Albornoz.

Key words: Constitution of 1931. Private law. Legal doctrine. Legislation. Agrarian Reform. Divorce. Civil Marriage. Felipe Sánchez-Román. Demófilo de Buen. Álvaro de Albornoz.

El derecho privado de entreguerras se había transformado como nunca antes, y los expertos lo sabían. “Una primera manifestación de este fenómeno”, advirtió un jovencísimo y brillante candidato a cátedras de derecho civil¹, “la encontramos en la incorporación a la parte dogmática de las Constituciones de la postguerra, a partir de la de Weimar, de una serie de principios programáticos referentes a instituciones que hasta entonces se habían refugiado en el recinto de los Códigos civiles. La Constitución española de 1931 es posiblemente la que más ha usado de este procedimiento peligroso, hasta el extremo de haberse podido decir de su artículo 43 por uno de nuestros civilistas más eminentes que *más que el precepto de una ley, parece un tratado de sociología*”. Cosa de Alfonso de Cossío (1911-1978), vencedor de la plaza de La Laguna en el fatídico verano de 1936, las afirmaciones anteriores sugieren los motivos de las líneas que siguen. Nos recuerdan primeramente (I) la repercusión del ordenamiento constitucional en el clásico espacio reservado a los códigos civiles, con la carta de Weimar (1919) como referente europeo. Mencionan también, en segundo lugar (II), que la combinación de reglas constitucionales y normas codificadas resultaba un “procedimiento peligroso” que la República española había utilizado con entusiasmo: el caso del “*terribile diritto*” ofrece un modelo singular². Y por

¹ Consulto la oposición a las cátedras de Civil de Santiago y La Laguna –que fue para Cossío; obtuvo la primera Manuel Antonio Romero Viéitez (1900-1988)– en el Archivo General de la Administración [AGA], Alcalá de Henares (Madrid), Educación, cajas 32/13536-13537, en concreto la segunda. El párrafo transcrito procede de la memoria de Cossío, *Concepto, métodos, plan y fuentes del Derecho civil español común y foral*, 246 pp. mecanografiadas y encuadernadas, *vid.* pp. 96 ss.

² Cf. últimamente Javier Infante Miguel-Motta, “*Un hito en la historia constitucional de España. El derecho de propiedad en la Constitución republicana de 1931*”, en Luis I. Gordillo Pérez *et al.* (eds.), *Constitución de 1931. Estudios jurídicos sobre el momento republicano español*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 295-319.

último (III), el art. 43 de la Constitución de la República española (CRE), aquel precepto sobre la familia que “parece un tratado de sociología”, se citaba en prueba de los excesos del nuevo constitucionalismo, justamente calificado de *sociab*³. Unas pocas líneas finales (IV) me sirven de conclusión.

I. LA CONSTITUCIÓN Y EL DERECHO PRIVADO

De un examen reciente.– *El profesor*: dígame lo que sepa sobre bienes parafernales. *El alumno*: no hemos estudiado esa lección. *El profesor*: a ver si sabe esto, clases de tutela. *El alumno*: tampoco hemos estudiado eso. *El profesor*: entonces, ¿de qué quiere usted que le pregunte? *El alumno*: examíneme usted de República. *El profesor*: en esa asignatura ya les han dado sobresaliente. ¡Lástima que no incluyeran en el curso el derecho civil!

Este (mal) pasaje humorístico, procedente de la prensa reaccionaria⁴, expresaba un problema que los juristas del momento no siempre quisieron superar⁵. Más allá de la salvaguarda enfática de la propiedad y de la promesa de codificar el ordenamiento –una cantinela repetida desde Cádiz– la Constitución de la República Española (9 de diciembre, 1931) fue la primera que incidió en el derecho privado. Con Weimar –o, si se prefiere, desde Venustiano Carranza (1917)⁶– se habían cruzado códigos

³ Cf. Alfons Aragoneses, “Constitución y derecho civil en la Segunda República”, en *Constitución de 1931, op. cit.*, pp. 269-293; también Michael Stolleis, “La ‘costituzione sociale’ di Weimar del 1919” (2019), en Massimiliano Gregorio – Paolo Corona (cur.), *Weimar 1919. Alle origini del costituzionalismo democratico novecentesco*, Giuffrè, Milano, 2024, pp. 49-70. Añado que el opositor Cossío apoyaba sus manifestaciones –algo displicentes– en Manuel Batlle y en su maestro, Federico de Castro; la referencia a la “sociología” procedía en cambio de Demófilo de Buen, *Introducción al estudio del derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 223, pero la ocurrencia presentaba en Cossío una intención diferente. Por no ir demasiado lejos, la sociología del matrimonio y la familia había sido cosa de José Castán, *La crisis del matrimonio. Ideas y hechos*, Reus, Madrid, 1914; así se seguía cuando disertaba sobre el matrimonio un tratadista del momento: cf. Calixto Valverde, *Tratado de Derecho civil español, IV: Parte especial. Derecho de familia*, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1938, pp. 60 ss.

⁴ *El Debate* (Madrid), 23 de junio, 1931, p. 12.

⁵ Ni los juristas del momento ni los juristas del ayer: cf. Gumersindo de Azcárate, “Influencia del principio democrático sobre el derecho privado” (1876), en sus *Estudios filosóficos y políticos*, Manuel M. de los Ríos, Madrid, 1877, pp. 307-358, sobre un discurso inaugural de Benito Gutiérrez.

⁶ Introduce María Pilar Villabona, “La Constitución mexicana de 1917 y la española de 1931”, en *Revista de estudios políticos (nueva época)* nnº 31-32, 1983, pp. 199-208. Añádase el correspondiente Código civil federal (1928); cf. art. 2 (igualdad entre sexos; pero cf. arts. 60 ss en materia de filiación), art. 189, vii (administrador o administradora de la sociedad conyugal); art. 414 (patria potestad); art. 832 (utilidad pública como causa de expropiación para constituir patrimonios familiares o habitaciones de alquiler para familias pobres), art. 1655 (autonomía de la casada para aceptar o repudiar la herencia); art. 1912 (abuso de derecho); art. 1935-1937 (responsabilidad objetiva del patrono en

y constituciones, los dos instrumentos ordenantes del Estado liberal que habían marchado en paralelo hasta que la sociedad de masas les obligó finalmente a confluir. “Un campo di tensione sostanzialmente inedito”, ha escrito Massimiliano Gregorio⁷, que tocaba directamente al concepto de *propiedad*, dotado ahora de otros contenidos, pero también al citado de *familia*, expresión sintética de un viejísimo *status* patriarcal que se convertía ahora en el espacio más idóneo para ejercer los derechos sobre la base del principio de igualdad. En realidad, la continuidad secular de la forma monárquica y el consenso institucional fijado en los códigos – propiedad individual, contrato oneroso, autoridad paterna– expresaron paladinamente la ideología de una casta que rechazó cualquier idea de Constitución como fuerza política transformadora; le bastó con las tablas de derechos para decorar, en un instante individualista que ni siquiera vinculaba al legislador, el diseño de los órganos estatales, compañeros de la Corona en el disfrute elitista del poder. Tras la Guerra, expulsadas *iure bellico* varias dinastías reinantes (Imperios alemán y austro-húngaro, Sublime Puerta otomana) y puesto en cuestión el primitivo credo liberal, urgía componer otra clase de Constitución: una que fuese capaz, a un tiempo, de proclamar ciertos valores sociales (colectividad junto a individuo, igualdad ante privilegio, propiedad como deber o *función*) y de asegurar su penetración en un ordenamiento legal renovado; textos constitucionales que certificaran, en suma, “la bancarrota del liberalismo”, como se oyó decir en las Cortes⁸. Y eso llegaba por fin a la España republicana: “una Constitución nueva ha sustituido a la vigente cuando se publicó el Código Civil”, escribió un comentarista de este segundo

caso de accidentes laborales, incluida la imprudencia del obrero); art. 2397 (prohibición del anatocismo), arts. 2605 ss (prestación de servicios); art. 2751 (prohibición de dejar incultas las tierras)... Como se recordará, la noticia de esta ley se difundió en España con la bendición de José Castán, “*El nuevo Código Civil mejicano. Un ensayo de Código privado social*”, en *Revista de Derecho Privado [RDP]* n° 16 (1929), pp. 185-205.

⁷ Cf. “*La Weimarer Reichsverfassung e il costituzionalismo europeo del primo Novecento. Introduzione*”, en *Weimar 1919, op. cit.*, pp. 1-10, p. 4. En general, para España, Giacomo Demarchi, “*Weimar a Madrid. Culture e pratiche costituzionali fra la prima Repubblica tedesca e la seconda Repubblica spagnola*”, en *Weimar 1919, op. cit.*, pp. 141-159.

⁸ “Las modernas Constituciones ponen ya bajo su protección y amparo todas las grandes instituciones sociales, que son como el eje y el polo alrededor del cual gira toda la vida social. De manera que no son meras Cartas políticas que regulan, dentro del interior, el orden y la paz asegurando el libre ejercicio de los derechos de ciudadanía y delimitando las atribuciones del Poder público, sino que también regulan las relaciones económicas y sociales. Es, en una palabra, la bancarrota definitiva del liberalismo; es decir, que del Estado policía se ha pasado al Estado gerente que va empapando toda su esencia en este sentido social”, discurso del canónigo Santiago Guallar, diputado por Zaragoza, en *Diario de sesiones de las Cortes Constituyentes de la República española [DSCCRE]* 7 de octubre, 1931, p. 1509. La socialización del derecho y la penetración de la Constitución en el espacio tradicionalmente reservado al derecho privado se estudió como una de las grandes fuerzas del nuevo constitucionalismo: cf. Boris Mirkin-Guetzevitch, *Modernas tendencias del derecho constitucional* (1931), trad. Sabino Álvarez Gendín, Reus, Madrid, 1934, pp. 81 ss.

texto legal⁹. “Rige hoy la de 9 de diciembre de 1931, cuyos artículos no son mera síntesis de un derecho político distinto, sino que regulan las relaciones privadas de familia, religión y propiedad”. No había acontecido nada diferente en los anteriores, fugaces intentos de implantar la cultura jurídica republicana¹⁰.

Alfa (Weimar) y Omega (España) de la experiencia democrática que recorría Europa¹¹, el nuevo *ius commune* constitucional conoció también fórmulas diversas de organizar el territorio y de distribuir competencias entre el Estado y sus fragmentos. Y vinieron las traducciones (1921, 1927, 1931...) y se insertaron en los diarios algunos preceptos extranjeros, “para que sirva de ejemplo”¹². Al fin y al cabo, “fundar una República”, habían manifestado los constituyentes españoles de 1873, “sobre el sembrado de tantas ruinas de la antigua Monarquía, siempre es cosa arriesgada y difícil”.

1.1. Esto no es constitucional

“La originalidad sólo puede consistir en la combinación. No son las letras sueltas, sino su enjambre en la palabra, quien porta el sentido y quien es o no original... en este sentido, hay partes esenciales del proyecto presentado que son, yo creo, de profunda originalidad”¹³. Demasiado

⁹ José Rimblas Rimblas, *Código civil interpretado y anotado*, Bosch, Barcelona, 1934, p. VIII. La consulta de esta obra muestra, sin embargo, que la presencia de la Constitución al comentar los artículos, casi inexistente, resulta siempre irrelevante (cf. p. 61, sobre el art. 57 del Código: “hoy, por la Constitución, arts. 25 y 43, existe absoluta igualdad de derechos y deberes entre los dos sexos”).

¹⁰ La Constitución francesa de 1793 partió de la igualdad radical (art. 3), la abolición de la esclavitud (art. 18), la libertad de cultos (art. 7), los socorros públicos para los desgraciados (art. 21), la instrucción al alcance de todos (art. 22), la soberanía popular (art. 25), la participación directa en la elaboración de la ley (art. 29)... todo ello en la inicial declaración de derechos; la Constitución sería la garantía de la nueva sociedad igualitaria y sus valores (arts. 122 y 123), *vid.* Eduardo Bello Reguera, “¿Utopía o fracaso de la democracia social en 1793?”, en Cuadernos dieciochescos n° 3, 2002, pp. 95-112. Lo destacó oportunamente la autoridad del constitucionalismo comparado de esos momentos: cf. Boris Mirkin-Guetzevitch, *Modernas tendencias*, *op. cit.* pp. 84 ss. Pero también podría servir de ilustración la Constitución francesa de 1848, con su art. 13 sobre trabajo, educación y asistencia; lo recordó, al presentar el proyecto español, Luis Jiménez de Asúa, cf. DSCCR 27 de agosto, 1931, p. 645.

¹¹ Hubo voces en las Cortes contra el ‘extranjerismo’ de la Constitución española, como la del ovetense José Álvarez-Buylla (“un proyecto de Constitución exótico, hecho de recortes, adonde habéis traído todos los avances y todos los alientos, y si queréis todos los radicalismos de las Constituciones extranjeras”, en DSCCRE 1 de septiembre, 1931, p. 694), seguido de algún otro (“permitidme que me queje... de que porque una cosa no esté en la Constitución alemana ni en la checoslovaca, no se pueda poner en la nuestra”, *ibid.* 22 de septiembre, p. 1064).

¹² “La Iglesia y el Estado. Para que sirva de ejemplo”, en Diario de Alicante, 21 de junio, 1931, p. 2, reproducción de los arts. 135 a 149 de la Constitución de Weimar. Sobre traducciones, *vid.* Giacomo Demarchi, “Da Verfassung a Constitución. Le edizioni della Costituzione di Weimar nella Spagna de entreguerras”, en *Spagna contemporanea* n° 55, 2019, 69-83.

¹³ José Ortega y Gasset, en DSCCRE 4 de septiembre, 1931, p. 773.

profunda, tal vez, para la privatística, reacia a asumir los dictados de la flamante Constitución¹⁴. Si dejamos aparte el caso de Demófilo de Buen Lozano (1890-1946), partidario de aplicar directamente “aquellos preceptos sobre derecho privado que están redactados en forma imperativa, no aplazada ni condicionada” –esto es, reglas constitucionales que “deben reputarse vigentes de modo inmediato, aunque contradigan todo el sistema de nuestra legislación civil, que, en lo que a ellos se oponga, queda totalmente derogada”¹⁵– se entendió por lo común que la Carta de 1931 “lo único que puede hacer... es condicionar positiva o negativamente las leyes futuras... la seguridad del tráfico no se satisface con principios jurídicos: precisa normas concretas”, así que la igualdad en razón del sexo y la plena capacidad de obrar de la mujer –ejemplo llamativo del orden republicano de las cosas– se desvanecían por las cortapisas legales existentes, “las cuales no se pueden entender derogadas mientras no se sustituyan por otras semejantes o contradictorias”¹⁶. La distinción *norma – principio*, arraigada entre los privatistas¹⁷, se reveló un argumento crucial al momento de restringir la eficacia de las medidas constitucionales: la mayoría de ellas serían *principios*, por tanto mandatos dirigidos al futuro legislador e ineficaces, a falta de la legislación complementaria, en los tratos y contratos de particulares; el respeto a la seguridad jurídica y el temor a las lagunas provocados por la derogación tácita de los Códigos serían razones que lo justificaran¹⁸. Otras voces, coincidentes en lo

¹⁴ Sobre la actitud de los profesionales del derecho, en general, *vid.* Sebastián Martín, “Modernización doctrinal, compromiso técnico, desafección política. Los juristas ante la Segunda República”, en *Constitución de 1931, op. cit.*, pp. 45-75.

¹⁵ Demófilo de Buen, *Introducción al estudio del derecho civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, [1932], pp. 226-227.

¹⁶ Joaquín Garrigues, *Curso de Derecho Mercantil I*, Madrid 1936, pp. 142-143, a propósito de la autorización marital a la mujer casada (art. 6 del Código de comercio); también reticente Federico de Castro, “La Constitución española y el derecho internacional privado”, en RDP n° 19, 1932, 74-78 (primera entrega). Fue la posición predominante (Castán, Valverde, De Diego, Díez Pastor...).

¹⁷ La clasificación de las normas jurídicas en varias categorías –conceptos, reglas, principios, *standards*; la segunda y la tercera tan adecuadas para dar cuenta del lenguaje constitucional– se debió a Roscoe Pound, “The Administrative Application of Legal Standards”, en *Reports ... of the American Bar Association* n° 44, 1919, pp. 445-465. Interesado por la última especie normativa, en contraposición a la *règle du droit*, la retomó Édouard Lambert y la desarrolló su discípulo ‘Abd al-Razzaq Ahmad Al-Sanhoury, *Les restrictions à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Marcel Giard, Paris, 1925, notable estudio que interesó a Recaredo Fernández de Velasco, “El ‘standard’ de Derecho en la jurisprudencia inglesa y su aplicación”, en RDP n° 14, 1927, pp. 129-134, donde se dio noticia de estas cosas.

¹⁸ Entre otros, Pedro Ballester, “Discordancias. La Constitución y el Código civil”, en *Revista general de legislación y jurisprudencia [RGLJ]* n° 81, 1932, pp.404-426; Federico de Castro, “El Derecho civil y la Constitución”, en RDP n° 22, 1935, pp. 33-48; del mismo, “La Constitución española y el Derecho internacional privado” *op. cit.*, pp. 74-78 y 97-105; José Luis Díez Pastor, “La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio según la Constitución”, *ibid.* n° 20, 1933, pp. 193-217; Felipe Clemente De Diego, “Técnica legislativa y codificadora”, *ibid.* n° 21, 1934, pp. 65-82; José Castán Tobeñas, *Hacia un*

sustancial, recordaron que “ciertas teorías de la Constitución (laicismo, tendencia igualitaria, divorcio, derecho familiar, matrimonio, autoridad marital)”, además de presentar un contenido inadmisibles para una ley política (“y tener, por tanto, como único objeto el Estado, su forma de gobierno y la declaración de los derechos de ciudadanía”), se enfrentaban inútilmente a las costumbres y las tradiciones españolas, lo que aconsejaba suprimir, en una futura y deseable reforma, esas desgraciadas “audacias”¹⁹.

La relación entre leyes, constituciones y jueces –otro asunto de la postguerra²⁰– se abordaba por aquí cuando la Carta republicana había plantificado la fórmula kelseniana de justicia constitucional. Resulta significativo que el discurso de apertura de tribunales del ministro radical Vicente Cantos Figuerola (1868-1943) se extractara para la Revista crítica de derecho inmobiliario. “¿Función automática o función creadora?” era la pregunta del ministro, usada aquí como título, dirigida a quienes debían ejercer la jurisdicción; magistrados que tenían por delante la ‘supralegalidad’ constitucional frente a leyes contrarias o divergentes, anteriores y posteriores a la primera²¹. Puesto que si, de una parte, parecía evidente que la ley no podía derogar la norma constitucional, no lo era tanto, de otra, que entrase en la competencia de la justicia ordinaria decidir sobre la constitucionalidad de la ley; la situación se agravaba en la moderna estación de cultura europea, cuando “la Ley fundamental del Estado, hecha con los principios sobre que se sustentan no sólo la organización política del país, sino la familiar y la de los derechos esenciales de la persona individual y jurídica, tiene el don de la invulnerabilidad, salvo el evento excepcional de su reforma”. La fórmula española, característica de las constituciones de postguerra, consistía en confiar al Tribunal de Garantías el control de la ley, con suspensión de la causa cuando los jueces apreciaran algún vicio de constitucionalidad, pero esto no solucionaba

nuevo Derecho civil, Reus, Madrid, 1933; del mismo, *Derecho civil español común y foral*. Obra ajustada al programa para las oposiciones a notarias determinadas, I/1, Reus, Madrid, 1936, p. 113 (capacidad de la mujer casada), pp. 232-233 (filiación). Cf. Prof. Dr. Stoll, “*Verfassung und Privatrecht*”, en *Deutsche Juristen-Zeitung* n° 38, 1933, pp. 278-283, páginas de interés que, de modo significativo, omiten cualquier referencia al *Bürgerliches Gesetzbuch*.

¹⁹ Luis R. Lueso, “*La Constitución y el Código civil*”, en Revista crítica de derecho inmobiliario [RCDI] n° 10, 1934, pp. 202-208.

²⁰ Cf. Édouard Lambert, *Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis. L’expérience américaine du contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois*, Marcel Giard & Cie., Paris, 1921. Se trata de una obra celeberrima, implícitamente invocada en el discurso ministerial que cito en la nota siguiente (cf. p. 643).

²¹ Vicente Cantos, “¿Función automática o función creadora?”, en RCDI n° 10, 1934, pp. 641-649; añadido que Cantos era registrador de la propiedad, por lo que estaba como en casa entre las páginas de la *Revista*. Su discurso salió al completo en la veterana *Revista General*: cf. “*Discurso leído por el Excmo. Sr. D. Vicente Cantos... en la solemne apertura de los Tribunales celebrada el 15 de septiembre de 1934*”, en RGLJ n° 83, 1934, pp. 257-273.

la duda sobre la vigencia del derecho codificado que fuese incompatible con la Constitución. Cabía en principio entender “que toda Ley vigente, al tiempo de promulgarse la Constitución que se halla en contradicción con ella, está derogada”, de modo que “debería considerarse abolida la autoridad marital, considerar establecida la igualdad de obligaciones de los padres respecto a las distintas clases de hijos y abolido el precepto del Código civil que prohíbe la investigación de la paternidad, etc.”; el art. 6 de este Código –con la válvula abierta de los principios generales del derecho– serviría para dictar sentencia aun sin contarse con una reforma legislativa. También parecía legítimo, en segundo lugar, considerar que la Constitución mantenía en vigor normas que la contradecían mientras las Cortes no procedieran a reformarlas. “Y aun es dable una tercera posición”, admitió Cantos, esto es, “la de distinguir los preceptos constitucionales en dos clases: los unos, de posible ejecución inmediata en razón de su sencillez, de su sentido meramente negativo y eliminador o de su tendencia igualitaria, y los otros, por el contrario, sujetos inevitablemente al aplazamiento que imponen la creación de nuevos organismos o de reglas más minuciosas y precisas”. A pesar de evocar el ejemplo del *bon juge*, de recordar la tradición –a esas alturas, algo desgastada– de la *Frei-rechtsschule* y la (más interesante) escuela de Tubinga, Vicente Cantos se lavaba las manos para remitir al Tribunal de Garantías Constitucionales la creación de “una doctrina jurisprudencial en estos interesantes problemas de derecho transitorio”²². Aunque el discurso de Cantos despejaba (moderadamente) las posibilidades de aplicar la Constitución en lo referido al derecho privado²³, la tesis contraria, que fue tesis mayoritaria, la conocía (y temía) Luis Jiménez de Asúa cuando presentó en las Cortes el texto de la Comisión que presidía: “antes de entrar en el examen de los Títulos que integran el proyecto de Constitución que ofrecemos, yo quisiera salir al paso, desde este momento, de una argumentación que estoy seguro ha de esgrimirse como habilidad, más que como contenido propio, en el debate que ha de seguir. Vamos a escuchar constantemente: *Eso no es constitucional*; y de esa manera, algunos de los principios básicos de la parte dogmática se tratará de que sean excluidos... Cuando hablemos

²² Cf. sin embargo Federico de Castro, “*El Derecho civil y la Constitución*”, *op. cit.*, p. 33 y n. 2 con referencia al discurso del ministro: “las previsoras disposiciones de los artículos 31, 32 y 33 de la ley Orgánica del Tribunal de Garantías han hecho que no llegue a este Tribunal ni un solo recurso de inconstitucionalidad sobre disposiciones del Código civil”. *Vid.* ahora Luis I. Gordillo Pérez, “*El Tribunal de Garantías Constitucionales de la Segunda República española: enseñanzas de una primera experiencia de justicia constitucional*”, en *Constitución de 1931*, *op. cit.*, pp. 141-159, pp. 154-155.

²³ Sin desarrollar este punto, la redacción de la Revista, esto es, el propio Jerónimo González, pasaba al terreno más abstracto de relaciones entre el juez y la ley (no solo la ley constitucional), al advertir que “todas estas cuestiones, a las que la filosofía jurídica dirige en la actualidad sus proyectores, quedan planteadas con el discurso que hemos extractado. REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO promete desenvolverlas ante el público español dentro de sus modestos límites”, en RCDI n° 10, 1934, p. 649

del Título III, en el que se legisla sobre los derechos y deberes de los españoles, aludiremos a la transformación de la llamada parte dogmática de las constituciones. Hoy, más que una parte dogmática, puede afirmarse que se trata de una parte substantiva, porque han de ser llevados ahí todos aquellos derechos, aspiraciones y proyectos que los pueblos ansían, colocándolos en la Carta constitucional para darle así, no la legalidad corriente, que está a merced de las veleidades de un Parlamento, sino la superlegalidad de una Constitución”²⁴.

*Esto no es constitucional*²⁵. Y viceversa. La relación de los derechos individuales y las normas civiles surgió, años atrás, en algún código liberal, pero se había resuelto de mala manera²⁶. Me refiero al Código civil de Portugal (1867) y la teoría de los *direitos originários* (“direitos naturaes”, art. 367; “direitos primitivos”, art. 2367), que lo eran en el doble sentido de proceder “da propia natureza do homen” (art. 4) y de constituir la “fonte e origen de todos os outros” (art. 359). Inalienables (art. 368) e imprescriptibles (art. 537) el legislador portugués consideró como tales los derechos de existencia, de libertad, de asociación, de apropiación, de defensa: la *existencia* incluía la integridad física y la dignidad moral (“bom nome e reputação”, art. 360); la *libertad* “consiste no livre exercicio das faculdades physicas e intellectuaes”, así incorporando pensamiento, expresión y acción (art. 361; cf. art. 570 para la libertad de imprenta sin censura); la *asociación* significaba la “faculdade de pôr em commum os meios ou esforços individuaes” con fines lícitos y salvaguarda de terceros (art. 365); la *apropiación* permitía adquirir todo lo necesario para asegurar legítimamente la existencia y la mejora de la persona (art. 366); en fin, el derecho de *defensa* (arts. 2367 ss) incluía, además de la auto tutela, la obligación de combatir ataques contra intereses ajenos sin encerrar riesgo para los propios (art. 2368) y la responsabilidad *ex delicto* de los funcionarios que, conedores del hecho, permitiesen los atentados (art.

²⁴ DSCCRE 27 de agosto, 1931, p. 643; el discurso *in extenso* se encuentra en Luis Jiménez de Asúa, *Proceso histórico de la Constitución de la República española*, Reus, Madrid, 1932; *vid.* pp. 48 ss sobre “Lo que es y lo que no es constitucional”.

²⁵ Uno de los primeros en proclamarlo fue Melquiades Álvarez durante las algo estériles discusiones de totalidad. Cf. DSCCRE 9 de septiembre, 1931, p. 822: “no me refiero a nada del divorcio, ni a ninguna de las otras disposiciones que, a mi juicio, os lo digo con toda franqueza, no son propias de un proyecto constitucional”.

²⁶ No entraré en la fórmula original que siguió el constituyente colombiano en 1886, consistente en incluir la parte dogmática de la Constitución como nuevo título preliminar en el Código civil, vinculando de tal modo a los jueces; cf. Bartolomé Clavero, “*Ley del código: trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América*”, en Quaderni fiorentini n° 23 (1994), pp. 81-194, pp. 153 ss; también, para lo que sigue de Portugal, pp. 105-107, si bien no sigo al autor cuando afirma que la problemática constitucional de los derechos aparece en Colombia “de modo no muy distinto al portugués”; en realidad, el raro art. 52 de la Constitución colombiana se introdujo para frenar ciertas voces favorables al control judicial (desconcentrado) de la constitucionalidad de las leyes: cf. José M^a Samper, *Derecho público interno de Colombia. Comentario científico de la Constitución de 1886* (1886) II, Biblioteca Banco Popular, Bogotá, 1974, p. 108.

2371). Mal recibido justamente por esta vocación constitucional (“a doutrina d’este titulo”, escribió Dias Ferreira, su principal comentarista, “é perfeitamente inutil n’um codigo civil”)²⁷, los manuales más difundidos ocultaron estos contenidos como cosa impropia de una ley de derecho privado; no extraña entonces que, al cabo de un siglo, el originalísimo Código de 1867 fuera sustituido por una versión lusófona del *Bürgerliches Gesetzbuch* (1966).

1.2. Repercusiones de la Constitución

Weimar y la Constitución española habían nacido en un momento histórico por completo diverso, pero la convicción dominante –anclada en una vetusta *summa divisio* que distinguía lo público y lo privado (Estado e Individuo) de modo demasiado tajante– no aceptó con facilidad la definición constitucional del matrimonio, la filiación, el trabajo, la propiedad. Y es que “non si trattava infatti di aggiungere altri diritti a quelli civili e politici”, según advirtió Fioravanti con agudeza²⁸, “ma di mettere in discussione l’intero impianto su cui si erano fondati quei diritti fino all’eta liberale e dei codici”. El voto particular de Juan Castrillo al proyecto de la Comisión constitucional respondió a esa clásica distinción al sostener que “el capítulo II (Familia, economía y cultura) debe también desaparecer sin perjuicio de conservar algunas de las normas que contiene el Título correspondiente a los deberes y derechos de los españoles. Existen artículos, por ejemplo el 41 [se refería al 43 definitivo], matrimonio, divorcio, deberes de los padres, derechos de los hijos ilegítimos, investigación de la paternidad etc. que tienen su lugar adecuado en un Código civil”²⁹. Ahora bien, “como se trata de unas Cortes Constituyentes que no pueden

²⁷ Cf. José Dias Ferreira, *Código civil português anotado I*, Imprensa Nacional, Lisboa, 1870, p. 361. “Algumas das suas disposições ainda poderian ter cabimento n’uma constituição politica ou n’algum codigo penal em epochas em que os direitos naturaes do homem não eran debidamente reconhecidos e respeitados em toda a parte. Mas á legislação civil é completamente estranho o assumpto do titulo”. Pero el Código fue más allá del texto político –la Carta brasileña de Pedro I (1824), extendida en 1826 a Portugal– cuya regulación de los derechos (art. 145) no reconocía la libre asociación ni la defensa; por eso, el Tribunal Constitucional portugués (cf. Acórdão nº 589/2004, de 04 de Novembro de 2004), al preguntarse no hace mucho por el derecho de asociación en el constitucionalismo monárquico, tuvo que acudir al Código de 1867, “onde se tutelava ‘a faculdade de pôr em comum os meios ou esforços individuais para qualquer fim que não prejudique os direitos de outrem ou da sociedade’ (artigo 365º)”.

²⁸ Maurizio Fioravanti, “Weimar e la nascita della Costituzione democratica”, en *Weimar, 1919, op. cit.*, pp. 11-20, p.15.

²⁹ Y el art. 42 (propiedad), “uno de los más graves, debiera suprimirse”. Cf. Archivo del Congreso de los Diputados [ACD], Madrid, Serie general, legajo 539, expte. nº 1. También DSCCRE 25 de agosto, 1931, apéndice nº 10. Castrillo defendió su parecer en la sesión de 15 de octubre (“todas estas materias tienen su regulación en un Código civil y no deben ser traídas a la Constitución, a fin de no provocar divisiones”, p. 1755); en sentido similar José Martínez de Velasco, diputado por Burgos, recordó sobre el divorcio (art. 43 CRE) que “este es uno de los preceptos que debían haberse colocado en el Código civil”, DSCCRE 8 de octubre, 1931, p. 1535.

descender a la confección de cada una de las leyes que constituyen los principios del nuevo régimen”, explicó Ricardo Samper por la Comisión, “es indispensable consignarlos en el Código fundamental del país... Este es el motivo más importante que nos obliga a llevar a la Constitución preceptos que pudieran parecer de orden civil, preceptos que, acaso, no tengan aquel carácter de superlegalidad que corresponde a las disposiciones constitucionales en buenos principios de derecho constitucional” (DSCCRE 15 de octubre, p. 1755). No había sido más feliz la suerte de la Carta de Weimar –bajo cuya vigencia “nunca se consiguió... articular una teoría clara sobre los efectos de la Constitución en el derecho privado” (Haferkamp)– entre los estudiosos del BGB³⁰.

La cuestión de las “repercusiones de la Constitución fuera del derecho político”, por expresarlo en palabras de Niceto Alcalá Zamora, sobrevoló las discusiones desde el arranque mismo de la República. La declaración del gobierno provisional (Estatuto del gobierno provisional, *Gaceta de Madrid*, 15 de abril, 1931) había incluido el deber de “ensanchar” las libertades ciudadanas, y así la personalidad sindical y corporativa del nuevo derecho social” (nº 4) y la propiedad, aun admitiendo en este caso “que el derecho agrario debe responder a la función social de la tierra” (nº 5). Pero la Carta aprobada en diciembre, con aquel capítulo que tanto incomodaba a Castrillo –el segundo del título III, *Derechos y deberes de los españoles*– obligó a preguntarse por la suerte de la ley civil de 1889, enfrentada a “cambios más intensos y extensos [de los] que habrían sumado las cuatro revisiones decenales del Código y los cinco apéndices del mismo, si a la marcha ultraacompañada de la vieja Comisión de Códigos se hubiera realizado el programa previsto por Alonso Martínez y sus colaboradores”³¹.

Aludía don Niceto a la previsión, siempre incumplida, de la disposición adicional 3ª del Código civil sobre su reforma decenal; una compun-

³⁰ Hans-Peter Haferkamp, *Das BGB*, Böhlau, Köln, ²2023, pp. 167 ss; cf. *ibid.* p. 170 sobre la famosa “Gleichberechtigung der beiden Geschlechter” (art. 119 WRV), solo válida como orientación para el legislador; lo mismo se entendió en relación con la prole extramatrimonial (p. 171, cf. art. 121 WRV y BGB §§ 1589, 1705, 1707 etc.). En otras palabras, la norma constitucional obligaba a reformar el Código (o a dictar una ley extravagante) para librar a la mujer casada de la sumisión a su marido (BGB § 1363) y equiparar a todos los hijos sin distinción: Michael Humphry, *Die Weimarer Reformdiskussion über das Ehescheidungsrecht und das Zerrütungsprinzip*, Cuvillier, Göttingen, 2006, pp. 105 ss; también Till Meno Sellschop, *Der Weg zum Revokationsrecht der Ehegatten nach § 1368 BGB*, Peter Lang, Frankfurt/Mein, 2009, pp. 85 ss: aunque el movimiento reformista quedó en nada, se abrió paso en la doctrina (y en la opinión de varios *Länder*: Prusia, Baviera, Braunschweig) el régimen matrimonial de separación de bienes. Para el derecho de propiedad, una vez diluida por los tribunales la vocación social del art. 153 de Weimar, *vid.* Thorsten Keiser, “*Democrazia economica proprietà e lavoro nell’esperienza costituzionale weimariena*”, en *Weimar 1919, op. cit.*, pp. 71-100, pp. 82 ss.

³¹ Niceto Alcalá Zamora, *Repercusiones de la Constitución fuera del Derecho político*. Discurso leído... en la sesión inaugural del curso 1931-1932 celebrada el 26 de noviembre de 1931, Reus, Madrid, 1931, pp. 16-17.

gida declaración del codificador español que llamó la atención fuera de España y que, dentro de ella, estimuló la elaboración de estudios jurídicos en clave *de lege ferenda*³². Y ahora la Constitución hacía más evidentes los desajustes del viejo ordenamiento liberal. Un decreto de urgencia, motivado por “el designio... de devolver al Poder civil las atribuciones de que el Estado había hecho dejación en manos de la Iglesia”, declaró que “los Tribunales ordinarios serán los únicos competentes para conocer, con efectos civiles, de las demandas sobre divorcio y nulidad de matrimonio, cualquiera que sea la forma de su celebración” (art. 1, decreto de 3 de noviembre, 1931; *Gaceta* del 4). Algo parecido sucedió con el sistema matrimonial del derecho codificado (cf. art. 42, Código civil), que quiso obviar una orden del ministerio de Justicia en tanto llegaba la ley de matrimonio civil, pues, tratándose de una República laica, como era al fin la española, había que evitar reconocer efectos jurídicos a una declaración sobre el credo religioso, “quedando el precepto del artículo 42 del Código civil reducido a sus verdaderos límites de simple advertencia que solamente puede atender la conciencia de los interesados” (orden de 10 de febrero, 1932; *Gaceta* del 16). Unos días atrás el mismo ministro Álvaro de Albornoz se vio en la necesidad de derogar la real orden de 15 de julio, 1921 sobre plazos para el reconocimiento de hijos naturales (cf. art. 131, Código civil), “mientras no quede implantado íntegramente el nuevo orden de Derecho que los principios de la Constitución vigente han de informar” (orden de 9 de enero, 1932; *Gaceta* del 12).

La coexistencia de la ley civil y la ley constitucional estuvo rodeada de las dificultades prácticas que cabe imaginar. Otra, y no menor, quiso resolverse mediante la orden de 4 de octubre, 1933 (*Gaceta* del 5 de noviembre), a raíz de una consulta del notario madrileño (y miembro de la Comisión Jurídica Asesora) José Luis Díez Pastor. Una señora viuda, vuelta a casar en 1926, otorgó ante ese fedatario la escritura de emancipación de un hijo, lo que se llevó debidamente al Registro civil. Posteriormente autorizó al emancipado a vender unas propiedades, mas el notario

³² No fueron pocas las tesis de doctorado que finalizaban el estudio institucional del caso, a modo de conclusiones, con propuesta de un texto articulado para insertar en el Código civil al momento de su revisión; por ejemplo, Salustiano Alonso y González, *El contrato de aparcería en sí y en las legislaciones vigentes*, Diario de Huelva, Huelva, 1909 (defendida el 3 de abril); también Valentín Gómez Ugalde, *Contribución a la reforma del Código civil vigente español. Título X. De el [sic] contrato del trabajo* (6 de mayo, 1909), aún inédita en el Servicio de tesis y publicaciones académicas de la Universidad Complutense de Madrid (sig. T 3003). Para la repercusión internacional de la incumplida previsión española, cf. Emilio Bianchi, *Studio analitico sul nuovo Codice civile spagnuolo (14 luglio 1889) in relazione al codice civile italiano*, Giuseppe Pellas Editore, Firenze, 1891, pp. 5 ss; Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques et de la codification du Droit civil*, LGDJ, Paris, 1904, pp. 199 ss; Édouard Lambert, “Conception générale, définition, méthode et histoire du droit comparé. Le droit comparé et l’enseignement du droit”, en *Congrès international de droit comparé... Procès-verbaux des séances et documents I*, LGDJ, Paris, 1905, pp. 26-60, p. 45.

que documentaba esta segunda operación consideró que la madre carecía de la capacidad necesaria para emancipar a su hijo por haber perdido la patria potestad al haber contraído nuevo matrimonio (art. 168, Código civil). Así las cosas el primer notario se dirigió al ministerio de Justicia “por la necesidad de establecer un criterio interpretativo que oriente la práctica notarial y la unifique en materia de tanto interés”, alegando el art. 43 CRE, precepto que había sido llevado al derecho positivo con la ley del divorcio (art. 21). Aunque Díez Pastor certificó la conformidad de la Junta directiva del Colegio Notarial de Madrid con su interpretación y proceder, el ministerio entendió “que, no obstante tratarse en rigor de un precepto [el art. 43 CRE] de derecho privado puro, prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que pueda darlas verdadera efectividad, mediante la ineludible reforma del derecho civil en este caso, para que cobre nueva vida lo que no pasa de ser una mera enunciación programática, obligatoria, sí, para el futuro legislador, pero ineficaz mientras no sea completada y hecha viable”; por otra parte, el art. 21 de la ley del divorcio privaba de aplicación al art. 168 del Código, lo que no había de extenderse a la bínuba sin entender que por ello fuese de peor condición que la mujer divorciada. De todas formas, comprobado que las previsiones del Código sobre la tutela del menor no se habían seguido –“es bien conocido el escasísimo arraigo en nuestras costumbres de la tutela del artículo 168, que pocas veces se constituye”– el ministerio finalmente declaró “que la escritura de emancipación de que se trata se halla extendida con arreglo a las disposiciones legales”, esto es, las reglas de derecho transitorio fijadas en el propio Código civil (disposiciones 1ª y 10ª)³³.

Se entiende el interés del ministerio, y no sólo por la notable personalidad del notario madrileño que elevó la duda. Casi un año antes la relación del Código civil con la Constitución y la ley del divorcio había sido objeto de un ruego parlamentario presentado por el diputado cordobés Antonio Jaén Morente (14 de noviembre, 1932)³⁴. Se refería el ruego (“para que [el ministro de Justicia] lo transforme en Decreto”) al art. 21 de esa ley, que permitía al cónyuge divorciado conservar, cuando le habían sido conferidas en la sentencia, la patria potestad y la administración de los bienes de los hijos habidos en un matrimonio anterior, contra el art. 168 del Código civil que privaba a la bínuba, como sabemos, de la potestad sobre los hijos; “hechos semejantes”, precisó el diputado, “pues uno y otro suponen ausencia de culpa a la terminación del vínculo”.

³³ Sobre la orden que provocó Díez Pastor, *vid.* Luis R. Lueso, “*La Constitución y el Código civil*”, *op. cit.*, pp. 207-208.

³⁴ Véase DSCCRE 14 de noviembre, 1931, p. 9477; también ACD, Sección general, legajo 492, expte. nº 1193. Cf. DSCCRE 30 de noviembre, 1932, p. 9828, con noticia (sin texto) de la contestación de Justicia.

El segundo matrimonio tenía consecuencias opuestas según se hubiera disuelto la primera unión por divorcio o por muerte del marido³⁵. Ahora bien, “es norma de la República el ir infiltrando en la legislación civil vigente aquel espíritu de igualdad entre los sexos que hoy es patrimonio de comprensión y de cultura en los países civilizados, y que está afirmado por nuestra Constitución”, y de ahí la sugerencia de aprobar la derogación por decreto del art. 168 del Código civil en consideración al 21 de la ley del divorcio. Con fecha del 30 de noviembre la Subsecretaría de Justicia comunicó al Congreso el traslado de este ruego a la Comisión Jurídica Asesora en solicitud de informe, y sin duda Díez Pastor, miembro de esa Comisión, recordó aquel ruego de Antonio Jaén cuando otro notario rechazó la emancipación que él había autorizado. Desconozco la respuesta de la Comisión Asesora y del ministerio. Que no debió de ser satisfactoria lo revela la presentación en las Cortes, pocas semanas después, de una proposición de ley (16 de diciembre, 1932) por parte del mismo Jaén suscrita por otros cinco (entre ellos, la diputada Campoamor) para declarar definitivamente derogado el art. 168 del Código (“en sentir de todos no existe el referido artículo, [pero] existe rigiendo y a él se acomodan los Tribunales, imposibilitando uniones legales”)³⁶. Todavía en 1934 seguía en cuestión este asunto cuando Mateo Azpeitia (Zaragoza) se dirigió al ministro de Justicia contra aquella orden de 4 de octubre, 1933, que había declarado, en su opinión, “con carácter general una doctrina, que destruye por completo el derecho civil vigente, y de un modo especial, lo dispuesto por el Código civil en orden a las relaciones paterno-filiales y a la situación jurídica de la mujer casada”. Pero una simple medida administrativa –una orden ministerial– no podía alterar sin más el derecho vigente (“la relación entre la Constitución del Estado y el Código Civil, es materia muy delicada para que pueda resolverse en esa forma... el estrago que ha causado la expresada orden, es de tal naturaleza que a su amparo han surgido múltiples contiendas judiciales”), por lo que Azpeitia anunció una interpelación para lograr que se declarase vigente, en tanto no llegara la reforma, lo previsto en el Código sobre la pérdida de la patria potestad de las viudas que contrajesen nuevas nupcias³⁷. Según comprobaremos enseguida, no fue el único ejemplo de disparidad de criterios entre los constituyentes y los jueces y otros operadores jurídicos.

³⁵ Lógicamente, en el debate de la ley del divorcio salió el asunto de la patria potestad que mantenía el divorciado (inocente). Entonces se recordó, para justificar el tenor de la nueva ley, que “el Código civil está hecho bajo un régimen legislativo de predominio absoluto del marido sobre la mujer en las relaciones matrimoniales”, mientras que ahora se tramitaba “un proyecto de ley, estando promulgada una Constitución en la cual se declara que el sexo no puede ser base de predominio jurídico de ninguna clase”, lo que explicaba la antinomia (DSCCRE 18 de febrero, 1932, pp. 3877-3878). Nadie insistió en la derogación tácita de la regla codificada.

³⁶ ACD, Sección general, legajo 481, expte. n° 5.

³⁷ ACD, Serie general, legajo 591, expte. n° 600. 19 de junio, 1934.

1. 3. Una cuestión batallona: Cataluña y su derecho

Lo había defendido, además, la doctrina³⁸. “En el período legislativo en que nos encontramos”, había razonado el ministerio a instancias de Díez Pastor, “la aplicación de las Leyes civiles ha de hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los principios constitucionales, siempre que, como en el presente caso, haya una base legal”. Antes nos salió al paso el profesor Demófilo de Buen, uno de los civilistas más sinceramente demócratas de aquel agitado período³⁹. Formado con Rudolf Stammler en la Alemania guillermina y en la Suiza del codificador Eugen Huber gracias a las pensiones de la Junta para la Ampliación de Estudios (1913-1914), se interesó por la legislación social –siguió enseñanzas de Edgar Löning en Halle– y allí escribió sobre la capacidad de la mujer casada y la aplicación judicial del derecho⁴⁰, dos líneas de trabajo –la segunda cuajó en su tesis *Problemas de los artículos 5 y 6 del Código civil*⁴¹– que expresaban sus inquietudes profesionales y cívicas: catedrático de Civil en Salamanca (1917) y Sevilla (1920), vocal de la Comisión Jurídica Asesora y consejero de Estado (1931), magistrado y presidente de la sala 5ª (de lo Social) en el Tribunal Supremo (1933), presidente del Consejo de Trabajo y representante español en el comité directivo del *Bureau International du Travail* (1936). Sensible a las nuevas “transformaciones del derecho privado” –fue título del curso que impartió en la Universidad Internacional de Verano (1934)⁴²– su *Introducción al estudio del derecho civil* aportó uno de los primeros testimonios sobre la suerte de la legislación civil en el marco republicano.

³⁸ “Per una part repugna continuar aplicant disposicions del Codi Civil que estan en oberta disparitat amb els preceptes que ha consignat la Constitució, però per altra part, es fa molt difícil, en alguns casos, fer aplicació dels preceptes constitucionals perquè no són més que l'enunciat d'un principi o el senyalament d'un criteri, però sense desenrotllament ni regulació determinada”, razonó, en la línea habitual, J. Vallès i Pujals, “Desacord entre la nova Constitució i el Codi Civil”, en Revista Jurídica de Catalunya [RJC] n° 39, 1932, pp. 130-136, sobre el referido art. 168.

³⁹ Elizabeth Martínez Chávez – Esteban Conde, “Demófilo de Buen Lozano”, en *Derecho ex cathedra, 1847-1936. Diccionario de catedráticos españoles*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2019, pp. 82-85. “Integrante de Unión Republicana, masón y muy peligroso”, fue condenado a treinta años de reclusión pero se exilió en Francia, Panamá y México, donde fue víctima de muerte prematura.

⁴⁰ Cf. Demófilo de Buen, “El problema de la capacidad civil de la mujer casada y el Código del Imperio Alemán”, en *Juris. Revista jurídica-administrativa* n° 1, 1914, pp. 8-19 (“Halle, 1914. Enero”), una lectura de la disciplina alemana comparada a la española: “su estudio [se refiere al BGB] puede muy bien servir de base para la reforma del nuestro que, en el punto que tratamos y algunos más, exige una pronta mejora”, p. 11. Sus actividades en Alemania se reflejan en los papeles del Archivo de la Junta para la Ampliación de Estudios [AJAE], Residencia de Estudiantes, Madrid, signatura 24-517.

⁴¹ Defendida en 1915 (23 de abril), cuando el estallido de la Guerra le impidió disfrutar la renovación de su beca, se publicó en Hijos de Reus, Madrid, 1917; salió antes en varias entregas, como “Las normas jurídicas y la función judicial. Alrededor de los artículos 5 y 6 del Código Civil”, en la RGLJ (1916-1917).

⁴² Antonio Polo publicó un resumen de estas lecciones en RDP n° 21, 1934, pp. 356-368.

Advirtamos primeramente el contraste entre las encendidas afirmaciones del civilista madrileño Felipe Sánchez-Román, diputado en las Constituyentes y firmante del prólogo (pp. VII-XV: “sugestivo estudio preliminar”, anunció un periódico), frente a la serenidad del autor ante la cuestión que más preocupaba al prologuista, esto es, la cuestionable unidad del derecho civil de España. La deriva temática estaba justificada por la atenta consideración de la codificación civil en la obra prologada (pp. 151-257), aunque propiamente obedecía a la cerrada posición de Sánchez-Román cuando se discutió el Estatuto de Cataluña; un punto, sin duda interesante, que había omitido De Buen.

¿De forma intencionada? El libro llegó a las librerías (“acaba de salir”) a finales de noviembre (cf. *El Debate* 27 de noviembre, 1932, p. 6), el prólogo lleva fecha de octubre y el Estatuto se promulgó el 15 de septiembre (*Gaceta* del 21). Aunque supongo que De Buen invirtió la pausa veraniega en terminar un texto que, sin llegar a ser un manual, seguramente había nacido de la práctica docente de aquel “curso de conjunto” que se añadió a los tradicionales dos años de Civil en el plan de 1928 (real decreto-ley de 19 de marzo, art. 5)⁴³, las discusiones sobre Cataluña ocuparon ese mismo verano, de modo que no faltó la ocasión para estudiar en la *Introducción* la base constitucional de los llamados *derechos forales*⁴⁴. Pero no lo hizo: “tal vez momentáneamente contribuyan las nuevas normas [constitucionales] a acentuar, en ciertas materias, la diversidad de derecho; en otras, en cambio, imponen la unidad; y hay que confiar que aun en muchas de aquéllas la unidad, conveniente a todos, se establezca por el camino del acuerdo”, es cuanto leemos al respecto en la *Introducción*, p. 234. No sé si los tiempos de preparación del volumen o, simplemente, “la prudencia exquisita” del autor, según dijo Felipe Clemente de Diego de su discípulo (*vid.* anuncio de *El Debate*, ya citado), le aconsejó pasar de puntillas sobre una innovación constitucional que alteraba profundamente la producción normativa en el seno del Estado; queda claro, en cualquier caso, que el fracaso de su enmienda al Estatuto (reproducida ahora en el prólogo, pp. XIII-XIV) le dolió a Sánchez-Román y que la aspiración a la unidad del derecho privado chocaba con la regionalización

⁴³ “Derecho civil (comprendido de un curso de conjunto de sus instituciones, necesario a los efectos de las incompatibilidades de los cursos siguientes que exigen un estudio previo y de una aplicación en un minimum de dos años)”, lo que, con cambio de denominación –“Derecho civil (parte general)”– respetó el nuevo plan de la República (decreto de 11 de septiembre, 1931, *Gaceta* del 12). El ejemplar de la *Introducción* que conservo entre mis libros contiene anotaciones contemporáneas a lápiz con la marca *L*, seguida de numeral; sin duda, eran las lecciones para cuyo estudio servían los epígrafes así marcados.

⁴⁴ Esteve Bosch Capdevila, *Les competències legislatives de la Generalitat de Catalunya en matèria de dret civil en la Segona República. Precedents, textos i discursos*, Parlament de Catalunya – Generalitat de Catalunya, Barcelona, 2006, cf. pp. 132 ss sobre la enmienda del civilista Sánchez-Román y el sucesivo debate sobre del asunto complejo de las bases de las obligaciones contractuales.

republicana de España y la variedad de sus ordenamientos civiles, que la Constitución potenciaba: “debemos llamar la atención”, manifestó un diputado, “sobre el hecho de que sea hoy España el único país continental de Europa donde todo el Derecho privado no está totalmente unificado”⁴⁵. Por estos años los movimientos de unificación internacional (pensemos en la experiencia de las leyes uniformes, en el proyecto italo-francés de Código de las obligaciones, en la creación del UNIDROIT, en fin, en los Convenios cambiarios de Ginebra) introducían una perspectiva que superaba las fronteras de la República⁴⁶.

Vinculado derechamente a su organización territorial, el problema de las competencias de las regiones –“la tremenda cuestión batallona de todo este Título 1”, se oyó decir en las Cortes– había sido abordada con insistencia y pasión en el debate constitucional⁴⁷. Frente a la propuesta del anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora⁴⁸, aceptada en este punto por la Comisión de las Cortes⁴⁹, donde se reservaba al Estado la competencia exclusiva e indelegable sobre el derecho mercantil, el penal y el procesal, así como sobre “el derecho civil, incluso el hipotecario, y salvo lo atribuido a los Derechos forales”, el texto definitivamente aprobado (art. 15 CRE) estableció que

Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias:

1ª. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hi-

⁴⁵ Me refiero al abogado (y auxiliar de derecho romano) de Madrid, futuro ministro y exiliado, Enrique Ramos y Ramos, en DSCCRE 25 de septiembre, p. 1236, con la sugerencia de proceder según la legislación uniforme ensayada en los países escandinavos. El interesante discurso acompañó la retirada de su enmienda al art. 15 (cf. DSCCRE 15 de septiembre, apéndice nº 4), según la cual las competencias regionales se limitarían al “derecho civil en las materias atribuidas a las legislaciones forales”.

⁴⁶ *Introducción, op. cit.*, pp. 256 ss de “Direcciones actuales del movimiento codificador”. Sobre este magno asunto, caballo de batalla del incipiente derecho comparado, cf. Édouard Lambert, “*Les tendances à l’unification du droit aux États-Unis, 1868-1922*”, en Bulletin de la Société de législation comparée nº 52, 1922-1923, pp. 135-165; del mismo, “*Le droit commun de la Société des Nations*”, en Mémoires de l’Académie Internationale de droit comparé nº 1, 1928, pp. 126-157.

⁴⁷ Para los diversos estratos textuales del precepto, *vid.* Luis Jiménez de Asúa, *Proceso histórico*, pp. 117 ss. También Arturo Mori, *Crónica de las Cortes Constituyentes de la Segunda República española*, VI: *El Estatuto de Cataluña (debate sobre la totalidad). El acto de un juez. La Ley de Delegaciones del Trabajo*, Aguilar, Madrid, 1932; para los artículos, *ibid.* IX.

⁴⁸ Órgano sucesor de la Comisión General de Codificación (decreto de 6 de mayo, 1931; *Gaceta* del 9), donde encontramos a Felipe Sánchez-Román como breve presidente (11 de agosto, 1931 – 7 de enero, 1932). También formó parte de la misma Demófilo de Buen.

⁴⁹ Cf. ACD, Serie general, legajo 539, expte. nº 1, “Nombramiento de la Comisión de Constitución. Constitución de dicha Comisión”.

potecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España.

La ejecución de las leyes sociales será inspeccionada por el Gobierno de la República, para garantizar su estricto cumplimiento y el de los tratados internacionales que afecten a la materia [.....]

Notable precepto sobre el que conviene realizar dos rápidas precisiones⁵⁰. La primera tiene que ver con la mayor extensión que alcanzaron las competencias regionales en asuntos de derecho civil, cogida al vuelo por el Estatuto catalán (“correspon a la Generalitat la legislació exclusiva en matèria civil, exceptuat allò que disposa l’article 15, número 1, de la Constitució, i l’administrativa que li sigui plenament atribuïda per aquest Estatut”)⁵¹, que podía aprovechar incluso a regiones sin pasado foral cuando asumieran tales competencias sus estatutos⁵²; mientras tanto,

⁵⁰ Según el texto de la Comisión correspondiente al 24 de septiembre, 1931 (el proyecto constitucional había comenzado a debatirse el 27 de agosto) el art. 15, 1ª atribuyó “al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas en la medida de su capacidad política, a juicio del Parlamento, la ejecución sobre las siguientes materias: 1ª. Legislación penal, obrera, mercantil y procesal. En cuanto a la legislación civil, las formas legales del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, y bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos, personal, real y formal para coordinar [sic] la aplicación y conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. El 10 de septiembre presentó enmienda, en sentido coincidente, un grupo de siete diputados encabezado por César Juarros, de Derecha Liberal Republicana (ACD, Serie general, legajo 539, expte. 1; cf. DSSCCRE 10 de septiembre, 1931, apéndice nº 7); el 22 del mismo mes insistieron en la ejecución regional de las leyes mercantiles, penales y procesales el radical-socialista Jaime Carner y otros diputados catalanes; en sentido contrario, pues reforzaba la competencia exclusiva estatal prevista en el art. 14, 9ª del proyecto constitucional, fue la enmienda de Enrique Ramos (Acción Republicana) como primer firmante, 15 de septiembre, 1931. Los federalistas no pusieron en cuestión el reparto de competencias. Para los debates y la aprobación del artículo en las Constituyentes, cf. DSSCCRE 25 de septiembre, 1931, pp. 1243 ss.

⁵¹ Cf. Ramon Coll i Rodés, “*La restauració del dret català*”, en RJC nº 29, 1932, pp. 20-41, con un plan de política codificadora (“no tendriem un Codi publicat d’una sola vegada, sinó que seria la resultància d’un aplec de lleis separades”, p. 41) que ha seguido a pie juntillas el actual legislador catalán. También, Manuel Feliú, “*Entorn de la futura legislació hipotecària de Catalunya*”, *ibid.* nº 39, 1933, pp. 206-214. Una breve mas acertada consideración del ejercicio de estas competencias en Alfons Aragoneses, “*Constitución y derecho civil en la Segunda República*”, *op. cit.*, pp. 280 ss.

⁵² Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución Española (9 diciembre 1931). Antecedentes, texto, comentarios*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, p. 101; Manuel Batlle Vázquez, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Privado*, Impta. Galo Sáez, Madrid, 1933, pp. 23-25, aunque limitado a “regiones con personalidad acusada”, como Valencia y ‘Baskonia’. Además del caso en estudio, ofrece amplia bibliografía sobre el empuje regional en esos años Manuel A. Bermejo Castrillo, “*La propuesta de Estatuto de Autonomía de 1936 y la identidad jurídica de Cantabria*”, en *Historia Constitucional* nº 19, 2018, pp. 287-318; *vid.* también María Pilar Mancebo Alonso, “*Anteproyecto del Estatuto valenciano en la Constitución de 1931 y reacción de los partidos valencianos ante el hecho estatutario*”, en *Saitibi* nº 50, 2000, pp. 319-340. En la breve *Revista Política y Parlamentaria de España y el extranjero* (1932) no faltó una “revista de cuestiones” de diferentes regiones para dar cuenta de las aspiraciones autonómicas.

Sánchez-Román observaba que “por méritos de la nueva situación de derecho no solamente se ha reducido el ámbito de aplicación del Derecho común en Cataluña, sino que se abre la entrada a una nueva legislación foral sobre todo el campo que acota la rúbrica del Derecho civil, sin otras excepciones que las cuatro antes señaladas, alguna de ellas (como la última) más formales que efectivas” (p. XIII)⁵³. Sin duda recordaremos que una disputa jurídica sobre la definición de una de esas “cuatro excepciones” –las escurridizas “bases de las obligaciones contractuales”– ocasionó la peor crisis política que sacudió Cataluña durante la República⁵⁴.

La segunda precisión se relaciona con la combinación *legislación estatal – ejecución regional* incorporada a la Constitución gracias a un voto particular de Antonio Xirau y Gabriel Alomar, seguidos por Alcalá Zamora; una “distinción que me parece muy interesante”, expresó el orador de la Federación Republicana Gallega, pues “una cosa es legislar y otra ejecutar, y atendiendo a los dos conceptos, [la Constitución] clasifica las facultades en tres grupos: primero, facultades cuya legislación y ejecución corresponde al Poder central de la República; segundo, facultades cuya legislación corresponde al Poder central de la República y cuya ejecución puede ser tomada a su cargo por los órganos del Poder regional, y tercero, facultades cuya legislación y puesta en obra pueden correr a cargo de los Gobiernos regionales”⁵⁵. Pocos días más tarde el

⁵³ Y los autores del Estatuto vasco (1 de octubre, 1936, *Gaceta* del 7) parecían haber leído el “Prólogo” de la *Introducción...* cuando atribuyeron (art. 2) “a la competencia del País Vasco, de acuerdo con los Artículos 16 y 17 de la Constitución de la República, la legislación exclusiva y la ejecución directa [de la] legislación civil en general, incluso en las materias reguladas actualmente por el Derecho foral, escrito o consuetudinario, y el registro civil. Todo ello con las limitaciones establecidas en el número 1.º del Artículo 15 de la Constitución”. Por su parte, el Estatuto de Galicia, plebiscitado en 1936 y tomado en consideración por las Cortes en 1938, declaró “corresponder a la Región... la legislación civil gallega, que podrá comprender todas las materias no reservadas al Estado en el art. 15 de la Constitución”.

⁵⁴ Me refiero a la famosa ley de 11 de abril, 1934 (*Butlletí* del 12), de regulación de los contratos de cultivo, anulada por sentencia del Tribunal de Garantías Constitucionales de 8 de junio del mismo año. Para la crisis, además de los testimonios contemporáneos (cf. *El Govern de la Generalitat davant el Tribunal de Garanties Constitucionals*, La Publicitat, Barcelona, 1935), cf. Enric Fossas Espalader, *Companys, ¿golpista o salvador de la República? El juicio por los hechos del 6 de octubre de 1934 en Cataluña*, Marcial Pons, Madrid, 2019; del mismo, “*La respuesta de la República ante la rebelión del 6 de octubre de 1934 en Cataluña*”, en *Revista española de derecho constitucional* n° 40, 2020, pp. 169-197.

⁵⁵ Discurso de Ramón M^a Tenreiro en DSCCRE 10 de septiembre, 1931, pp. 843-847. El voto de Antoni Xirau i Palau y Gabriel Alomar, de la Comisión de Constitución por el Grupo Catalán, en ACD, Serie general, legajo 539, expte n° 1, con “la afirmación del derecho de autodeterminación que compete a las regiones dotadas de personalidad propia”. Añado simplemente que Antonio Xirau (diputado por Barcelona en 1931) era hermano del notable procesalista, también diputado, Josep Ramon, decano de la facultad de Derecho de Barcelona –intervino en los debates para explicar la situación de respetuoso bilingüismo que vivía su facultad– y del filósofo Joaquim, que lo era de Letras en la misma universidad. Todos murieron en el exilio.

recordado Sánchez-Román lamentó en las Cortes que “en el dictamen de la Comisión la ejecución y cumplimiento de las leyes generales de la República –esto es, de aquellas que por ningún concepto puede atribuir el Estado a las regiones– se encomiendan, sin embargo, al cumplimiento de las autoridades regionales”⁵⁶. Pero apenas podrán ocuparnos en las páginas actuales la actividad del Parlamento catalán (especialmente la citada ley de contratos de cultivo y otra sobre la capacidad de la mujer y de los cónyuges, de 19 de junio, 1934, *Butlletí* del 20) o las disposiciones reglamentarias dictadas en ejecución de leyes estatales⁵⁷.

Azuzado por la prensa centralista, el sentir popular –le dio potente voz Miguel de Unamuno en las Constituyentes⁵⁸– no aceptaba fácilmente las aspiraciones de Cataluña, aunque los más comprometidos reconocían que la labor de las Cortes “no está en ir a favor de esa corriente de la opinión pública, suscitando el fácil aplauso, sino en ponerse frente a frente de ella”⁵⁹. Por ejemplo frente a los poderosos notarios de Madrid, defensores de “la unidad legislativa [como] forma de mayor perfección a la cual debe tenderse, y de inexcusable imposición del Poder soberano en las materias de Derecho mercantil, de contratación civil y régimen inmobiliario, aparte de legislaciones penal, social y procesal”⁶⁰; pronto llegaron las disposiciones catalanas para proveer las notarías de esa región, incluido examen previo y eliminatorio de la lengua y el derecho catalanes⁶¹. No sólo Sánchez-Román manifestó, como vemos, su fastidio por la reducción constitucional del derecho civil común al compás de los futuros estatutos de autonomía⁶², ni solamente De Buen ofreció respuestas sobre la influencia de la Constitución en las instituciones jurídico-privadas; tal vez fuese el notario José González Palomino quien mejor razonó sobre los supuestos y tipos de normas constitucionales que gozaban o no de

⁵⁶ DSCCRE 25 de septiembre, 1931, p. 1175.

⁵⁷ Cf. F. Maspons y Anglasesell, “*La nueva ley catalana de mayoría y habilitación de edad*”, en RDP n° 21, 1934, pp. 112-119, sobre esta otra ley, de 8 de enero, 1934, *Butlletí* del 11. Para las medidas de ejecución, también causa de disputas (cf. decreto de 13 de abril, 1934, en modificación de la ley de Jurados mixtos y normas de trasposos de los servicios de ejecución de las leyes sociales), Josep Quero i Molares, “*L’execució de les lleis socials a Catalunya*”, en RJC n° 42, 1935, pp. 141-153.

⁵⁸ Cf. DSCCRE 25 de septiembre, pp. 1166-1170.

⁵⁹ Luis Jiménez de Asúa, *ibid.* p. 1172.

⁶⁰ Cf. El Heraldo de Madrid, 14 de mayo, 1932, p. 9, donde consta la adhesión “a las conclusiones del Colegio de Madrid [de] los de Albacete, Baleares, Burgos, Cáceres, Coruña, Granada, Las Palmas, Oviedo, Valencia, Valladolid y Zaragoza”.

⁶¹ Cf. Redacción, “*Reglamento para la designación de Notarios de Cataluña*”, en RCDI n° 9, 1933, pp. 611-618, pp. 694-704, con la orden de convocatoria de 7 de agosto, 1933.

⁶² El citado Enrique Ramos –ilustre abogado y auxiliar en la facultad de Madrid, luego ministro– anudó en las Cortes al recuerdo de la legislación uniforme escandinava el proceso de la codificación unitaria seguido en la Confederación Helvética (cf. DSCCRE 25 de septiembre, p. 1237). Sabía de lo que hablaba, pues Ramos había estudiado en Alemania y Suiza con pensiones de la Junta (cf. AJAE sig. 120-46); tradujo además los *Estudios sobre la publicidad en el Derecho privado* del codificador Eugen Huber (1919).

una efectividad inmediata⁶³. Por eso, si volvemos un instante sobre las afirmaciones de Cossío y consultamos otra vez los expedientes de oposiciones a cátedras tendremos más elementos para valorar la acogida de la Constitución entre los privatistas –todos hombres, en un largo todavía– que poblaban los ambientes universitarios⁶⁴.

1.4. La Constitución y las cátedras

“Ninguna cuestión de Derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia como esta del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídicas civiles”⁶⁵. Y sin embargo, no abundaron los opositores interesados por la experiencia constitucional. Uno de ellos fue César Delgado González, huérfano siempre de votos en las cuatro oposiciones de Civil a las que concurrió (Murcia, 1934; La Laguna, Murcia y Santiago, 1935; Santiago y La Laguna, 1936; Salamanca y Oviedo, 1940)⁶⁶. Presentaba como mérito su obra (inédita) *L’odierna Costituzione spagnola ed il diritto civile*, la “tesi di laurea” que había presentado en la Universidad de Bolonia, bajo la dirección de Antonio Cicu, como colegial de San Clemente de los Españoles (1929-1932), pero resultaba un escrito tan elemental –no se pronunciaba siquiera sobre la suerte del Código civil tras la entrada en vigor de la Constitución– que nuestro amigo Sánchez-Román, presidente del tribunal en una de esas oposiciones (Murcia, 1934), constató que Delgado se había limitado a exponer el contenido de “su tesis doctoral en aquella Universidad sobre la Constitución de la República y el Código civil, sin apuntar ningún dato de especial estimación”⁶⁷. La memoria

⁶³ “Valor civil actual de las normas constitucionales”, en RDP n° 20, 1933, pp. 393-405, un modélico trabajo de análisis y construcción. En cambio, apenas aparece mencionada la legalidad republicana en las *Cuestiones prácticas de Derecho Civil español (común y foral) resueltas por la redacción de la Revista de los Tribunales...* Góngora, Madrid, 1935, pero eran casos en su mayoría anteriores a 1931.

⁶⁴ Javier C. Díaz Rico, *El acceso a la cátedra. Inventario de oposiciones a cátedras jurídicas, 1859-1983*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2021, pp. 559-560 (Internacional Privado, Universidad Central, 1934), pp. 574-576 (Civil de La Laguna, Murcia y Santiago, 1935), pp. 582-584 (Civil, Murcia, 1934), pp. 585-586 (Civil, Salamanca, 1935), pp. 587-588 (Internacional Público y Privado, La Laguna y Sevilla, 1935), pp. 605-608 (Civil, La Laguna y Santiago, 1936). Las (dos) oposiciones a cátedra de Mercantil celebradas en el momento republicano –las ganaron dos grandes: Antonio Polo y el malogrado Joaquín Rodríguez– las estudié en “El derecho mercantil de la II República. Leyes, textos, figuras”, en Víctor Saucedo (ed.), *Memoria del derecho y disciplinas jurídicas. Estudios*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2022, pp. 321-375, en particular pp. 338 ss.

⁶⁵ Federico de Castro, “El Derecho civil y la Constitución”, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁶ Pero hizo carrera en el notariado: Villavicencio de los Caballeros (orden de 29 de septiembre, 1944, BOE del 14 de octubre), Benavente (orden de 30 de octubre, 1956, BOE de 3 de noviembre)... Se jubiló en 1981 como notario de Gijón (resolución de 13 de julio, 1981, BOE de 2 de septiembre).

⁶⁷ Cf. AGA, Educación, cajas 32/13480-13481, papeles de la cátedra de Civil de Murcia (1934), donde leo la tesis italiana de Delgado (140 pp. mecanografiadas) custodiada en la segunda caja citada. Por ejemplo, en materia de adquisición de la nacionalidad por la extranjera que casa con español el opositor se limitaba a recoger (p. 34) el tenor del

(ya se sabe: un escrito original “sobre fuentes de conocimiento y método de enseñanza de la asignatura ó asignaturas objeto de la oposicion”, que introdujo el Sexenio, cf. decreto de 15 de enero, 1870, *Gaceta* del 12 de febrero; un “estudio presentado por el opositor acerca del concepto, método, fuentes y programas de la disciplina”, en la versión del decreto de 25 de junio, 1931), tampoco se entretuvo en situar el Código en el marco constitucional⁶⁸.

El fracasado opositor –otro tribunal consideró la recordada “tesis doctoral... estimable como información ó reseña, bastante completa, de las modificaciones que la moderna Constitución española ha querido introducir en el campo del Derecho civil. Pero el carácter en cierto modo circunstancial de esta labor, y sobre todo la escasísima atención que en ella presta el Sr. Delgado al problema general y fundamental del valor y eficacia que los preceptos constitucionales pueden tener, en tanto no sean desenvueltos y traducidos en leyes ordinarias, le restan importancia é interés”⁶⁹– coincidió en 1935 con Manuel Batlle Vázquez, vencedor de la cátedra de Civil en la Universidad de La Laguna. Como Delgado y según conocemos, era Batlle autor de una monografía, distinguida con el premio Alcalá Zamora de la Academia Nacional de Jurisprudencia y Legislación, “sobre el tema *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado...* en la que se desarrollen las ideas expuestas acerca del particular en el discurso presidencia leído en el acto de la apertura del curso de 1931 a 32” (*Gaceta* de 5 de enero, 1932). Más sólida que la tesis italiana de César Delgado, no extraña sin embargo comprobar, con las actas de la oposición en la mano, que uno de los vocales estimara “especialmente equivocada... la tesis dominante de su estudio sobre repercusiones de la Constitución en el derecho privado; sobre todo en la parte acotada como de eficacia derogatoria inmediata; siendo de advertir que para el opositor la Constitución y las leyes anteriores juegan por principio de derogación común y no –lo que fuera más acertado– por

art. 23 CRE sin otras valoraciones; tampoco las lanzaba en pp. 45 ss de “Il sesso” como causa modificativa de la capacidad, ni sobre el estado religioso, pp. 51 ss. En relación con el trabajo (art. 46 CRE), pp. 57 ss, lo mejor era la cita del Código de obligaciones y contratos para el Protectorado español en Marruecos, que regulaba la prestación de servicios.

⁶⁸ *Estudio sobre el concepto, método, fuentes y programa del Derecho civil*, 213 holandesas dactilografiadas, cf. pp. 70-72 sobre “La regulación de los principios de derecho privado en las Constituciones políticas”, deudoras de la tesis italiana. Se conserva en AGA, Educación, caja 32/12480, pero tomo mis notas sobre la copia que se encuentra en *ibid.* caja 32/15365, expediente de las cátedras de Civil de Salamanca y Oviedo (1940).

⁶⁹ AGA, Educación, cajas 32/13524-13525-13526, cátedras de Civil de La Laguna, Murcia y Santiago (1935); el tribunal lo presidió el romanista Manuel Miguel Traviesas, con Sánchez-Román entre los vocales. Un año después, en las oposiciones de Santiago y La Laguna que sacó Alfonso de Cossío, el tribunal apreció en esta tesis “la falta de un criterio fijo en materia de repercusión constitucional y a veces se contradice, por admitir puntos de vista diferentes”, *ibid.* caja 32/13537.

motivos de inconstitucionalidad”. Se trataba, otra vez, de Felipe Sánchez-Román⁷⁰.

La obra de Batlle desarrollaba las pocas líneas que había dedicado De Buen a nuestro asunto para distinguir tres tipos de repercusión (cf. pp. 15-19). Primeramente la *inmediata*, como sería la derivada del art. 25 CRE (ya se sabe: el sexo no puede ser fundamento de privilegio), que había derogado, por ejemplo, la incapacidad de la mujer para ser testigo en el testamento ordinario prevista en el art. 68 del Código; en el mismo caso estaría el matrimonio del religioso profeso, impedido por el art. 83 del Código mas incluso en el 27 CRE, desde el momento en que “la condición religiosa no constituirá circunstancia modificativa de la personalidad civil ni política”. *Mediato* parecía el efecto de la Carta al dejar para reformas futuras la realización de sus previsiones; sucedía con la investigación de la paternidad (art. 43 CRE). Y finalmente, la Constitución afectaba al derecho civil de una forma más *lejana* cuando los impulsos sociales de su texto creasen aquella igualdad sustancial que obligare a modificar –nuevos ejemplos– la regulación de la tutela o de la ausencia, instituciones diseñadas en el Código para ciudadanos ricos. Sobre estos fundamentos seguía la lista casi interminable de normas codificadas –expuestas según el habitual plan dicho de Savigny– que habían perdido vigencia o, más generalmente, debían ser objeto de reforma.

“Reconocemos y aplaudimos el principio sentado en el proyecto de Constitución”, expresó en los debates Rafael Guerra del Río. “La familia, bajo la salvaguardia del Estado; la igualdad de derecho entre ambos sexos, pero lo demás, después de estimar que debe ir a la Constitución el principio del divorcio, creemos que ahí debe parar la obra constitucional. Las características jurídicas del divorcio, los derechos de los cónyuges, todo eso, a una ley especial, a una ley, que mañana puede ser incorporada al Código civil”⁷¹. A pesar de esos antecedentes la rutina de la disciplina pesó más que la Constitución en la memoria metodológica y en el programa de Manuel Batlle, dos escritos por completo convencionales⁷². El opositor coincidía así con los otros vencedores de las cátedras en concurso, el granadino Juan Ossorio Morales (1901-1964), destinado

⁷⁰ Cátedras de La Laguna, Murcia y Santiago (1935), en AGA, Educación, caja 32/13525, acta de la sesión del 24 de enero. Contra el trabajo de Batlle se manifestó el opositor Juan Ossorio (logró en primera votación la plaza de Murcia), pues lo estimaba “equivocado en su orientación general, por representar una tendencia extrema o maximalista”, según recoge en el informe el vocal José Castán; éste, a su vez, había criticado en una reseña la proclividad de Batlle a aceptar la vigencia directa de la Constitución: cf. RDP nº 20, 1933, pp. 189-191.

⁷¹ Cf. DSCCRE 28 de agosto, 1931, p. 680.

⁷² Cf. AGA, Educación, caja 32/13526, con la memoria y el programa (152 lecciones). Sin duda interesante –se basa en el dogma de la relación jurídica y da entrada a los derechos de la personalidad (lec. 51 y 52)– apenas deslizaba alguna referencia a la CRE (por ejemplo, nada hay de específico en materia de propiedad; no falta, desde luego, un epígrafe sobre el divorcio, lección 124).

a la plaza de Murcia, y Francisco Bonet Ramón (1907-2001), que se fue a Santiago⁷³.

“No tenemos una visión socialista del Derecho”, confesó el segundo, “pero somos partidarios de su socialización, en el sentido de propugnar la introducción paulatina en el Derecho civil de las medidas que conduzcan a mejorar la situación del obrero, colocándole en las condiciones posibles de igualdad para la lucha social, caminando de esta manera hacia un Código privado social”⁷⁴. El motivo de la “socialización” del derecho –serpen-teaba en la doctrina local desde la traducción de Enrico Cimbali, *La nuova fase del Diritto civile* (1885), cuando menos⁷⁵– funcionaba como un referente neutro, si se quiere como un concepto previo y ajeno a la intención democrático-social de la Carta republicana⁷⁶, por lo que no asombra comprobar que Bonet dedicase en su memoria una mayor atención al fascismo italiano que a la Constitución española. Desinterés que no compensó el “Programa de Derecho civil español común y foral” que presentó este opositor, otra oferta didáctica que no salía del canon habitual: ausencia de la Constitución entre las fuentes, tratamiento rutinario del sexo como causa modificativa de la capacidad, continuidad de la autorización marital, desigual condición de la prole habida fuera del matrimonio... todo ello sin interrogarse, a juzgar por los epígrafes de sus lecciones, sobre el alcance práctico de los arts. 27 y 43 CRE. Solamente en sede de propiedad (lección 56 del programa de Bonet) un apartado insinuaba las consabidas “Repercusiones de la Constitución y leyes de la República”. El interés se explica, pues Bonet había actualizado los *Comentarios al Código civil...* de Manresa en lo relativo al derecho de cosas, indicándonos que, con mayor o menor entusiasmo, los civilistas españoles no siempre podían soslayar el análisis de una Carta política con evidente vocación normativa⁷⁷. Por

⁷³ AGA, Educación, caja AGA 32/13525. La memoria de Ossorio Morales está también en la cátedra de Murcia (1934), *ibid.* 32/13480.

⁷⁴ Francisco Bonet Ramón, *Concepto, método y fuentes del Derecho civil español común y foral*, p. 57, de un total de 188 cuartillas mecanografiadas.

⁷⁵ Enrique Cimbali, *La nueva fase del Derecho civil en las relaciones económicas y sociales*, trad. de la 2ª ed. italiana (1889) por Francisco Esteban García. Con un prólogo de Felipe Sánchez Román, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, 1893 (se trata del padre, también catedrático de Civil en Madrid, del diputado republicano). Al calor de esa célebre aportación salieron Calixto Valverde y Valverde, *Las modernas direcciones del Derecho civil. (Estudios de filosofía jurídica)*, Tipografía de J. Manuel de la Cueva, Valladolid, 1899; también Federico Castejón y Martínez de Arizala, “*Estudio de las nuevas direcciones del Derecho civil en Italia*”, en *Anales de la Junta para ampliación de estudios e investigaciones científicas* n° 6, 1911, pp. 91-344, fruto del concurso convocado por esta institución para el “Estudio, en Italia, de las nuevas direcciones del Derecho civil” (1909).

⁷⁶ Para una presentación de estas doctrinas, expuestas como “Orientaciones modernas del derecho de propiedad” según el cuestionario a que la obra respondía (oposiciones a notarias determinadas), *vid.* José Castán Tobeñas, *Derecho civil español común y foral, op. cit.*, pp. 422 ss.

⁷⁷ José M^a Manresa y Navarro (ed.), *Comentarios al Código civil español...* III, sexta edición, corregida y aumentada, Reus, Madrid, 1934. Cf. pp. 163 ss sobre “La propiedad

supuesto, el opositor se había manifestado en el *Manresa* contrario a la “repercusión inmediata” de la Constitución –se citaba y refutaba el libro de Batlle Vázquez– “en aras del principio de seguridad del derecho”, considerando vigentes los artículos del Código “en todo aquello que no se oponga a lo dispuesto en leyes especiales anteriores a la aprobación del texto constitucional, o dictadas con posterioridad para recoger o desenvolver sus dogmas” (p. 167). Expresado con otras palabras, para Bonet el Código sólo podía alterarse por leyes ordinarias, claro está que acordes a los principios constitucionales... “aunque no fuese tarea sencilla el determinarlos”. Contradictorios principios, además, pues

“si nuestro Código fundamental se hubiese limitado a propugnar las soluciones de las doctrinas *socializadoras* para la reorganización de la propiedad, solo aplausos merecería. Pero es que al lado de estas soluciones persisten y han alcanzado preponderancia, los principios de la ideología socialista... Hoy por hoy la propiedad privada es un hecho, una realidad, y en cambio el socialismo es sólo una teoría, a lo sumo una aspiración, y los Códigos se promulgan sobre bases reales y para ordenar la realidad, de tal manera que cuando se salen de ella corren el riesgo de no poderse cumplir, quedando ineficaces”⁷⁸.

En su habitual estilo descomprometido el juicio de José Castán, uno de los vocales del tribunal, aplaudió tal parecer⁷⁹.

“Todas estas nuevas orientaciones que nos vienen, podríamos decir, de fuera, no han tenido aún una debida concreción en los Códigos civiles. La postguerra –dice Castán– no ha tenido aún tiempo ni sosiego necesario para producir su Código tipo... Verdad es que los modernos Códigos, como el alemán y el suizo, han tratado de dar cierta elasticidad a sus preceptos mediante portillos abiertos a la realidad, que permitiesen una más fácil adaptación de las normas a la vida”. Al menos, el programa de Cossío, autor de las líneas anteriores⁸⁰, avanzó contenidos que faltaron en

en la novísima legislación de la República española”, un añadido anónimo –según costumbre de la casa– cuya autoría afloró al presentar Bonet Ramón sus méritos ante el tribunal. Mérito relativo, pues el anotador siguió de cerca el trabajo del registrador Fernando Campuzano y Horma, “*El derecho de propiedad en la nueva Constitución española*”, en RDP n° 18, 1931, pp. 353-362.

⁷⁸ Cf. *Comentarios... op. cit.*, p. 167.

⁷⁹ “Ha revisado [Bonet] los tomos 3°, 4°, 5° y 6° de los Comentarios al Código civil de *Manresa*, respetando por lo general el texto antiguo, pero poniendo al día la doctrina y la jurisprudencia. En el tomo 3°, que acaba de aparecer, expone las repercusiones de la Constitución, considerándolas subordinadas a un principio de seguridad, que le parece básico. A propósito de las limitaciones del dominio, se refiere en dicho volumen a la teoría del abuso del derecho, haciendo notar que hoy está admitida en el art. 555 del Código penal reformado”. Cf. acta de la sesión de 29 de enero, 1935.

⁸⁰ Alfonso de Cossío, *Concepto, métodos, plan y fuentes... op. cit.*, pp. 98-99. Aludía al Castán de *Hacia un nuevo Derecho civil*, 1933.

otros casos, como en la lección (la 2ª) de “Fuentes”, que prometía abordar “La jerarquía de las fuentes formales del derecho positivo. Significado de la Constitución”, o en la 40, sobre “El derecho de propiedad”, con epígrafe sobre “El concepto de la propiedad en el Código civil español y en los extranjeros. Las nuevas Constituciones”; aunque la española se camuflaba a veces como un inespecífico “nuevo derecho”—por ejemplo, lección 97, “El matrimonio como acto: sus clases. Posición del Código civil y del nuevo derecho”, o la 100, “La autoridad marital en el derecho nuevo. Derechos y obligaciones entre marido y mujer”—salía claramente a la luz en la lección 111, de “Derechos de los demás hijos ilegítimos. Referencia a la Constitución española”. De todos modos, el programa de Alfonso de Cossío no era comparable al presentado por el raro opositor que se tomó más en serio el estudio de la Constitución en los cursos de derecho civil⁸¹.

No sé si por tal razón, o por algún elemento pintoresco que constaba entre sus méritos⁸², Miguel Royo Martínez (1907-1961) tardó aún casi diez años en acceder a la cátedra (1945). Otro discípulo español de Cicu, colegial de San Clemente (1928-1930) y doctorado en Bolonia con la tesis *Aportazioni allo studio dell'ipoteca mobiliare* (1930) que tradujo y publicó en Sevilla poco después (1933)⁸³. Una sincera intención constitucional dominaba su *Memoria sobre el concepto del Derecho civil, sus fuentes y método de enseñanza*⁸⁴, por ejemplo en el apartado de relaciones del derecho civil con otras especialidades, donde Royo se ocupó especialmente del *derecho del trabajo*, expresión dominante en Alemania e Italia y preferible, en su opinión, a la más habitual de *derecho social* que corría por España (pp. 38

⁸¹ El programa del otro civilista que salió en 1936, Manuel Antonio Romero Vieitez (primer propuesto, Santiago de Compostela), atendía a la CRE por las implicaciones de la organización territorial (lección 10: “La Constitución de la República Española y los derechos civiles forales. Derechos civiles regionales. Leyes civiles regionales”) y en el sistema de fuentes (lección 12, con epígrafe sobre “Constitución. Su valor como fuente del derecho civil”; la 14 cerraba sus pocos epígrafes con la consideración de “la ley regional catalana”); lógicamente, la presencia de las normas superiores en el programa aumentaba al tratar de la familia (lección 107: “Principios constitucionales referentes al derecho de familia. Su valor. Constitucionalidad de las leyes anteriores a la constitución. Derecho de familia general, común y regional”; lección. 108: “Autoridad marital. Capacidad de la mujer casada. Ley del parlamento catalán de 19 de Junio de 1934”).

⁸² Miguel Royo Martínez, “Notas sobre la consideración jurídica del gusano de seda”, en RCDI n° 7, 1931, pp. 481-492. Las observaciones irónicas del tribunal sobre este artículo podían haberse dirigido al ejemplo, sin duda más clásico, de Narciso J. de Liñán y Heredia, “La Abeja en el Derecho”, *ibid.* n° 2, 1926, pp. 318-326, pp. 408-425, pp. 508-518.

⁸³ Aprobó la oposición al tercer intento, cuando obtuvo plaza en Zaragoza: cf. Javier C. Díaz Rico, *El acceso a la cátedra, op. cit.*, pp. 689-691. Natural de Madrid, Royo estudió Derecho en Sevilla, donde su padre, más tarde también su hermano, ocupó una cátedra de Medicina; en Derecho ejerció como ayudante y auxiliar para volver de inmediato a la 2ª cátedra de Sevilla por permuta con José María Valiente; *vid.* Royo Martínez, Miguel, *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*, en línea (Carlos Petit).

⁸⁴ AGA, Educación, caja 32/13536. Tomo encuadernado de 135 + 105 holandesas (la segunda numeración correspondiente al programa de 160 lecciones); en p. 45 recordaba Royo las enseñanzas de Cicu durante el curso 1929-1930.

ss); aunque “no podemos atribuir trascendencia alguna a la declaración inicial de nuestra vigente Constitución de que *España es una República democrática de trabajadores de todas clases*” (art. 1 CRE), el opositor se detenía en el art. 46 CRE para concluir a favor de la sustantividad de la joven disciplina laboral, que era especial por la materia, dotada de valores propios (*pro laboratore*), mixtura de elementos públicos y privados y abierta a la unificación internacional⁸⁵. De forma similar, al presentar sus lecciones argüía la necesidad “de traducir, de la única forma posible en un programa, toda la importancia actual de los graves problemas que en torno al Derecho puro de familia se plantean” (pp. 130 ss); ámbito institucional poco y mal tratado por la doctrina precedente y así dejado a principios inmutables de cuño religioso (indisolubilidad, autoridad marital, filiación matrimonial), si bien “con el cambio de regimen en 1931 se opera una radical transformación de la orientación legislativa española en todas las materias” (p. 132). Lo que abría un horizonte de perplejidades, pues “nuestra Constitución de 1931 sigue la orientación de otras constituciones de la post-guerra y a las declaraciones de tipo político añade otras que se refieren a los principios cardinales del Derecho privado”, de donde se deduce que Royo, sin enfrentarse francamente a “la repercusión de la Constitución en el derecho privado”, apostaba por la reforma urgente del Código, sobre todo cuando, “para mayor confusión, en lugar de proceder el legislador español a redactar una nueva ordenación del Derecho de familia y ponerla en vigor, previa derogación expresa de los artículos del Código civil, sigue una conducta opuesta... Rara vez hace una declaración derogatoria, desconociendo los peligros de imprecisión que encierra la tendencia a la derogación tácita” (p. 134).

Las cuestiones insinuadas encontraban acomodo en el programa presentado por este opositor, infrecuente crónica de la sustancia constitucional que debía presentar un curso universitario de Civil⁸⁶. Del derecho foral a las disposiciones de las regiones autónomas, la lección X sobre “La codificación española” estudiaba “La Constitución de 1931 y la autonomía regional en orden a la legislación civil: crítica.– El Estatuto de Cataluña”⁸⁷. Entre las fuentes del derecho civil no se omitía “El problema del rango de la Ley.– La Constitución.– La Ley inconstitucional” (lección

⁸⁵ Cf. Miguel Royo Martínez, “Una innovación necesaria en la carrera de Derecho”, en RGLJ nº 81, 1932, pp. 754-757. Por el contrario, el incipiente derecho agrario no se admitía como un derecho especial y autónomo (*Memoria, op. cit.*, p. 49).

⁸⁶ Un curso moderno e informado. Aparece en la lección XIX un epígrafe sobre “Los ‘standards jurídicos’ ó ‘conceptos válvulas’ y el arbitrio judicial”. Era aún reciente la obra de Al-Sanhoury, que conocemos.

⁸⁷ “La Constitución de la República y el derecho civil regional” había sido la lección 13 del programa de José Alguer y Micó, vencedor de la cátedra de Murcia (1934); cf. AGA, Educación, caja 32/13481. Su memoria presentaba un contenido teórico –centrada en el pensamiento de Hans Kelsen– sin descender al análisis del derecho español, pero no dejó de considerar el art. 15 CRE en relación con el art. 11 del Estatuto catalán, a cuyo propósito Alguer volvió al escéptico prólogo de Sánchez-Román.

XII), ni la delicada cuestión de la “Derogación expresa y tácita.– ¿Los preceptos constitucionales tienen valor derogatorio del Código civil?” (lección XIII), aunque las normas constitucionales asaltaban al tribunal desde todas estas lecciones: la igualdad hombre-mujer, el matrimonio y la capacidad de la mujer casada (lección XXIII), su nacionalidad (lección XXIV), la personalidad jurídica, en particular de la Iglesia y la posición de órdenes y congregaciones en el Código civil y la Constitución (lección XXVII), el patrimonio público (lección XXIX), la propiedad y la reforma agraria (lección XLVII), los arrendamientos de servicios, especialmente el contrato de trabajo (lecciones XCIII-XCIV)... Por nada decir sobre el tratado de la familia (lecciones CIII ss, pp. 59 ss del programa), ese punto tan sensible –lo señalaba el opositor en la *Memoria*– donde Royo estudiaba, no sólo la suerte de las instituciones familiares tras la vigencia de la Constitución (matrimonio civil, lección CVII; posición de los cónyuges, en particular de la mujer casada, lecciones CVII-CXIII; el divorcio, lección CXVI; la filiación y la investigación de la paternidad, lecciones CXXII-CXXVII; el derecho de alimentos, lección CXXX), sino también “El influjo decisivo del Derecho de la Iglesia Católica en nuestro Derecho de familia.– Modernas orientaciones no católicas del Derecho de familia”, incluso –asunto del momento⁸⁸– “El comunismo sexual y el amor libre” (lección CV). En estas lecciones la relación del Código con la Constitución salía de continuo, interrogándose el opositor, por ejemplo, si “las innovaciones contenidas en la Constitución de 1931, ¿tienen por sí valor derogatorio del Código civil?”, si “el artículo 57 del Código civil, ¿debe entenderse derogado?”; en fin, sobre el “valor de la legitimación después de la Constitución de 1931, ¿debe de entenderse suprimida esta institución jurídica?”.

1.5. Aspirantes a la Judicatura (y no sólo)

La originalidad de la propuesta antecedente la refuerzan, con su testimonio ampliamente negativo, las exposiciones de conjunto publicadas por aquellos años⁸⁹. Si recordamos las circunstancias de elaboración de varios de esos ‘manuales’, escritos y estudiados como *vademecum* para las pruebas de acceso a cuerpos de la Administración pública, comprobaremos que su indiferencia al marco constitucional reproducía simplemente las exigencias de conocimientos jurídicos que pedía el Estado a sus

⁸⁸ Cf. Luis Jiménez de Asúa, *Libertad de amar y derecho a morir. Ensayos de un criminalista sobre Eugenesia, Eutanasia y Endocrinología*, Historia Nueva, Madrid, ³1929.

⁸⁹ Resulta ilustrativo Felipe Clemente de Diego, *Instituciones de Derecho civil español*, III: *Derecho hereditario*, Juan Pueyo, Madrid, 1932; *vid.* lección 87 sobre herederos forzosos y legítima, pp. 177 ss donde no encontraremos el complejo art. 43 CRE. Cf. aún José Castán Tobeñas, *Derecho civil foral*. 2ª ed. revisada y ajustada al cuestionario 2º ejercicio aspirantes judicatura de 26 de octubre 1931, Reus, Madrid, 1932, obra que, por su fecha, podría haber señalado la posibilidad constitucional del derecho privado regional. Preciso aún que la casa Reus, editora de la mayoría de estos textos, se anunciaba por entonces en los diarios como academia para la preparación de oposiciones.

servidores, incluido desde luego el personal de Justicia⁹⁰. Por ejemplo, en el verano de 1933 (orden de 16 de agosto, *Gaceta* del 22) se convocaron oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura: el primer paso, fijado desde la ley ‘provisional’ de 1870, para desempeñar los cargos judiciales⁹¹. Los temas de Civil –un total de cien, incluidas las instituciones forales; casi la mitad de los previstos en las oposiciones de 1931⁹²– registraban a duras penas el encuentro de la Constitución con el Código en las instituciones más adecuadas para analizarlo. Si dejamos aparte el enunciado del tema 8 (Mercantil), que pedía a los opositores responder a la pregunta por la “capacidad de la mujer casada, según el Código de comercio y la vigente Constitución española”, la lectura completa del temario me permite distinguir varios escenarios:

- respeto de enunciados tradicionales (tema 3, fuentes del derecho), cuando los opositores a cátedras renovaban poco a poco sus contenidos,
- silencio absoluto sobre la Constitución allí donde parecía inevitable abordarla (tema 12, capacidad de la mujer; tema 24, propiedad)⁹³,
- alusión oblicua al derecho republicano como la “legislación vigente” o como una “tendencia” (tema 9, matrimonio; tema 70, arrendamiento),
- estudio específico de una ley en desarrollo de la Constitución (tema 10, divorcio),
- simple noticia de “los principios contenidos en la Constitución y disposiciones que la desenvuelven” (tema 19, filiación),
- atención expresa al instituto, “interpretando los preceptos de la Constitución española” (tema 18, régimen matrimonial de separación de bienes).

Y en fin, coherente con el momento y el texto constitucional, la parte del temario consagrada al derecho político incluía la igualdad (tema 16,

⁹⁰ Cf. Manuel A. Bermejo Castrillo, “A eficácia da justiça. A formação e a selecção de magistrados antes e durante a Segunda República espanhola”, en *História do Direito* n° 1/1, 2020, pp. 141-163.

⁹¹ Las primeras oposiciones fueron anteriores a la Constitución (decreto de 24 de julio, 1931), lo que hace poco ilustrativo el programa de Civil previsto para el segundo ejercicio (orden de 26 de octubre, 1931; *Gaceta* del 29).

⁹² Entonces el temario incluyó 137 temas de derecho civil común, más otros 50 de derecho foral, esto es, un total de 187. Parece evidente que la convocatoria de 1933 abarató la oposición.

⁹³ Maldición o límite de este género literario-jurídico, ni siquiera un autor como De Buen ilustró los temas con la doctrina constitucional: cf. *Derecho civil común. Obra ajustada al programa de 24 de junio de 1935 para el primer ejercicio de las oposiciones a ingreso en el cuerpo de aspirantes a la Judicatura I*, 3ª ed. enteramente revisada, Madrid, Reus, 1936, p. 51 en sede de capacidad de obrar, con simple cita del art. 25 CRE.

“sus manifestaciones en la Constitución de la República”), el derecho de propiedad (tema 22, “modernas tendencias, régimen del mismo en la vigente Constitución”), incluso, con mayor vaguedad, “los derechos referentes a las familias” (tema 24).

Este panorama poco halagüeño aparece en otras convocatorias. Con las oposiciones de secretarios judiciales que salieron al año de aprobarse la Constitución (orden de 10 de diciembre, 1932; *Gaceta* del 11), el trato algo displicente de que aquélla fue objeto se documenta en relación con la nacionalidad, un tema (el nº 3) que debía abordarse “con arreglo al Código civil”... siendo así que los expertos entendieron –con rara unanimidad⁹⁴– que la naturaleza jurídico-pública del vínculo nacional había acarreado la derogación del Código por la regulación constitucional; lo admitía de modo implícito el autor del temario al introducir, entre los de derecho político, el tema correspondiente a “nacionalidad y extranjería” (nº 19). Al menos, no se alcanzó el extremo de la filiación (tema 8, parte civil), descrita con las clásicas diferencias entre hijos legítimos, legitimados, naturales e ilegítimos y con énfasis en la “doctrina de la ley de Partida y de la ley de Toro”, antes de llegar a “las disposiciones vigentes sobre la materia”⁹⁵. Finalmente, en perjuicio ahora de la proclamada igualdad entre cónyuges (art. 43 CRE), uno de los temas mercantiles (el nº 5) seguía interrogando por “la mujer casada comerciante [y el] consentimiento del marido”.

De las demás oposiciones nos interesan, por último, las convocadas en 1933 para el Cuerpo facultativo de la dirección general de los Registros y del Notariado, pues servían para seleccionar a los funcionarios responsables de emitir resoluciones que afectaban directamente a los derechos más básicos del ciudadano (cf. orden de 11 de octubre, 1933, *Gaceta* del 12). A excepción de las leyes de matrimonio civil (tema 12) y de divorcio (tema 16), con secuela inevitable en el Registro civil (temas 190-193) no se prestó atención a la legalidad republicana, lo que incluye el reparto de competencias materiales entre el Estado y las regiones en asuntos de derecho privado, algo que, vigente por entonces el Estatuto de Cataluña, sin duda hubiera debido recibir tratamiento⁹⁶. La diferente capacidad de obrar del marido y la mujer se daba por supuesta al enunciar los temas 21 (sociedad de gananciales) y 23 (capacidad de los cónyuges); el régimen de la filiación seguía en los términos del derecho codificado (cf. temas 24 y 25) y para lo relativo a la propiedad, no obstante la revolución institucional que había

⁹⁴ José Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*, op. cit., p. 72; del mismo, *Derecho civil español común y foral*, op. cit., p. 71 y n. 71, apoyado en De Castro.

⁹⁵ Por lo menos, el tema 14 preguntaba por “la propiedad con arreglo al Código civil”, aunque junto a los “preceptos constitucionales sobre la propiedad”.

⁹⁶ Cf. la orden del Departamento de Justicia y Derecho de la Generalidad catalana de 17 de mayo, 1934 (*Gaceta* de 26 de mayo) convocando un concurso para cubrir varias plazas judiciales, con pruebas de lengua catalana y conocimientos del derecho regional según temario adjunto.

comportado la reforma agraria, los responsables de este temario no pasaron de “el abuso del derecho y los actos de emulación” (tema 32; cf. tema 37, “la Ley como causa de extinción del derecho de propiedad”). Y no parece más halagüeño el horizonte de estas oposiciones cuando tocó preguntar por el ejercicio del comercio (tema 202) o la nacionalidad (tema 198).

1.6. Castiella y la *femme mariée*

Los tribunales de las cátedras tampoco destacaron por atender a la novedad jurídica que significó la Constitución. Podían haberlo hecho al fijar las cuestiones para la práctica del sexto ejercicio, donde los jueces tenían mano libre⁹⁷, pero no fueron más allá de preguntar –aconteció en las oposiciones de Santiago y La Laguna (1936)– la “Capacidad de las personas jurídicas especialmente de las Confesiones y Congregaciones religiosas en España” (tema 2) o “La familia natural en el derecho moderno” (tema 16)⁹⁸. Desde luego, en función de los contenidos, fuesen cuales fuesen los enunciados del programa o los temarios, sería inevitable analizar el derecho republicano. Por ejemplo, Alfonso de Cossío presentó como lección magistral (tercer ejercicio de la oposición) la n.º 84 de su programa, dedicada al arrendamiento de fincas rústicas; por las actas sabemos que expuso “el arrendamiento de fincas rústicas en el nuevo derecho, fijándose en el problema de su naturaleza jurídica” (Francisco Bonet), que trató “la reciente ley sobre la materia, haciendo un ejercicio discreto y meritorio aunque incurriendo en algunos errores de concepto y alguna pequeña equivocación sobre el contenido” (Manuel Batlle).

He revisado todavía un par de expedientes de oposiciones a cátedras de derecho internacional que, en lo correspondiente al internacional privado, ofrecen ulterior información. Poco diré sobre la convocada para esta disciplina en la Universidad Central (1934), ganada –fugazmente⁹⁹– por

⁹⁷ Cf. reglamento de 1931, art. 23: “Los ejercicios quinto y sexto serán de carácter práctico y de índole teórica, respectivamente. El Tribunal, en el momento de su constitución, reglamentará y hará pública, según la naturaleza de la disciplina, la forma de realizar estos trabajos, el último de los cuales habrá de ser expuesto por escrito”, lo que supuso, en una práctica que llegó hasta nuestros días, la fijación de un temario más o menos extenso y comunicado a los opositores en el momento de la presentación, para preparar en los días previos (eran 10, según el art. 14) al comienzo de las pruebas.

⁹⁸ En la cátedra de Civil de Murcia (1934), para la que fue votado José Alguer por unanimidad, el temario estuvo aún más alejado de la Constitución, pues solo uno de los 20 temas preguntaba oblicuamente sobre “el principio de la propiedad privada en el Código civil y las nuevas exigencias sociales sobre la distribución de la riqueza”; tocó por sorteo “Régimen de los derechos sobre cosas incorporales”, cf. AGA, Educación, caja 32/13481. Como aislada mas inevitable excepción, en las oposiciones de Ignacio Serrano y Serrano (Salamanca, 1935) un tema se refería “El derecho de familia y la Constitución de la República española” (n.º 33), de los 42 posibles salió “Representación y mandato”, cf. AGA, Educación, caja 32/13540.

⁹⁹ Obra en el expediente del caso un escrito del político y académico monárquico José de Yanguas Messía, quien anunciaba su vuelta a la cátedra por acogerse a la amnistía que aprobaron las derechas, pero no se detuvo una votación favorable a De Castro (5

el civilista Federico de Castro y Bravo (1903-1983), pues su concepción de las ‘repercusiones de la Constitución’ quedaron claras en importantes artículos aparecidos en la prensa especializada. En cambio, encierran interés las oposiciones de Internacional Público y Privado de Sevilla y La Laguna (1935). Dejo de lado al vencedor de la cátedra hispalense, el catalán José Quero Molares (1905-1987), no sin antes advertir la relevancia que concedió a las reglas constitucionales en su *Memoria* (pp. 64 ss)¹⁰⁰. Me interesa sobre todo su colega Fernando María Castiella Maíz (1907-1976), afiliado a la Asociación de propagandistas y ministro de Exteriores con Franco, votado entonces para La Laguna¹⁰¹.

Interesa Castiella como autor de una monografía –aún permanece inédita– sobre *La nationalité de la femme mariée*, donde analizó la suerte del art. 22 del Código civil en relación con la Constitución republicana¹⁰². Mientras que la ley civil había establecido que la mujer casada adquiriría la nacionalidad del marido, la Constitución concedía la nacionalidad de origen a “los nacidos, dentro o fuera de España, de padre o madre españoles” (art. 23 CRE), sin discriminar por el estado civil o el sexo de los afectados (cf. arts. 24 y 25 CRE). El rigor documental le llevó a recoger los debates en las Cortes del artículo constitucional citado y una consulta del embajador en Londres con las dudas que suscitó una ciudadana española casada con extranjero¹⁰³. La dirección general de los Registros

de mayo, 1934). Tras reinstalarse Yanguas en su plaza, el opositor triunfante (orden de 7 de mayo) fue declarado excedente forzoso (orden de 11 de mayo) pero ocupó días después –caso único en España– una cátedra de Derecho Civil: Parte general, dotada *ad hoc* en la Universidad Central (orden de 1 de junio, 1934).

¹⁰⁰ Vinculado a Esquerra Republicana de Catalunya, Quero fue rector comisario de la Universidad Autónoma de Barcelona (“durante el dominio anarquista, asistiendo a su despacho con armas como un perfecto miliciano”, según el expediente de depuración), *conseller* de Justicia (1936) y subsecretario del ministerio de Estado (1938), entre otros cargos. Separado del servicio y perseguido por las fuerzas franquistas, se exilió en Francia –pasó casi un año en un campo de concentración, como miembro de la Resistencia– y los Estados Unidos, volviendo finalmente a España, desde su último exilio en Ginebra, tras la muerte del dictador. Cf. *Derecho ex cathedra, op. cit.* (Manuel Cachón Cadenas), pp. 373-375.

¹⁰¹ La oposición se celebró entre el 10 de octubre y el 24 de noviembre, 1935 y fue decidida por Camilo Barcia Trelles (presidente), Adolfo Miaja de la Muela (secretario) e Isidro Beato, Antonio Luna y Luis Gestoso (vocales).

¹⁰² *La nationalité de la femme mariée. Aperçu général de la question et notes pour un article sur l'évolution du droit espagnol*, trabajo mecanografiado y datado: “Septembre 1935”; no faltaron críticas del tribunal por su redacción en francés. Y recordemos lo principal del artículo 22 en cuestión, en su tenor original: “La mujer casada sigue la condición y nacionalidad de su marido”.

¹⁰³ También recogió Castiella los debates relativos al punto en estudio entre el presidente del gobierno Alcalá Zamora y la diputada Clara Campoamor, defensores ambos de conservar la nacionalidad de la mujer española, *vid.* DSCCRE 29 de septiembre, 1931, pp. 1267-1268, donde Campoamor alegó los resultados del Congreso de El Haya, 1930, estudiado también por el opositor. Cf. aún p. 1278, enmienda de Ramón Franco Bahamonde al art. 24 CRE sobre “atentar, por las armas, contra la Constitución del Estado” como causa de pérdida de la nacionalidad, lo que fue rechazado en votación nominal, p. 1280.

dictó al efecto una resolución que fue contraria a la aplicación del Código, “pues hay que considerar que el art. 22 del Código civil, que señala una causa de pérdida de la nacionalidad española, está derogado por el art. 24 de la Constitución que enumera todas las causas de una manera exhaustiva sin señalarlo” (11 de mayo, 1932). El engarce del Código a la Constitución resultaba, sin embargo, algo más complejo.

Castiella se las veía con un dictamen del Consejo de Estado (1933) motivado por el asunto siguiente. Una señora de nacionalidad española casó con ciudadano chileno. Al solicitar un pasaporte ante la autoridad policial de Barcelona los responsables rehusaron la expedición en ausencia de una ley ordinaria que diese cumplimiento al art. 23 CRE. La embajada de Chile se dirigió seguidamente al ministerio de Estado y éste acudió, juntamente con el de Gobernación, ante el alto órgano consultivo. Pues bien, a juicio del Consejo la norma constitucional regía de inmediato; la igualdad constitucional entre sexos (art. 25 CRE) hacía irrelevante señalar de manera expresa que la española conservaba su nacionalidad, no obstante casare con súbdito extranjero. Y aunque la legislación nacional del marido incluyese una solución equivalente al art. 22 del Código de España, la española no perdía su nacionalidad por cuanto el art. 24 CRE sólo permitía la adquisición *voluntaria* de la marital. Las referencias constitucionales a los españoles incluían, por lo tanto, a hombres y mujeres, así que el recordado art. 22 no sólo había sido derogado por el art. 24 CRE según contempló la dirección de los Registros, sino también por el art. 25 CRE y el consiguiente rechazo del sexo como fundamento de privilegios jurídicos. El art. 22 del Código civil subsistía, empero y por ahora, para la extranjera casada con nacional español, pues la opción de nacionalidad que concedía la Constitución en estos casos dependía de “las leyes de acuerdo con los Tratados internacionales” (art. 23, párrafo penúltimo CRE). “C’est-à-dire”, concluyó Castiella, “que les conséquences de l’exercice du droit d’option sont suspendues jusqu’au moment de la mise en vigueur des lois complémentaires prévues par l’article 23” (p. 111)¹⁰⁴.

Aunque el opositor, apoyado en Federico de Castro¹⁰⁵, criticase la redacción del precepto –la disparidad de nacionalidades entre cónyuges, que la Carta republicana permitía, le parecía contraria a la “salvaguardia

¹⁰⁴ Para las personas de origen español que residieran en el extranjero (cf. art. 23, último párrafo CRE) se confió también en futuras previsiones legales: cf. DSCCRE 29 de septiembre, 1931, p. 1276 (Mariano Ruiz Funes, por la Comisión).

¹⁰⁵ Federico de Castro, “*La Constitución española y el Derecho Internacional privado*”, *op. cit.*, en particular la segunda entrega (pp. 99-105) para las cuestiones de nacionalidad. Destaca además la afirmación del entonces catedrático de Salamanca, según la cual “con la publicación del texto constitucional, el concepto de orden público internacional español ha cambiado de orientación”, p. 103; por ejemplo, no sería contraria al nuevo orden público español una expropiación sin pago de indemnización decretada por los Soviets, p. 104.

especial del Estado” allí prevista en pro de la familia (art. 43 CRE)– no convenció por completo al tribunal, justamente por cuanto había omitido acerca de las ‘repercusiones de la Constitución en el derecho privado’. El presidente Camilo Barcia Trelles le reprochó una “invencible tendencia [a] soslayar temas de tipo jurídico, como lo sería el determinar claramente las consecuencias que plantea el conjugar el art. 22 de nuestro código civil con el 23 de la Constitución española”. De forma coincidente, para el vocal Adolfo Miaja de la Muela el joven Castiella “parece no percibir... que el problema de la vigencia del art. 22 del Código civil frente al 23 de la Constitución no es otra cosa que una manifestación concreta de la cuestión de si las normas constitucionales derogan automáticamente o no los preceptos cronológicamente anteriores en contradicción con ellas, hecho que, comprobado por la ausencia de la bibliografía citada por el señor Castiella de las publicaciones españolas posteriores a 1931 referentes a este problema, nos hace suponer en el opositor un desconocimiento o una despreocupación por los más elementales problemas del Derecho”... Y también: “percibimos en el señor Castiella una invencible tendencia a no entrar en el fondo de los problemas, cuando este fondo se encuentra en un terreno de técnica jurídica”. Seguramente la cuestión de las ‘repercusiones’ no había sido tratada con la generalidad que merecía, mas la votación final del tribunal reservó a Castiella, a pesar de las críticas, la segunda posición por unanimidad y, con ello, su nombramiento para la cátedra de Derecho internacional Público y Privado de la Universidad de La Laguna.

1.7. Valverde y su *Tratado, Enncecerus-Kipp-Wolff* y sus anotadores, y Antonio Polo

“El problema de la vigencia del art. 22 del Código civil frente al 23 de la Constitución”, que escribió Miaja de la Muela, se había abordado en sentido negativo por Calixto Valverde y Valverde (1870-1941), un iusnaturalista católico, catedrático de Civil y rector de la Universidad de Valladolid, autor de un difundido *Tratado de Derecho civil español* cuyo tomo I (Parte general), conoció 4ª edición precisamente en 1935. Desde luego, Valverde no se ocultó entre distinguos e hipótesis cuando enlazaba –con absoluta convicción– la impropiedad de incluir instituciones jurídico-privadas en la regulación constitucional y la inexistencia de ‘repercusiones’ de la misma en el Código a falta de una reforma legislativa:

“Yo no comparto la opinión de los escritores que dan fuerza obligatoria inmediata a los artículos de la constitución, como el art. 25 y el 45, no necesitándose, según ellos, preceptos legislativos ulteriores que desenvuelvan las normas constitucionales. Yo veo claro, que siendo las materias reguladas en los referidos artículos, en cierto modo extraños a lo que es peculiar contenido de una constitución, tales normas son programáticas, constitu-

yendo una aspiración a realizar, pues entendiéndolo de otra manera se des-articularía el régimen legal, produciéndose una perturbación y se formaría una laguna en la legislación que para llenarla se necesitaría conceder a los tribunales facultades en la interpretación que no pueden tener en España mientras no se cambie o modifique el régimen jurídico vigente, es decir, que sin quererlo habríamos penetrado en la jurisprudencia libre”¹⁰⁶.

Y todavía:

“Las normas constitucionales, aun cuando sean de carácter imperativo, son sencillamente preceptos superlegales que condicionan la vida futura legislativa, de modo que llevarían vicio de nulidad las leyes posteriores contrarias a ella; son una aspiración, un principio jurídico, que por su simple enunciación no deroga inmediatamente el derecho vigente, mientras una ley complementaria no dé al principio constitucional el desarrollo conveniente y reglamento de modo completo la institución afectada por la Constitución”.

El recuerdo expreso de Weimar, cuyas disposiciones sobre la familia “no se aplicaron por no haber publicado las leyes que habían de darlas efectividad”, reforzó esta tesis, sin mencionar que, una vez “derogada la Constitución por el Gobierno Nacional” (esto se publicaba en 1938), el arduo problema suscitado “carece de interés actual, al seguir vigente el código civil en toda su integridad”¹⁰⁷.

“La Constitución de la República no se ha resignado a ser la armadura de nuestra organización estatal, ni siquiera a limitar su parte dogmática a una enumeración de las garantías individuales y políticas”, había razonado De Buen¹⁰⁸. “Ha querido transformar el derecho vigente

¹⁰⁶ *Tratado... I, Parte general*, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1935, pp. 341-342. Según la disposición de materias del viejo Sánchez Román (“su método riguroso y su plan... es el de Savigny... que fue el primero en España que le aplicó al derecho civil”, recordó Valverde en una nota necrológica de RDP n° 3, 1916, 29), el tomo II (cosas), siempre en 4ª edición, salió en 1936; el III (obligaciones) en 1937; el IV (familia), en 1938; el V (sucesiones), un año después. Las disposiciones del gobierno insurrecto pasaron de inmediato al *Tratado*, y así la suspensión de la ley del divorcio por decreto de 2 de marzo, 1938 (*vid.* IV, pp. 188-189, en nota).

¹⁰⁷ Cf. aún *Tratado... IV, op. cit.*, p. 518, en nota: “estando virtualmente derogada la Constitución de la República”. Para Alemania, *ibid.* pp. 436-438; lo había adelantado en *Los Códigos civiles modernos y el derecho nuevo*, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1923. El ambiente donde se movía y escribía ha sido recuperado por Luis A. Velasco San Pedro, “El Informe de la Universidad de Valladolid de 1938 sobre la dominación ‘rojo-separatista’ en las Provincias Vascongadas. Contrapropaganda del bombardeo de Guernica”, en Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija – CIAN n° 26/2, 2023, 113-152; el amigo Luis me facilita además la crónica del discurso de Valverde al dejar la cátedra, donde no faltó una petición de perdón para sus estudiantes represaliados por los triunfantes golpistas, “sancionados acaso por extravío de la juventud”: cf. El Norte de Castilla (Valladolid), 12 de marzo, 1940, p. 1.

¹⁰⁸ *Introducción, op. cit.*, p. 221.

y señorear el porvenir, prefijando las normas fundamentales, y aun algunas accesorias, de la nueva legislación española, tanto pública como privada”. Su colega Calixto Valverde representó la opinión contraria, que, extendida entre los privatistas del momento republicano, no agotaba de todos modos el panorama. Otra visión expresaron, por ejemplo, los traductores-annotadores del tratado de Enneccerus, Kipp y Wolff, los profesores de Barcelona José Alguer y Micó (1900-1937) y Blas Pérez González (1898-1978)¹⁰⁹. La publicación de esta obra durante la República (1934-1935) hizo inevitable que se pronunciasen sobre la eficacia de las normas constitucionales: resultaba necesario “determinar cuáles de aquellas disposiciones son meras afirmaciones referidas a la labor legislativa futura y cuáles otras constituyen, en cambio, normas de imperativo inaplazado que, en consecuencia, deben reputarse proposiciones de derecho vigente”¹¹⁰. Por desgracia, la base que ofrecía el *Tratado* alemán para analizar las relaciones de la Constitución y el Código civil no era muy amplia, mas la duda, cuya mera formulación marcaba la orientación, se solventó en sentido favorable a la primera¹¹¹. De una parte, por cuestión de jerarquía normativa el Código no podía ser la ley que resolviese las posibles antinomias, ni tampoco sería admisible, de otra, suspender la decisión de una causa por apreciarse laguna legal; el mismo Código remitía para tal caso a los principios generales del derecho (art. 6), ahora los principios de la Constitución¹¹². Al fin y al cabo, el art. 100 CRE había prohibido a los jueces aplicar las normas que la contradijeran.

Consagrada la igualdad de sexos (art. 25 CRE), especialmente en el matrimonio (art. 43 CRE), surgían dudas sobre los artículos del Código de comercio que exigían la licencia marital a la mujer casada que lo ejerciese (art. 4, 2º; arts. 6-12). A pesar de la afirmación de Garrigues, que

¹⁰⁹ Cf. *Derecho ex cathedra, op. cit.*, p. 21 (Alguer, Carlos Petit), pp. 351-352 (Pérez González, Carmen Losa).

¹¹⁰ *Tratado de Derecho Civil, por... Primer tomo. Parte general*, I. Casa editorial Bosch, Barcelona, 1934, p. 64. Se tradujo la 39ª ed. alemana (decimotercera revisión, a cargo de Hans C. Nipperdey), “con estudios de comparación y adaptación a la legislación y jurisprudencia españolas”.

¹¹¹ Cf. *Tratado de Derecho Civil, op. cit.*, pp. 174-175, larga nota sobre la vigencia del derecho internacional en España (art. 7 CRE). El obstáculo del tiempo futuro en la redacción del precepto, alegado por Federico de Castro, desaparecía de entender que tal redacción valía por “en lo sucesivo, a partir de la entrada en vigor de la Constitución”. Para las modificaciones de la capacidad en razón del sexo, pp. 363-364, los anotadores entendieron que “nuestro art. 43, como su correlativo alemán [§ 119 WRV], es un programa y no una proposición de derecho actual”, lo que apoyaban en la ley del divorcio, vigente a esas alturas.

¹¹² Cf. de nuevo Demófilo de Buen, *Introducción, op. cit.*, pp. 221 ss señalaba, como “orientaciones de nuestra Constitución”, la tendencia igualitaria, el laicismo, la implantación de un nuevo derecho familiar, la afirmación del carácter social de la propiedad, la obligatoriedad y protección del trabajo y el universalismo. Por su parte, Niceto Alcalá Zamora, *Repercusiones de la Constitución*, p. 17, mencionó con similar alcance “socialización, feminismo, instituciones de democracia directa, holgadas autonomías, predominio del Poder civil emancipado”.

ya conocemos (“lo único que puede hacer [la Constitución] es condicionar positiva o negativamente las leyes futuras... la seguridad del tráfico no se satisface con principios jurídicos”), a pesar también del silencio que mantuvo el único comentario al Código de comercio publicado en esos años¹¹³, algún mercantilista entendió que la regla constitucional de la igualdad incidía en este Código, siendo superflua la licencia en adelante. Pienso en Antonio Polo Díez (1907-1992), auxiliar en Salamanca, traductor de Cosack y Mossa y futuro catedrático de Mercantil en Oviedo (1934)¹¹⁴. El trabajo de Polo suscribía las tesis de Demófilo de Buen (y de Luis Jiménez de Asúa) sobre la inmediata aplicación de las disposiciones constitucionales de índole imperativa. Además, el régimen de la nacionalidad (art. 23 CRE) derogó directamente –según aceptaron casi todos¹¹⁵– las reglas del Código civil, ofreciendo un precedente para afirmar “la *inmediata derogación*, por virtud de la igualdad proclamada, de los preceptos de los Códigos civil y de Comercio referentes a la *autorización marital*”. La exposición del decreto de 3 de febrero, 1932, *Gaceta* del 5, sobre inscripción de nacimientos había recordado a favor de Polo que la Constitución contiene “preceptos de carácter concreto y terminante, que no precisan, ciertamente, de posterior desenvolvimiento legislativo”. La refutación de estos argumentos no tardó demasiado¹¹⁶.

Con beca de los Colegios salmantinos y el apoyo de la Junta para la Ampliación de Estudios, Antonio Polo se había formado en Alemania (1929-1930). Un mérito particular alegado en sus oposiciones fue la traducción de Konrad Cosack, *Tratado de Derecho Mercantil* (1888), cuya 12ª edición publicó en castellano (1935)¹¹⁷. El recuerdo de este texto viene a cuento ahora porque el artículo que leemos se detenía en el derecho ale-

¹¹³ Rafael Marín Lázaro, *Comentarios del Código de comercio español*, Reus, Madrid, 1932, pp. 368 ss sobre el art. 6. “Resulta muy extraño”, observó Antonio Polo en el trabajo que cito a continuación, “que el autor no se plantee siquiera el problema de la posible derogación por el precepto constitucional de los artículos comentados, dedicando, como lo hace, casi doscientas páginas al comentario de los mismos”.

¹¹⁴ “*El ejercicio del comercio por la mujer casada y el moderno derecho constitucional español*”, en RDP n° 20, 1933, pp. 1-17. De su experiencia en Alemania procede un informe que le pidió Ernst Rabel: cf. “*Das spanische Zivilrecht vor, durch und seit der Verfassung der Spanischen Republik*”, en *Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht* n° 6, 1932, pp. 631-658, donde solo de modo oblicuo (cf. p. 644) aludía a nuestro asunto. Sobre Polo, *Derecho ex cathedra, op. cit.*, pp. 362-364 (Aurora López Medina).

¹¹⁵ Pero cf. Calixto Valverde, *Tratado...* I, *op. cit.*, pp. 398 ss.

¹¹⁶ Federico de Castro, “*El Derecho civil y la Constitución*”, *op. cit.*, pp. 45-46.

¹¹⁷ Konrad Cosack, *Tratado de Derecho Mercantil* (1888). Trad. de la 12ª edición alemana, enriquecida con adiciones del derecho alemán posterior, redactadas expresamente por su autor para la edición española, y con notas de derecho español, por Antonio Polo... [I], Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1935. No me pronuncio sobre la corrección de esta traducción, satirizada con dureza en la frustrada tesis de Modesto Suárez Rodríguez, *Nuestros estudios jurídicos y las traducciones del alemán. Una ojeada al Derecho mercantil* (1947), depositada mas no defendida y custodiada actualmente en la Biblioteca Histórica de la Universidad Complutense, signatura T 4198.

mán, sin norma equivalente a los artículos del Código español sobre la licencia marital aunque provisto de las prerrogativas que la ley civil alemana reconocía al marido. Aunque la mujer casada del BGB podía comerciar libremente, el marido conservaba una suerte de derecho de prohibición (§ 1354 BGB) con acción para solicitar el restablecimiento de la vida conyugal (§ 1353 BGB) que llevaba, en el caso peor, a la intervención judicial o al divorcio. A tenor del § 1358 BGB le correspondía además un derecho de denuncia “en relación a aquellas relaciones jurídicas en virtud de las cuales la mujer se obligue a determinadas prestaciones para realizarlas personalmente” cuando la actividad profesional femenina perjudicase de algún modo la vida conyugal. La disciplina del BGB sedujo sin duda a Polo, quien, no obstante defender la aplicación inmediata de la igualdad constitucional entre marido y mujer, propuso una reforma que introdujera en España los derechos de prohibición y denuncia a favor del marido consagrados en el Código civil alemán “ante la arbitraria empresa de su mujer, cuando ésta ponga en peligro la armonía y vida común de los casados”¹¹⁸.

II. UN “PROCEDIMIENTO PELIGROSO”. DETERMINACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD

La Constitución de la República española recoge sustancialmente los principios informantes de la Constitución alemana... Claro está que hay en todo esto un poco de ingenuidad de los constituyentes o constitucionalistas, que olvidan que el Derecho privado tiene una capacidad de resistencia pasiva mayor que la que ellos se pudieron figurar, por imperativo principalmente del principio de continuidad y de los intereses creados.

Acusadas eran las posiciones que separaron el irónico juicio arriba recogido –cosa, cómo no, de Demófilo de Buen¹¹⁹– y la prevención del joven

¹¹⁸ La única referencia a la Constitución en la memoria de oposiciones de Antonio Polo (cf. *Estudio acerca del Concepto, Método, Fuentes y Programas del Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid y Salamanca 1932-1934, en AGA, Educación, caja 2/13530) se refería a la vigencia de los tratados internacionales como derecho interno, lo que negaba el opositor apoyado en Federico de Castro. El asunto era entonces de interés por las convenciones de Ginebra en materia cambiaria: cf. Redacción, “*La futura legislación de los documentos de giro*”, en RCDI n° 9, 1933, pp. 734-753; Redacción, “*Exposición de motivos para la Ley Uniforme Cambiaria de 1930*”, *ibid.* n° 10, 1934, pp. 436-451; recordemos que la *Gaceta* publicó los documentos ginebrinos (20 de octubre, 1932), también reproducidos por Joaquín Garrigues, *Curso I, op. cit.*, p. 545 y apéndice en pp. 725-744.

¹¹⁹ “*Las transformaciones del derecho privado*”, *op. cit.*, p. 361. “El choque de una mudanza total”, consideró a su vez Alcalá Zamora, “no podía encontrar mayor resistencia y producir más amplias y hondas resquebrajaduras que en las instituciones de secular y reposada vida”, cf. *Repercusiones de la Constitución, op. cit.*, p. 18.

De Cossío ante el *procedimiento peligroso* de incluir en las constituciones postbélicas, Weimar a la cabeza, “los principios programáticos referentes a instituciones que hasta entonces se habían refugiado en el recinto de los Códigos civiles” (pero uno diría que la operación de *refugio* comenzaba ahora, cuando la Constitución asaltaba el *recinto* institucional del Código). Los estudios doctrinales, las obras de conjunto, los temarios de oposiciones y los ejercicios de cátedra documentan elevadas dosis de *continuidad* y, sin duda, bastantes *intereses creados*¹²⁰; en el fondo, aunque “aquellos preceptos que responden al nuevo sentido de justicia... no deben quedar subordinados a la pereza legislativa o al sentido tradicional de los Tribunales que podrían hacerlos totalmente ineficaces”, según también se temía De Buen¹²¹, la advertencia demuestra que los derechos sociales –otra concepción de la propiedad y del trabajo, una diferente organización familiar– no siempre iban a disputar las preferencias del legislador.

2.1. La función social

Y todo ello, por más que la democracia republicana exigiera poner patas arriba las instituciones del derecho privado¹²². La vocación social del Estado precipitó en el art. 44 CRE, y sin duda a esta orientación respondió el programa de oposiciones de Alfonso de Cossío, con una lección (nº 40) sobre “el concepto de la propiedad en el Código civil español y en los extranjeros. Las nuevas Constituciones”. En la declaración o Estatuto del gobierno provisional (cf. de nuevo *Gaceta*, 15 de abril, 1931) se había anunciado que “el derecho agrario debe responder a la función social de la tierra”, pero la Comisión constitucional de las Cortes fue más lejos al incluir tal principio como uno de los capítulos de la *socialización* que casi todos parecían aceptar. “Lo que tiene que desaparecer es el abuso, y por hacer desaparecer el abuso se habla de la función social”, manifestó el diputado reformista Melquiades Álvarez en un discurso contrario al proyecto constitucional, “porque necesariamente el propietario, aparte las facultades que le concede su derecho dominical, tiene, en relación con los demás, deberes que necesariamente ha de cumplir y deberes que nacen precisamente de la propiedad”¹²³. Como vemos, sin tener que remontar-

¹²⁰ Pero eran intereses creados, expresó Sánchez-Román en un célebre discurso, “que lo han sido sobre unas normas de Derecho que hoy tenemos que derogar para sustituir por otras nuevas”. Cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5953.

¹²¹ Cf. *Introducción*, *op. cit.*, p. 227.

¹²² “Un ensayo único en el mundo”, declaró Fernando de los Ríos, “porque es éste el primer ensayo que se hace en un país intentando aunar y simultanear el ejercicio de la libertad y la transformación de la estructura económica y social en un nuevo régimen”, en *Ahora* (Madrid), 29 de noviembre, 1931, p. 1. Sobre esto ha escrito páginas brillantes Clara Álvarez Alonso, “*El Estado social de la Segunda República española*”, en *Quaderni fiorentini* nº 46, 2017, pp. 303-334, especialmente pp. 324 ss.

¹²³ El discurso de Álvarez en DSCCRE 9 de septiembre, 1931, p. 823. Los sectores católicos intentaron refutar este pensamiento con sutilezas jesuíticas: cf. Narciso Noguer S. J., “¿Es la propiedad privada función social?”, en *Razón y Fe* nº 56, 1920,

nos hasta Auguste Comte, Louis Josserand o Léon Duguit¹²⁴, circulaba por España la tesis del antiguo ministro de la dictadura, fugaz diputado conservador, José Calvo Sotelo sobre *La doctrina del abuso del derecho* (1917), base intelectual de lo que nos interesa¹²⁵.

“Bien parece que desde primera hora preocupe al nuevo Gobierno el problema agrario y sus normas jurídicas”, consideró una revista de intereses rurales¹²⁶. “La tierra, en efecto, debe cumplir una función social. ¿Pero sólo a la tierra alcanza esa función? ¿No alcanza a la propiedad toda? ¿No es el supuesto de esa función social el que justifica la existencia y el respeto de toda propiedad privada?”. La respuesta resultaba sencilla. La denuncia del *jus abutendi* y la consagración de la *función social* en materia de propiedad habían pasado al derecho republicano en varias medidas preconstitucionales que respondían a las promesas e intenciones del 15 de abril; disposiciones que anunciaron el rumbo que tomaban los trabajos de la Comisión y, en definitiva, el tenor del futuro art. 44 CRE¹²⁷. Tengo presente un decreto de 7 de mayo, 1931 (*Gaceta* del 8) que facultó a las Comisiones municipales de Policía rural –una institución, según el *Consultor de los Ayuntamientos* (1919), que “tiene por objeto la vigilancia y conservación de los frutos del campo y la seguridad y salubridad de los que transitan o viven fuera del pueblo, dentro de la jurisdicción municipal”– para denunciar la existencia de tierras no explotadas y establecer planes de cultivo a costa del propietario; se entendió que “los derechos que el Código civil otorga a los propietarios de fincas rústicas...

pp. 409-422, también en sus *Cuestiones candentes sobre la propiedad y el socialismo*, Razón y Fe, Madrid, 1924; Víctor Pradera, *Dios vuelve y los dioses se van. Modernas orientaciones de economía política derivadas de viejos principios I, Propiedad y trabajo*, Suc. de Rivadeneyra, Madrid, 1923, pp. 76 ss; para este pensamiento, basado en León XIII, la propiedad no es una función (*à la* Duguit, podríamos decir), pero *tiene* una función social que desempeñar.

¹²⁴ Sobre este influyente autor –tan difundido en el mundo hispanoparlante, y no sólo ahí– merece la pena acudir ahora a Paul Babie – Jessica Vieven-Wilkisch (eds.), *Léon Duguit and the Social Obligation Norm of Property*, Springer, Singapore, 2019, excelente introducción. Para la subyacente teoría del abuso de derecho, cf. Frédéric Audren – Catherine Fillon, “La grandeza de Louis Josserand. Fuerzas y flaquezas de un civilista de provincias en la III^a República francesa”, en Esteban Conde (ed.), *Vidas por el derecho*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012, pp. 497-563.

¹²⁵ *La teoría del abuso del derecho como limitación del derecho subjetivo... Con un prólogo de Gumersindo de Azcárate*, Victoriano Suárez, Madrid, 1917; en cierto sentido, su discurso académico “El capitalismo contemporáneo y su evolución”, extractado en RCDI n° 12, 1936, pp. 29-42, continuó la tesis de doctorado. Cf. también Francisco Soler y Pérez, *Función social de la propiedad del suelo*, Jaime Ratés, Madrid, 1919, conferencia pronunciada ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El pasaje de Melquiades Álvarez en DSCCRE 9 de septiembre, 1931, p. 823.

¹²⁶ “*Si hay que pechar, pechemos todos*”, en *El Progreso agrícola y pecuario* (Madrid), 30 de abril, 1931, p. 310.

¹²⁷ Fueron recopilados, con otras normas, en el *Anuario de legislación agrícola – año 1931*, Ministerio de Economía Nacional, Madrid, 1931.

no alcanzan la posibilidad de abandonar el laboreo de dichas fincas, porque la propiedad, como función social que es, no puede ser sustraída a las aplicaciones y explotaciones que correspondan en lo que sea objeto de la misma” (exposición); semanas después una ley de las Cortes (23 de septiembre, *Gaceta* del 25) formalizó los procedimientos de ese decreto, con énfasis en la utilidad pública del laboreo de tierras¹²⁸; no me interesa tanto recordar las estrategias dilatorias y los trucos de los terratenientes para diluir la presión oficial por crear puestos de trabajo en el campo¹²⁹, cuanto destacar que el derecho de dominio, en este momento concebido como una *función social*, se limitaba severamente bajo amenaza de expropiación¹³⁰. Otro decreto del mismo mes de mayo (día 19, *Gaceta* del 20) dispuso que las asociaciones de obreros agrícolas podían concertar contratos de arrendamiento colectivo sobre ciertos predios, “con la doble finalidad de remediar los paros periódicos en el trabajo de los obreros del campo y evitar el parasitismo de los intermediarios con intolerable e inmoral sistema de subarriendos, satisfaciendo, sobre todo, y ante todo, el ansia de tierra que siente la población rural, como lo mejor y más íntimo de su vocación generosa” (exposición); la experiencia, se decía que positiva, de Italia y Rumanía apoyaba esta decisión¹³¹. De notable importancia, sobre todo en tierras de Aragón, resultó un tercer decreto previo a la Constitución (26 de octubre, 1931, *Gaceta* del 27) sobre deslinde de

¹²⁸ Una orden de 12 de mayo (*Gaceta* del 13) se dirigió a los gobernadores civiles, “a fin de que cuiden de que el cumplimiento de dicho Decreto tenga lugar conforme corresponde a los altos propósitos que lo inspiran, sin que sea utilizada dicha disposición para agravio de los intereses legítimos de la propiedad ó del trabajo, ni como instrumento de orden legal para satisfacer deseos de carácter personal”.

¹²⁹ Con uso de la documentación generada por una de esas Comisiones, cf. Sergio Riesco Roche – Francisco J. Rodríguez Jiménez, “Policía rural y mercados de trabajo agrario en la Segunda República española: el caso de Santa Marta (Badajoz), 1931-1936”, en *Historia Agraria* n° 70, 2016, pp. 101-130.

¹³⁰ “No ya el concepto de la propiedad como función social, que tan ancho cauce se ha abierto en los últimos años”, rezaba la exposición del proyecto de la ley (28 de agosto, *Gaceta* del 29); “toda la legislación moderna, aun la más respetuosa con el derecho de propiedad individual, señala a ésta un límite basado en la utilidad pública, que puede llegar hasta imponer la expropiación forzosa. Precisaría retroceder, para hallar contradictores, a los más antiguos tiempos del Derecho romano cuando el *ius abutendi* constituía elemento esencial del dominio”.

¹³¹ Una orden de 8 de julio aprobó el reglamento del decreto (*Gaceta* del 10), que definía tales asociaciones (art. 1) y fijaba el concepto de obrero del campo (“todo aquel que necesita vivir del salario durante una cuarta parte del año por lo menos, empleando su trabajo por cuenta ajena en faenas rurales”, art. 2). Servían como derecho supletorio de los estatutos las normas del contrato de sociedad contenidas en el Código civil (art. 5) y correspondía su aprobación al ministerio de Trabajo y Previsión, con permiso para contratar (art. 6). *Vid.* por ejemplo *Gaceta* del 8 de febrero, 1933, órdenes aprobando los estatutos de varias asociaciones creadas en la provincia de Ciudad Real: Sociedad Sindicato Agrícola UGT de Solana del Pino, Sociedad de Trabajadores de la Tierra de Alcolea de Calatrava, Sociedad Centro Unión de Trabajadores de Villarrubia de los Ojos, Sociedad Sindicato Agrario y de O. V., de Brazatortas), pero también en Salamanca (Sociedad Obreros Agricultores de Aldeatejada) y Zaragoza (Sociedad de O. V. U. G. T. de Lobera de Onsella).

montes comunales y dehesas boyales en poder de los ayuntamientos y otras entidades municipales, que permitió la recuperación del patrimonio comunal¹³². En general, otro decreto procedió a revisar los contratos de fincas rústicas, prorrogando por un año los arrendamientos, *rabassas* y similares contratos forales con posibilidad de revisar la renta (31 de octubre, 1931, *Gaceta* del 1 de noviembre); se adelantó entonces una de las críticas que recibió la futura ley de reforma agraria, esto es: la inadecuación del valor catastral o del amillaramiento “para determinar la justa renta de una finca” (o, tratándose de la ley de 1932, para la fijación del justiprecio en caso de expropiación, base 8^a)¹³³. Por lo común bien recibidas, alguna de estas medidas de urgencia –pienso en el llamado decreto de términos municipales, de 28 de abril, 1931 (*Gaceta* del 30), que daba preferencia en el empleo a los braceros del municipio donde existía trabajo agrícola– se revelaron más adelante como una fuente de conflictos.

“Los decretos agrarios del gobierno provisional”, ha escrito Malefakis¹³⁴, “representaron una revolución sin precedentes para la vida rural española. Por primera vez el peso favorable de los derechos legales se desplazó de los propietarios al proletariado rural”. Y ahí residía el problema. Piedra de toque de posiciones políticas encontradas, palpitaba en las sugerencias ciudadanas que llegaron a las Cortes en vísperas de la discusión del proyecto constitucional¹³⁵. Por ejemplo, la Unión de Derechas Independientes de Jerez de la Frontera solicitó que “se supriman del proyecto de Constitución las disposiciones que autorizan la socialización gradual de la propiedad privada y la expropiación sin indemnización” (4 de septiembre, 1931). Con matices jurídicos –y evidente alcance económico– la Asociación de Vecinos Industriales y Comerciantes de Barcelona, en telegramas dirigidos a Julián Besteiro, presidente de las Cortes, y a

¹³² Cf. Edward Malefakis, *Reforma agraria y revolución campesina en la España del siglo XX* (1971), Ariel, Barcelona, ⁵1982, pp. 195 ss de “Los primeros meses de la República”; pp. 200 ss para las medidas del gobierno provisional sobre el régimen de la tierra (además de lo mencionado, y entre otros extremos, jurados mixtos en la agricultura, prohibición de lanzamiento de arrendatarios de tierras, jornadas de ocho horas).

¹³³ Joaquín Navarro y Carbonell, “*La revisión de rentas de fincas rústicas*”, en RCDI n° 7, 1931, pp. 848-866.

¹³⁴ *Reforma agraria y revolución campesina*, op. cit., p. 204; entre las varias recopilaciones normativas tengo a la vista el *Manual de la reforma agraria...* por la redacción de El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados municipales, Impta. de El Consultor, Madrid, 1932. Cf. Luis Garrido González, “*Constitución y reformas socioeconómicas en la Segunda República*”, en *Historia contemporánea* n° 6, 1991, pp. 173-190

¹³⁵ La nacionalidad española de americanos y sefardíes (ACD, Sección general, legajo 539, expte. n° 1) y, sobre todo, la laicidad del Estado (ACD, *ibid.*, expte. n° 19) provocaron una respuesta similar. También llegaron papeles en petición del divorcio y de la disolución de órdenes y congregaciones entre otros extremos (colores de la bandera, integridad de la patria, etc.). No faltaron proyectos constitucionales de iniciativa privada.

Luis Jiménez de Asúa, que lo era de la Comisión de Constitución, pidió que el futuro artículo 44 incluyera el compromiso de indemnizar con carácter previo y necesario en caso de expropiación, “no solo de la propiedad inmueble sino también de la mueble y de la inmaterial, como es la propiedad mercantil ó casa comercial”. Ideas diametralmente opuestas expresó Luis Hernández Rico, “en nombre y por encargo del Comité Nacional Organizador del Partido Republicano Presidencial-Comunista de España”, autor de un “Proyecto de socialización económica” –agraria, forestal, pecuaria, pesquera, cinegética, minera, industrial, transportes, aguas y electricidad, trabajo (“consiste en emplear actividad humana en beneficio directo e inmediato de la Sociedad”), aprovechamiento (“a las personas que realicen trabajos socializados se les entregará en especie y bonos intransferibles, u otros medios para disfrutar de servicios públicos, lo que necesiten para vivir ellas y las que estén obligadas a mantener”)– que contenía una atrevida utopía colectivista (23 de julio, 1931)¹³⁶. No es necesario añadir que estas y otras iniciativas no tuvieron más efecto que revelar la opinión de unos votantes y satisfacer la inquietud cívica de sus autores. Mostraron, sin embargo, preocupaciones y deseos sobre la redistribución de la tierra; según observó Pedro Lessa, historiador y político positivista brasileño, si el siglo XIX había sido el momento de organizar la libertad, el siglo XX tenía que ser la centuria de la propiedad¹³⁷.

Tras la marea de intervenciones críticas a la totalidad del proyecto de Constitución, la marcha hacia la versión definitiva del art. 44 –incluida la debatida posibilidad de expropiar sin indemnización– no podía resultar libre de sobresaltos. El debate tuvo lugar el 6 de octubre¹³⁸. Que *individualistas* y *socialistas* –por recordar los apelativos empleados en aquellas discusiones– compartieran la tesis de la función social demuestra, no sólo su pertenencia al ‘sentido común’ dominante entre políticos y pensadores de cualquier signo¹³⁹, también exhibía la inconsistencia de una noción *passé-par-tout* que poco o nada obligaba: la Constitución po-

¹³⁶ ACD, Sección general, legajo 539, expte. n° 1, carpetilla de “Propiedad – socialización”. A su vez, una enmienda de Amadeo Aragón y otros propuso añadir al precepto que, “en tanto exista la propiedad privada de la tierra la renta de esta será limitada y la propiedad de trabajo garantizada por la Ley” (29 de septiembre).

¹³⁷ Sobre Lessa y su trabajo “O direito no século XIX” (1907), cf. Arno Wehling, “La Historia del Derecho en Brasil, de la Independencia al primer centenario”, en *La Historia del Derecho hacia 1924*, volumen extraordinario del *Anuario de Historia del Derecho Español* XCIV bis (2024), 193-223, p. 207.

¹³⁸ Un buen resumen, con interesantes fragmentos de las intervenciones, puede leerse en Javier Infante, “*El derecho de propiedad*”, *op. cit.*, pp. 304 ss.

¹³⁹ Muy enfático me parece el voto particular de Fernández Clérigo y otros, para quienes “El Estado protege el derecho de propiedad individual y colectiva en cuanto cumpla una función social. El contenido, los límites y la extensión de este derecho, serán fijados por las leyes, teniendo en cuenta aquel fin sustantivo de función social que legitima el derecho de propiedad”, *vid.* apéndice n° 22 al DSCCRE 6 de octubre, 1931. El voto se extendía, con importantes cortapisas, sobre la expropiación sin indemnización.

día incluir en buena hora el principio referido mientras permaneciese incólume y aplicable el art. 348 del Código civil¹⁴⁰. Y sin embargo, a pesar de contar con esa base común –“el dictamen no es de socialismo integral ni mucho menos; es de socialismo atenuado y de socialismo transigente; pero es a la vez cierto... que ninguno de los votos particulares es de individualismo áspero, de individualismo cerrado a toda comprensión de la vida moderna” (Alcalá Zamora)– el salón de sesiones presencié el duelo entre el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, presente en las Cortes gracias a Ángel Ossorio y Ricardo Samper¹⁴¹, y la postura de la Minoría socialista, férrea defensora de la socialización gradual prevista en el dictamen de la Comisión¹⁴². Al margen de expresiones más y menos rotundas, se afirmó –creo que por primera vez en nuestra historia políti-

¹⁴⁰“Pensemos, señores Diputados”, advirtió el reticente Castrillo, “si nuestra revolución del 14 de Abril ha sido una revolución política o social, y si ha sido una revolución política, no pretendamos superar el momento con fórmulas artificiales que pueden ir, en todo caso, a las leyes, pero no al imperio de la realidad”, en DSCCRE 6 de octubre, 1931, p. 1436. Le contestó por la Comisión Jerónimo Bugada, contrario a constitucionalizar el “derecho de propiedad con las mismas características que hoy tiene en nuestro Código civil y con las garantías que establece la ley Hipotecaria”, p. 1437.

¹⁴¹“El Estado protege el derecho de propiedad individual y colectiva”, rezaba el art. 28 del anteproyecto. “El contenido, los límites y la extensión de este derecho serán fijados por las leyes atendiendo a su función social. No se impondrá la pena de confiscación de bienes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente mediante expropiación forzosa por causa de utilidad social, que la ley definirá, determinando asimismo la forma de indemnización. Con iguales requisitos la propiedad podrá ser socializada”. Utilizo la edición *Anteproyecto de Constitución de la República Española que eleva al Gobierno la Comisión Jurídica Asesora*, Sucesores de Rivadeneyra, Madrid, julio 1931; difiere del publicado, sin otra advertencia ni noticia de fuente, por Arturo Mori, *Crónica de las Cortes Constituyentes de la Segunda República Española*, I: *Antecedentes. El debate político. La totalidad del proyecto constitucional. Texto taquigráfico de los discursos*, Aguilar, Madrid, 1931, pp. 132-160; en esta segunda versión el precepto sobre la propiedad es el art. 27, con el siguiente tenor: “El Estado protege el derecho de propiedad individual y colectiva en cuanto a fundamento de la riqueza nacional y del bienestar común. No se impondrá la pena de confiscación de bienes. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser transformada jurídicamente, mediante expropiación forzosa por causa de utilidad social, definida por la ley, que determinará la forma de indemnización. Con los mismos requisitos podrá ser socializada”.

¹⁴²“La propiedad de las fuentes naturales de riqueza, existentes dentro del territorio nacional, pertenece originariamente al Estado en nombre de la Nación”, estableció el proyecto de la Comisión (art. 42). “El Estado, que reconoce actualmente la propiedad privada en razón directa de la función útil que en ella desempeña el propietario, procederá de un modo gradual a su socialización. El Estado tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las transformaciones que convengan al interés público. La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social, que la ley definirá, determinando asimismo la forma de indemnización. En los casos en que la necesidad social así lo exigiera, el Parlamento podrá acordar la procedencia de una expropiación sin indemnización. Los servicios públicos y las explotaciones que afectan al interés nacional deberán ser nacionalizados en el más breve plazo posible. No se impondrá la pena de confiscación de bienes”, que es el texto oficialmente publicado como apéndice nº 4 al DSCCRE 18 de agosto, 1931. En este caso Arturo Mori, *Crónica... I, op. cit.*, pp. 162-182, sólo cambia el numeral del artículo, el 36 en su edición.

ca- que “las Constituciones tienen una misión: señalar una dirección y una trayectoria” (Besteiro), proclamándose que los tiempos modernos caminaban en el sentido social que muchos ahora sugerían (una “socialización evolutiva”, dijo el ‘individualista’ Castrillo). La parquedad del *Diario* de las Cortes apenas permite imaginar el calor de la discusión –al cabo de unos días Alcalá Zamora dejó la presidencia del Gobierno por la cuestión religiosa¹⁴³– pero la regulación de la propiedad y su posible estatalización encendió los ánimos, en anuncio de tiempos peores:

“El Sr. Alcalá-Zamora pide la palabra y abandona el banco azul para ir a colocarse en los escaños de la minoría progresista.- De todos los lados de la Cámara, excepto de los bancos de la minoría socialista, aplauden calurosamente al jefe del Gobierno.- Se oyen vivas a la República y al Sr. Alcalá-Zamora.- La Presidencia agita reiteradamente la campanilla reclamando orden y silencio, sin lograrlo durante algunos minutos.- Multitud de Sres. Diputados de las minorías de Alianza Republicana, Vasconavarra, Agraria, Progresista y de Izquierda catalana, puestos en pie, aplauden entusiásticamente al Sr. Alcalá-Zamora, increpando con gran energía a la minoría socialista y haciendo ademanes indicadores de que debe ocupar el banco azul.- Los rumores y las protestas se prolongan durante largo rato, cruzándose constantemente interrupciones de banco a banco.- El Sr. Vicepresidente reclama enérgica, pero inútilmente, orden.- Continúan los rumores, las protestas, las increpaciones y los diálogos”¹⁴⁴.

Por fin, entre dudas de reglamento y turnos de palabra la Comisión presentó otra versión del artículo, que fue discutida y aprobada al día siguiente; se trataba de un texto híbrido que asumía (pár. 1º) una enmienda de la Agrupación al Servicio de la República combinada con lo presentado por la ponencia y la propuesta de Samper, esto es, el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora. En pocas palabras, quedó para las leyes ordinarias fijar los términos de la socialización de la riqueza, de la indemnización (o no) por expropiación y de la intervención del Estado en las empresas, todo ello según exigencias de la economía nacional:

¹⁴³ Arturo Mori, *Crónica... III: La religión. La familia. La enseñanza. Texto taquigráfico de los discursos*, Madrid, Aguilar, 1932, pp. 208 ss de “Una crisis total”.

¹⁴⁴ DSCCRE 6 de octubre, p. 1467. También Arturo Mori, *Crónica... II: La autonomía, El voto de la mujer. La propiedad. Texto taquigráfico de los discursos*, Madrid, Aguilar, 1932, pp. 256 ss: la actitud airada de Niceto Alcalá Zamora respondió a una nota de la Comisión constitucional, leída (aunque no propuesta: cf. *Proceso histórico, op. cit.*, pp. 93 ss) por Jiménez de Asúa, donde los comisionados apoyaron la defensa del dictamen efectuada por el radical-socialista Botella al contestar a Melquiades Álvarez (pp. 1450 ss), deslizando una queja por las intempestivas intervenciones de Alcalá Zamora cada vez que tenía que votarse un dictamen de la izquierda; cf. aún *Crónica... op. cit.*, pp. 271-272, con declaraciones sobre este incidente. Se añadió el malestar socialista por los planes de reforma agraria que impulsaba el aún presidente del gobierno: cf. Edward Malefakis, *Reforma agraria y revolución campesina, op. cit.*, p. 218.

Toda la riqueza del país, sea quien fuere su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las leyes.

La propiedad de toda clase de bienes podrá ser objeto de expropiación forzosa por causa de utilidad social mediante adecuada indemnización, a menos que disponga otra cosa una ley aprobada por los votos de la mayoría absoluta de las Cortes.

Con los mismos requisitos la propiedad podrá ser socializada.

Los servicios públicos y las explotaciones que afecten al interés común pueden ser nacionalizados en los casos en que la necesidad social así lo exija.

El Estado podrá intervenir por ley la explotación y coordinación de industrias y empresas cuando así lo exigieran la racionalización de la producción y los intereses de la economía nacional.

En ningún caso se impondrá la pena de confiscación de bienes¹⁴⁵.

2.2 Propiedad como hecho, y aun limitado

A este respecto, escribió Alcalá Zamora sobre la propiedad, “la Constitución... hace algo más que protegerla: definirla. Su definición... exigirá otro concepto en las diferentes legislaciones civiles. Y al reflejar éstas la imagen del derecho dominical, el contenido de éste, sus facultades, quedarán hondamente modificadas; porque del *jus abutendi* no se podrá hablar, el *jus utendi* será un *deber* y el *jus fruendi* la recompensa condicionada del ejercicio directivo de una función social”¹⁴⁶. En realidad, la nueva Constitución admitía la *propiedad* pero silenció, como vemos, su condición subjetiva de *derecho* y su ordinaria naturaleza *individual*¹⁴⁷. Omisión intencionada: en las palabras del citado Bugada, abogado del Estado y diputado socialista por Jaén, “no hemos reconocido en la Constitución lo que [se] ha llamado derecho de propiedad, hemos reconocido la propiedad, simplemente, y esto siempre con limitaciones que ya tantas veces hemos repetido en este debate: función útil que el propietario en ella desempeña”¹⁴⁸. De modo coherente, el art. 44 CRE no figuró en el

¹⁴⁵ DSCCRE 7 de octubre, 1931, pp. 1491-1492, que se aparta de la versión final en simples retoques de estilo.

¹⁴⁶ *Repercusiones de la Constitución*, op. cit., pp. 25-26; el nuevo Código penal (27 de octubre, 1932) apuntaló esta orientación al considerar delictivo el daño, la inutilización o la destrucción de cosa propia “de utilidad social” (art. 555). Importante, en el mismo sentido, la charla radiofónica “*Unas palabras del director general de Reforma agraria* [sc. Adolfo Vázquez Humasqué] *a los hombres de la tierra de secano*”, en Boletín del Instituto de Reforma Agraria nº 2, 1933, pp. 5-9.

¹⁴⁷ “El Estado reconoce el derecho de propiedad individual y colectiva”, había sugerido en los debates Ricardo Samper, *ibid.* 6 de octubre, p. 1488, como propuso en su día la Comisión Jurídica Asesora.

¹⁴⁸ La intervención de Jerónimo Bugada, motivada por otra de González Uña, en DSSCC 6 de octubre, 1931, p. 1476. Para Fernando Campuzano y Horma, “*El derecho de propiedad en la nueva Constitución española*” op. cit., pp. 4-10 (segunda entrega),

capítulo de “garantías individuales y políticas” (tít. III, cap. 1), sino entre las reglas sobre “familia, economía y cultura” (tít. III, cap. 2), esto es, la sede más adecuada para enunciar los derechos de contenido económico y social del momento democrático que incorporó el texto republicano.

No lo recibieron con aplauso los civilistas, como sabemos. Desde la *Revista de Derecho Privado* Fernando Campuzano y Horma, registrador de la propiedad (y exgobernador de Pontevedra, cesado cuando se proclamó la República), buscó en otras constituciones paralelos al texto español “para comprobar cómo el pensamiento, y a veces hasta las palabras de nuestra nueva constitución, son tomados de los extranjeros”; el motivo del extranjerismo (de dentro y fuera de Europa: Lituania, Alemania, Perú, México, Honduras, Ecuador...) como reproche, presente en los debates del proyecto constitucional en las Cortes según se vio, servía para minimizar las novedades republicanas y recordar que expropiar sin pago de indemnización encontraba su precedente en el art. 109 de la avanzada Constitución de Checoslovaquia (1920), pero también valía Weimar y la posibilidad de expropiación con pago de la “indemnización adecuada, a menos que una ley del *Reich* disponga otra cosa” (art. 153)¹⁴⁹. Que la expropiación forzosa (con o sin pago del justiprecio) era uno de los principios de la Constitución lo enseñaba por entonces Felipe Clemente de Diego, aunque argumentó que “los artículos constitucionales... no son de suyo operantes y necesitarán... ser traducidos y desarrollados en las disposiciones concretas de las leyes especiales, a las que a veces invoca el propio texto constitucional”¹⁵⁰. Expropiación y sistema fiscal progresivo eran las dos estrategias del socialismo para atentar contra la propiedad privada, se quejó finalmente Valverde, al reparar en el cambio de la *utilidad pública* como causa o razón de la intervención estatal en la propiedad por la más ambigua, y carente de precedentes foráneos, *utilidad social* del art. 44 CRE¹⁵¹. “No queremos decir con esto que se mantenga el concepto tradicional de la propiedad, ni que perdure el régimen económico indivi-

las Constituyentes habían reconocido la propiedad como simple hecho, rodeado de restricciones; por lo demás, la admisión de la propiedad *privada* fue solamente tácita.

¹⁴⁹ No añadió nada de particular, a pesar del título, Cirilo Martín Retortillo, “*La expropiación forzosa según la Constitución española*”, en RDP n° 19, 1932, pp. 106-108, con alusiones al derecho constitucional comparado y resumen de debates constitucionales. Para estos argumentos, *vid.* Javier Infante – Eugenia Torijano, “*Propiedad privada y expropiación forzosa: los engranajes de un binomio (1812-1931)*”, en Salustiano de Dios *et al.* (coord.), *Historia de la propiedad*, VII. *La expropiación*, Universidad de Salamanca – Servicio de Estudios del Colegio de Registradores, Salamanca, 2012, pp. 211-240.

¹⁵⁰ “*Técnica legislativa y codificadora*”, en RDP n° 21, 1934, pp. 65-82, conferencia dictada en el Ateneo de la Asociación Profesional de estudiantes de Derecho para “trazar las líneas generales de la reforma del Código civil, por consecuencia de los nuevos principios formulados en la Constitución del Estado”.

¹⁵¹ *Tratado... II: Parte especial. Derechos reales*, Talleres tipográficos Cuesta, Valladolid, 1936, pp. 49 ss. Pero seguía a Cirilo Martín Retortillo, “*La expropiación forzosa según la Constitución española*”, *op. cit.*

dualista, porque la función social de la propiedad privada requiere una racional transformación en su ejercicio y en su contenido; pero de eso a sacrificar la iniciativa individual y absorber el Estado o la corporación al individuo y eliminar la propiedad privada, hay un abismo”. El abismo que Valverde temía, lo mismo que otros colegas, venía de una legislación remota que marcaba confines y servía de contra-modelo.

Me refiero a la legislación soviética¹⁵². La oportuna traducción de los códigos rusos por el *Institut de droit comparé* de Édouard Lambert permitió difundir universalmente las llamativas novedades revolucionarias –incluso entre los opositores a cátedras¹⁵³– por más que estos textos legales, originales por técnica y contenido, ofrecieran el marco jurídico-privado de la “Nueva Política Económica” inaugurada por Lenin en el IX Congreso de los Soviets (31 de diciembre, 1921), corrigiendo las orientaciones más extremas (decreto de 10 de noviembre, 1917, de abolición del derecho de propiedad de los propietarios no campesinos, sin indemnización; decreto de 19 de febrero, 1918, de socialización de la tierra y abolición de la propiedad privada de tierras, bosques, aguas, subsuelo); en la medida de tal corrección estaba claro, por lo menos para el iusnaturalista Valverde, que “la vida no se desenvuelve a gusto de los hombres, ni las revoluciones, por muy radicales que sean, cambian la naturaleza de las cosas ni el poderío del legislador, aun siendo ilimitado, puede modificar lo que es propio y natural de la actividad humana”¹⁵⁴. Y sin embargo, subsistía en la República socialista federativa de los Soviets el dominio estatal de la

¹⁵² Cf. *Les codes de la Russie soviétique*, vol. 1: *Code de la famille*, traduit par Jules Patouillet. II. *Code civil*, traduit par Jules Patouillet et Raoul Dufour, Paris, Marcel Giard, 1925; vol. 2: *Code du travail. Code agraire. Code forestier. Code minier. Code vétérinaire*, traduits par Jules Patouillet, *ibid.* 1926; vol. 3: *Modifications et additions... Nouveau Code de la famille*, traduit par Jules Patouillet, *ibid.* 1928. La conferencia académica de Francisco Soler, *Función social de la propiedad del suelo*, Jaime Rates, Madrid, 1919, expuso con algún detalle las circunstancias de la revolución soviética y sus manifestaciones normativas, *vid.* pp. 21 ss.

¹⁵³ Y Alfonso de Cossío citaba en su memoria una misteriosa “Introducción al Código civil soviético”, trad. esp. Santiago de Chile, 1932, que no he sabido encontrar; en cualquier caso, tiene que tratarse de una versión de Édouard Lambert, “Introduction. La place des codes russes dans la jurisprudence comparative”, 1-46, en el vol. 1 citado. Por aquí se publicó Horacio de Castro, *Principios de Derecho Soviético. Prólogo de Luis Jiménez de Asúa. Textos íntegros de las Constituciones y Códigos. Comentarios*, Reus, Madrid, 1934.

¹⁵⁴ Calixto Valverde, *Tratado... II. Parte especial. Derechos reales*, Valladolid, Talleres tipográficos Cuesta, 1936, p. 46. Se diría que tenía estas ideas en la cabeza el juez Antonio Córdova del Olmo cuando se refirió en 1930 “a los que contemplan, por ejemplo, el fenómeno ruso con aversión o con miedo; a los que consideran la experiencia rusa como algo que todavía no es creíble, viendo con regocijo algunos saltos atrás en el sistema, se les puede decir que, con más o menos rigor, el régimen comunista está implantado desde hace trece años en Rusia, y que no se sabe si es menos firme la estabilidad del régimen soviético que la de cualquier otro Estado, en vez de tener por baluarte el terror rojo, tenga por apoyo y defensa al terror blanco”, que leo en Pascual Marzal Rodríguez, *El derecho de familia entre la II República y el primer franquismo*, Cizur Mayor, Aranzadi, 2022, p. 21.

tierra, objeto de concesión a los cultivadores directos a título de usufructo (art. 21, Código civil), aceptándose residualmente la propiedad privada (edificios no municipalizados, derecho de edificación, explotación de la tierra...) y, por ende, el derecho de disposición (cf. arts. 182-183); a su vez, el Código agrario autorizó la creación de un derecho de aprovechamiento (“usufructo trabajador”) que podía ser de titularidad individual y duración indefinida (art. 11)¹⁵⁵. Aunque la reforma rusa caminó hacia una más completa colectivización, lo conseguido por la Nueva Política Económica no dejó de tener consecuencias en España: con el art. 44, párrafo 2º CRE a la vista, las incautaciones decretadas por los Soviets no podían resultar contrarias, antes lo vimos, al orden público español¹⁵⁶. “Con las imperfecciones derivadas de su precipitada elaboración”, concluyó De Buen¹⁵⁷, la ley civil soviética sin embargo “está inspirada en un sentido humano, de justicia social, que ha ejercido y ha de ejercer, con adecuadas rectificaciones, un transcendental influjo en el derecho de nuestro tiempo”.

2.3 La reforma agraria

Por ejemplo, en el derecho republicano. “La propiedad es una función social”, recordó Sánchez-Román, “pero, naturalmente, ese principio, a fuerza de ser traído y llevado por intentos de jurisprudencia, por Códigos modernos, por Constituciones contemporáneas, ha descubierto su secreto; y el secreto de esa fórmula, más pomposa que efectiva, es querer valer como defensa de una propiedad decadente que no ha cumplido nunca sus fines, y que no los cumplirá jamás, si nos entretenemos con recordar, muy simplemente, que tiene en su mano el depósito de una función social que le invitamos a cumplir”¹⁵⁸.

La intrusión del Estado en la propiedad particular, admitida en los términos que conocemos, fue el fundamento de un decreto próximo a la Constitución contra ciertas prácticas de las cooperativas de casas baratas, donde “la especulación pretende dominar sobre la función social en que debe inspirarse la obra de proporcionar vivienda a las clases modestas” (21 de enero, 1932, *Gaceta* del 22). Otro decreto sometió a la autorización del gobierno –“el artículo 44 de la Constitución permite una defensa eficaz de los intereses nacionales”– la adquisición de suelo

¹⁵⁵ “La [revolución] rusa”, concluyó sumariamente Francisco Soler, *Función social de la propiedad del suelo*, p. 29, “va contra la propiedad ó disfrute de la tierra por quien no sea su directo cultivador”. Cf. también Calixto Valverde, *Tratado... II op. cit.*, pp. 759 ss.

¹⁵⁶ Además del citado Federico de Castro, *vid.* Felipe Clemente de Diego, “*Técnica legislativa*”, *op. cit.*

¹⁵⁷ *Introducción*, *op. cit.*, p. 254; también, del mismo, *Derecho civil común*, *op. cit.*, pp. 160-161. Llamó la atención la “observación” inserta en el recordado art. 21, que suprimía la vieja distinción de bienes muebles e inmuebles; cf. [Francisco Bonet Ramón, en José María Manresa, ed.], *Comentarios al Código civil español... III*, *op. cit.*, p. 14.

¹⁵⁸ DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5949.

rústico por sociedades extranjeras (decreto 16 de febrero, 1932; *Gaceta del 18*); siguió una catarata de decisiones singulares –para instalaciones agrícolas e industriales o para establecer servidumbres y otros derechos, como la hipoteca– que no llamaron mucho la atención¹⁵⁹. “El sistema de nuestro Código se encuentra hondamente modificado”, admitió el *Manresa* de Bonet¹⁶⁰, “pues, a partir del advenimiento de la República, se han introducido importantísimas limitaciones, sobre todo en el régimen de la propiedad agraria, inspiradas en el criterio de que la propiedad envuelve una función social, como proclama el artículo 44 de la Constitución vigente... que culminan en la ley de Reforma Agraria, de 15 de septiembre de 1932”. Y aquí llovía sobre mojado¹⁶¹.

“Zumos de la tradición cristiana”, que dijo el católico Severino Aznar, la cuestión agraria era “un punto de partida y una norma fundamental de este Gobierno... si lleva esa norma de justicia a la ley y a la realidad,

¹⁵⁹ El ministerio de Justicia procedía a partir de los informes de Hacienda y del Instituto de Reforma Agraria, encargados de comprobar que se trataba de adquisiciones necesarias para la explotación del negocio y sin inconvenientes para la aplicación y efectividad de la ley agraria, “ya que siempre habría de quedar a salvo el preferente derecho del Estado para el caso de que fuese procedente la expropiación de la referida finca”. *Vid.* orden de 1 de febrero, 1936 (*Gaceta del 5*) “autorizando a la Sociedad mercantil González Byass y C^a Limitada para que pueda adquirir la finca que se describe”; también, orden de 10 de febrero del mismo año (*Gaceta del 13*), “autorizando a la Sociedad Minera y Metalúrgica de Peñarroya para que pueda adquirir por permuta las fincas que a continuación se indican”; orden de 4 de mayo del mismo año (*Gaceta del 8*) “concediendo a la Sociedad anónima Real Compañía Asturiana de Minas, domiciliada en Bruselas, autorización para adquirir y constituir el derecho real de servidumbre de acueducto de desagüe sobre las fincas que se reseñan”. Para observar los primeros meses de vigencia de este sistema sirve la *Gaceta* de 17 de julio, 1932, con varios decretos de autorización aprobados el día 15.

¹⁶⁰ *Comentarios al Código civil español...* III, *op. cit.*, p. 8.

¹⁶¹ Tras la obra pionera, antes citada, de Edward Malefakis, *Reforma agraria y revolución campesina* (1971), desde hace unos años se vuelve sobre este asunto, con la crisis financiera del 2008 como parteaguas de la producción historiográfica. Me limito a consultar algunos trabajos recientes: Ricardo Robledo Hernández, “La reforma agraria durante la Segunda República (1931-1939)”, en *Revista de Estudios Extremeños* n° 71, 2015, pp. 19-48; Ricardo Robledo – Ángel L. González Esteban, “Tierra, trabajo y reforma agraria en la Segunda República española (1931-1936): algunas consideraciones críticas”, en *Historia Agraria* n° 72, 2017, pp. 7-36; Luis Garrido-González, “Reforma agraria y derechos laborales en la Segunda República Española (1931-1936)”, en *Anuario Cátedra Blas Infante* n° 2, 2019, pp. 103-134; Yeongjo Hwangbo, “Una nueva aproximación al sentido de la política agraria de M. Giménez Fernández”, en *이베로아메리카 제 권호* [Iberoamericana] n° 13, 2011-12, pp. 295-334; Miguel Ángel Giménez Martínez, “El fracaso de la reforma agraria en las Cortes de la Segunda República”, en *Bulletin d’histoire contemporaine de l’Espagne* n° 51, 2017, pp. 197-217; Juan Carmona – James Simpson, “Capacidad del Estado y fracaso de la reforma agraria en España (1931-1936)”, en *Ayer* n° 119, 2020, pp. 253-285. Para una materia en que el relato histórico se convierte en tesis económica –de una particular, sesgada especie de economía– ofrece un informado balance Ricardo Robledo, “La reforma agraria de la Segunda República. Un comentario bibliográfico (1996-2016)”, en Francisco Comín y otros (eds.), *Instituciones políticas, comportamientos sociales y atraso económico en España (1580-2016). Homenaje a Ángel García Sanz*, Ediciones de la Universidad de Salamanca, Salamanca, 2017, pp. 373-397. Interesa también Javier Infante, “El derecho de propiedad”, *op. cit.*

habrá tenido un enorme acierto y a eso nosotros colaboraremos con toda lealtad”¹⁶². Común punto de partida (“la necesidad de mantener la propiedad subordinada al poder del Estado”)... mas sujeto a desarrollos divergentes: aunque los comentaristas aplaudieran al presidente Alcalá Zamora por haber abierto la puerta a políticas futuras con más o menos grados de socialización de la propiedad¹⁶³, el art. 44 CRE contenía una amalgama de principios opuestos, pendientes de concreción en leyes que podían seguir, y que de hecho siguieron, las direcciones más dispares: la ley agraria del bienio constituyente (ley de bases de 15 septiembre, 1932, *Gaceta* del 21) nada tuvo que ver con la contrarreforma aprobada por las derechas (ley de 9 de noviembre, 1935, *Gaceta* del 19)¹⁶⁴, derogada a su vez (“restringe considerablemente los términos de redistribución de la tierra”) por decreto de 16 de abril, 1936 (*Gaceta* de ese día), para ser sustituida por otro proyecto de ley con igual fecha. Sacudida por transacciones parlamentarias y por divisiones en el seno de socialistas y radicales, la ley de 1932 igualmente combinó criterios opuestos, y se oyó decir en el salón de las Cortes que “el proyecto ministerial y el dictamen consiguiente... son la resultante de... principios que allá, en su fondo, en su raíz más profunda, son internamente contradictorios. De modo que en su desarrollo futuro tal vez ocasionen complicaciones y dificultades”¹⁶⁵. Con mayor o menor atrevimiento había que corregir, empero, la decadencia de la vida rural española, hundida tras un largo y terrible siglo de ocaso imperial, guerras civiles y desamortizaciones –la reforma agraria del mercado (ha escrito Ricardo Robledo)– que había degradado sobremanera la situación del campesinado.

Para favorecer las políticas redistributivas, ensayadas con éxito en otros países europeos (Gales y Escocia, Finlandia, Noruega, Italia... por

¹⁶² “Curso de conferencias sobre la Encíclica *Rerum novarum*. Discurso inaugural”, en La lectura dominical (Madrid), 9 de mayo, 1931, pp. 169-171.

¹⁶³ Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución Española*, *op. cit.*, pp. 191 ss. Antonio Royo Villanova, “Un acierto de Martínez Barrio”, en *La Libertad*, 11 de abril, 1934, p. 1, resaltó el contraste, a propósito de la referencia a la función social en el Estatuto del gobierno provisional (nº 5), entre “el ambiente distinto que rodeaba al Gobierno provisional y el que tuvieron los Gabinetes no presididos por el Sr. Alcalá Zamora. Esa misma frase tan expresiva de la función social de la tierra no asustó a nadie, porque todas las derechas conscientes propugnan y defienden una acción social del Estado. Pero una cosa es la política social y otra muy distinta la política socialista... El respeto a la propiedad privada es perfectamente compatible con la función social de la propiedad”.

¹⁶⁴ “El falseamiento de la reforma”, ha escrito Ricardo Robledo, “se llevó a cabo anulando el Inventario de fincas expropiables, la expropiación sin indemnización (efectuada con tierras de la Grandeza), reduciendo el presupuesto del IRA y aceptando indemnizar las tierras expropiadas a precio de mercado, decisión que al no ir acompañada de la correspondiente partida presupuestaria supuso la paralización de hecho de la reforma”. Cf. “*La reforma agraria durante la Segunda República (1931-1939)*”, p. 30.

¹⁶⁵ DSCCRE 10 de mayo, 1932, p. 5481. Palabras de Juan Diez del Moral (Asociación al Servicio de la República), uno de los que habían formado parte, en la clase de “agricultores”, de la Comisión Técnica Agraria que elaboró un primer estudio de la cuestión.

nada decir de la Europa oriental)¹⁶⁶, se unían en España la concentración de la propiedad rústica y su baja productividad, el trabajo discontinuo de los jornaleros –con tasas de paro que llegaban al 30% en Andalucía– y el consiguiente conflicto social, sobre todo cuando la República extendió la legislación laboral al trabajo agrícola: con derechos sindicales, jornada de ocho horas, jurados mixtos (decreto de 7 de mayo, 1931; *Gaceta* del 8), laboreo forzoso y contratación preferente de la gente local se rompió el triángulo institucional –gobernador, alcalde, guardia civil– que había sojuzgado al jornalero de la Restauración. La combinación de titularidad estatal y concesión de la tierra para disfrute, consagrada en el Código de los Soviets como sabemos, podía ser una excelente solución, sin perjuicio de las dificultades teóricas (me refiero a la dogmática de los derechos reales) y económicas derivadas del párrafo 2º del art. 44 CRE, esto es, del pago de indemnización a los propietarios afectados por la reforma. Pero a veces lo más viejo podía ser lo más nuevo: “siempre he creído que tenemos en España una tradición en nuestro Derecho agrario, que necesitamos resucitar”, declaró el ministro Fernando de los Ríos¹⁶⁷, “no creando nuevos propietarios, al modo burgués, sino usufructuarios, con lo que el Estado siempre tiene el control de la renta: la enfiteusis. Esto, en realidad, es un sistema de nacionalización de la tierra, y el propietario encuentra todas las posibilidades de disponer del fruto de su trabajo, sin que haya nadie que controle la renta más que el Estado, que puede realizar revisiones periódicas para no perder los beneficios de la plusvalía”. Aunque, una vez más, las cosas no fueron tan sencillas.

En primer lugar, los decretos agrarios del gobierno provisional, aprobados mientras se discutía la Constitución, adelantaron lo dispuesto en su art. 44 y lo que vendría después con la ley de la reforma agraria, de 15 de septiembre, 1932 (*Gaceta* del 21). En segundo lugar, y en coincidencia con la discusión parlamentaria de esta ley, una contundente medida salió al paso, apenas dos semanas después, de la intentona de Sanjurjo y sus amigos, “disponiendo la expropiación, sin indemnización, en beneficio del Estado, de todas las fincas rústicas y derechos reales impuestos sobre fincas rústicas, cualesquiera que sean su extensión y cultivo, que sean propiedad de cuantas personas naturales y jurídicas han intervenido en el pasado complot contra el Régimen” (ley de 24 de agosto, 1932;

¹⁶⁶ Rica es la información analizada por Jan Voželínek, *La réforme agraire en Tchécoslovaquie*, Paris, Institut de Hautes Études Agraires, sin fecha, uno de los estudios que llegaron a manos de la Comisión parlamentaria. Y todo ello “aparte Rusia”, escribió Valverde, “que más bien que reforma agraria realizó una nacionalización de todos los bienes del suelo o del territorio”; cf. *Tratado...* II, *op. cit.*, p. 757, del largo “capítulo adicional” sobre “La reforma agraria” (pp. 756 ss). Gracias a Luis Velasco (Universidad de Valladolid) conozco que el primer tomo del *Tratado* (4ª edición) se anunció como novedad en *El Norte de Castilla* del 1 de febrero, 1935, p. 1; el tomo II tuvo que salir en la segunda mitad de 1936, pues Valverde citaba (p. 838) la ley de 18 de junio, 1936.

¹⁶⁷ Cf. de nuevo Ahora (Madrid), 29 de noviembre, 1931, p. 5.

Gaceta del 25)¹⁶⁸. Los golpistas, nostálgicos de la monarquía, corrieron así la suerte patrimonial del exrey Alfonso de Borbón, cuyos bienes (y de los consanguíneos hasta el cuarto grado) habían sido declarados *res extra commercium* hasta que finalizase el inventario de los adscritos al Real Patrimonio (decreto de 25 de abril, 1931; *Gaceta* del 28); siguió el juicio político y la definitiva incautación a beneficio del Estado¹⁶⁹. Tras esas primeras aplicaciones de la cláusula de expropiación sin pago del justiprecio prevista en el art. 44 CRE, la reforma agraria extendió igual solución a las fincas de la grandeza de España (cf. aún decreto de 18 de septiembre, 1932; *Gaceta* del 20), de modo que no le faltó razón al decano del Colegio de abogados de Barcelona cuando consideraba, algo alarmado, que en la nueva España republicana “tota proprietat és precària, perquè a tota hora l’Estat pot reclamar per a ell... aquella que vulgui i bé li sembli, pels fins públics o socials, com es diu ara, que cregui pertinents”¹⁷⁰.

Del derecho eminente del Estado al dominio absoluto sobre la tierra, en definitiva. La ansiada ley fue fruto de varios proyectos –el primero, obra de una amplia Comisión Técnica Agraria de ingenieros, juristas, labradores, economistas, administrativos y obreros, reunidos bajo la presidencia del ubicuo Sánchez-Román (decreto de 21 de mayo, 1931; *Gaceta* del 22)– y de la intensa labor de la Comisión parlamentaria que analizó los sucesivos textos, aprobándose finalmente en la misma sesión que dio el visto bueno al Estatuto de Cataluña (y con una mayoría casi idéntica)¹⁷¹. La feliz coincidencia revela la conexión de la

¹⁶⁸ La misma solución incorporó el decreto de 7 de octubre, 1936 (*Gaceta* del 8), “acordando la expropiación, sin indemnización y a favor del Estado, de las fincas rústicas, cualquiera que sea su extensión y aprovechamiento, pertenecientes en 18 de Julio del año actual a las personas naturales o sus cónyuges y a las jurídicas que hayan intervenido de manera directa o indirecta en el movimiento insurreccional contra la República”. Mientras tanto, los insurrectos destruían desde el Boletín de la Junta Nacional de Defensa de España los logros reformistas (cf. por ejemplo decreto de 25 de septiembre, 1936, *Boletín* de del 28); peor –mucho peor– fue la política genocida de ejecuciones en masa del teniente coronel Juan Yagüe, en venganza por la ocupación de fincas: cf. Francisco Espinosa Maestre, “La columna de la muerte. 1936, Badajoz bajo el terror fascista”, en *Actas de las V Jornadas de Historia en Llerena*, Sociedad Extremeña de Historia, Llerena, 2003, 27-38; del mismo, *La columna de la muerte*, Crítica, Barcelona, 2003.

¹⁶⁹ DSCCRE 19 de noviembre, 1931, pp. 2502-2530. Cf. Demófilo de Buen, *Derecho civil común I*, *op. cit.*, pp. 112-113.

¹⁷⁰ Ramon d’Abadal i Calderó, “*Les noves tendències referents al dret de propietat*”, en *RJC* n° 39, 1933, pp. 15-29, p. 18. “La propiedad rústica en España estará siempre expuesta a una expropiación”, precisó por su parte Valverde, “que producirá un enervamiento y un temor en el propietario bastantes para no emplear toda la actividad y todos los medios económicos de que sería capaz”, *Tratado... II*, *op. cit.*, p. 785.

¹⁷¹ La Comisión Técnica quedó al margen de los decretos agrarios, que desconocieron su cometido: cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5950, con las quejas al respecto –“no respondieron a los resultados que se tenían especialmente previstos y deseados”– de Felipe Sánchez-Román. Para conocer la larga tramitación de la ley, además de la obra de Malefakis, es útil Oscar Anchorena Morales, “*Los debates en Cortes sobre la Ley de Bases para la Reforma Agraria. Marzo-Septiembre de 1932*”, en *Historia Autónoma* n° 1,

propiedad agraria con la autonomía regional, como demostró la crisis provocada por la ley catalana de contratos de cultivo en 1934¹⁷²; por desconocer la relación entre la tierra y las regiones –competentes, según la Constitución, para disciplinar el territorio, junto al derecho civil¹⁷³– la universalidad de la ley de 1932 fue uno de sus puntos débiles, justamente criticado¹⁷⁴.

Todavía hoy resulta llamativa la diligencia de las Constituyentes al despachar las leyes que sentaban los fundamentos del nuevo régimen. Sin ir más lejos, la Constitución: el 28 de julio, 1931 se votó la Comisión encargada de elaborar el proyecto y la aprobación final, tras intensos debates, tuvo lugar el 9 de diciembre – incluida la pérdida momentánea del texto en un taxi de la capital¹⁷⁵. Y la respuesta a la Sanjurjada (10 de agosto, 1932), con aprobación de una ley especial de expropiación de los bienes rústicos y los derechos reales de los conspiradores (24 de agosto, 1932), fue como ya sabemos cosa de unos días¹⁷⁶. Sin embargo, el problema político y social de redistribuir la tierra ocupó a las Cortes casi todo el Bienio: desde la creación de la Comisión Técnica Agraria encargada de preparar –inútilmente– un primer estudio sobre la cuestión (21 de mayo, 1931) hasta la aprobación de la ley (15 de septiembre, 1932) transcurrió

2012, pp. 121-136. También, Miguel Ángel Giménez Martínez, *“El fracaso de la reforma agraria en las Cortes”*, *op. cit.* Pero estos estudios no han acudido a los documentos parlamentarios de la ley, en ACD, Serie general, legajo 543, expt. n.º 1; los sigo en lo sucesivo, salvo advertencia.

¹⁷² Lo recuerda ahora Rubén Pérez Trujillano, *Jueces contra la República. El poder judicial contra las reformas republicanas*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2024, pp. 109 ss.

¹⁷³ Cf. Felipe de Arín y Dorronsoro, *“El nuevo proyecto de ley agraria requiere fundamentales modificaciones”*, en *Revista de los tribunales y de legislación universal* [Revista de los tribunales] n.º 66, 1932, pp. 265-270, p. 266.

¹⁷⁴ “Toda reforma agraria tendrá que hacerse”, opinó Sánchez-Román, “diversificando, tanto como lo estan sus respectivas economías, diferentes comarcas y territorios del país; y toda afirmación que en el origen, a la cabeza de la ley, declar[e] su alcance a todo el territorio nacional, está denunciando desde su origen un error gravísimo”, en DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5951. El gaditano Fermín Aranda, médico que militaba en Izquierda Republicana, denunció por su parte la “centroterapia” dispensada a los males de la agricultura, como único remedio “a cualquier conflicto local con un absoluto desconocimiento de lo que es la realidad y de lo que son las provincias y las regiones”, en DSCCRE 15 de junio, 1932, p. 6221; sobre la incidencia de la ley en el derecho foral de Navarra *vid.* DSCCRE 7 de septiembre, 1932, discusión entre Rafael Aizpún (pp. 8630 ss) y Mariano Ansó (pp. 8636 ss).

¹⁷⁵ Cf. Enrique Roldán Cañizares, *Luis Jiménez de Asúa. Derecho penal, República, exilio*, Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2019, pp. 41-42, n. 98.

¹⁷⁶ Cf. DSCCRE 17 de agosto, 1932, apéndice 8, “Dictamen de la Comisión de la Presidencia sobre el proyecto de ley relativo a la expropiación de fincas rústicas y Derechos reales propiedad de cuantas personas han intervenido en el pasado complot” y voto particular de Cándido Casanueva; se introdujeron apenas “ligeras modificaciones” en el proyecto del gobierno. El debate tuvo lugar al día siguiente, con notables intervenciones: Eduardo Ortega y Gasset denunció que magistrados (de Palma) y diplomáticos (en Londres y París) eran abiertamente contrarios al régimen republicano; Sánchez-Román puso de relieve escrúpulos de legalidad.

casi año y medio¹⁷⁷. La dificultad objetiva de la reforma, las divisiones de los partidos, el cambio de gobierno y las indecisiones del ministro Marcelino Domingo –varias veces señalado por Azaña, para mal, en sus *Diarios*– no ayudaron precisamente a la rapidez de los trámites¹⁷⁸. Hasta llegó a presentarse un proyecto a iniciativa de Alcalá Zamora que seguía el dictamen de la Comisión Técnica, con la sola, admirable novedad, de diseñar “una Reforma agraria para beneficio del propietario”¹⁷⁹.

“El problema agrario era antes de 1918 un problema en Europa que quedaba incluido y cerrado dentro de los límites de la teoría... Con la revolución rusa... el problema dejó de ser teoría para convertirse en todos los pueblos de Europa sensibles a su responsabilidad, en un problema de obligada resolución”¹⁸⁰. El *iter* legislativo que siguió la reforma en la más rezagada España comenzó con la elección de la Comisión encargada de dictaminar los proyectos del gobierno (cf. DSCCRE 25 de agosto, 1931, apéndice nº 9)¹⁸¹. Tras más de noventa reuniones bajo la presidencia del notario Juan Díaz del Moral, diputado por Córdoba y autor de la admirada *Historia de las agitaciones campesinas andaluzas* (1929)¹⁸², los diputados analizaron el texto de la Comisión Técnica Agraria y los remitidos por el gobierno, con la documentación sobre fincas del Estado, numerosos y variados informes y las mil y una manifestaciones que llegaron de toda España –a favor o en contra, y muchas con la velocidad del telegrama– según requería la gravedad de los intereses en juego y la efervescencia cívica que trajo consigo la República: de la Sociedad Mutualista Campesina de Celas (Coruña) a la General Agropecuaria de la Cuenca Hidrográfica del Ebro, los vecinos de Viñaparda (Salamanca), la Juventud Socialista de Pamplona, la Sociedad de Obreros Albañiles (Centro Obrero) de Tortosa, la Sociedad Obrera “Unión General de Trabajadores” de

¹⁷⁷ Para tener una noción general de su envergadura, sepamos que las 24 bases de la reforma agraria cubrieron unas 21 columnas de la *Gaceta*; la Constitución, con 125 artículos y dos disposiciones transitorias, se alargó diez o doce más.

¹⁷⁸ Manuel Azaña, *Diarios, 1932-1933. “Los cuadernos robados”*, Crítica, Barcelona, 1997, por ejemplo pp. 61-62 (7 de septiembre, 1932).

¹⁷⁹ Cf. Felipe Sánchez-Román, en DSCCRE 1 de junio, 1932, pp. 5050-5951.

¹⁸⁰ Discurso de Marcelino Domingo, en DSCCRE 15 de junio, 1932, p. 6214. Salvo dislate o saña por parte del taquígrafo, la lectura de la intervención del señor ministro no dice mucho ni bien de sus capacidades oratorias.

¹⁸¹ Cf. DSCCRE 7 de octubre, 1931, apéndice nº 2 (primer dictamen); *ibid.* 26 de noviembre, apéndice 8º (segundo dictamen); *ibid.* 5 abril, 1932, apéndice nº 3 (tercer dictamen).

¹⁸² La Comisión parlamentaria comenzó sus trabajos el 27 de agosto, 1931. Díaz del Moral –que había pertenecido a la Comisión Técnica de Sánchez-Román– presentó su dimisión casi al final del proceso (23 de agosto, 1932), cuando una “labor abrumadora, desplegada principalmente en dos veranos consecutivos, ha quebrantado seriamente mi capacidad de trabajo; y como en los nuevos rumbos, que, según parece, va a emprender el Proyecto; como en las sesiones permanentes que exigirá tal vez su aprobación, me sería materialmente imposible cumplir, con la asiduidad necesaria, mis deberes de Presidente, devuelvo el cargo a la Comisión que me lo confirió”. Lo sustituyó Ramón Feced.

Sartaguda (Navarra), las Sociedades Lealtad y Constancia de Madroñera, la Casa del Pueblo de Navas de San Juan, la Asociación Nacional de Cunicultores o la Sociedad de Labradores “La Unión”, de Pravia. Notarios, banqueros, ingenieros, economistas... inundaron de papeles a las Cortes; los diplomáticos enviaron por valija textos y leyes sobre los casos checo, transilvano, moldavo, estonio, polaco... pues, aunque el gobierno manifestase (preámbulo del segundo proyecto) que “ningún pueblo de Europa tiene una historia tan rica de experiencias agro-sociales como el nuestro; ningún otro se halla, pues, en condiciones mejores para aprender en su pasado y enveredar los actos del Estado por donde han discurrido los que han mostrado la virtualidad del éxito”, lo cierto más bien era que la práctica reformista extranjera se observaba en Madrid con toda atención¹⁸³. De interés singular para el caso español resultó ser la ley checoslovaca de 16 de abril, 1919, “sobre el embargo de grandes propiedades territoriales”, esto es, las fincas de extensión superior a 150 hectáreas de suelo laborable (250 ha. en otro caso: art. 2) incautadas por el Estado para su redistribución (art. 5); la posibilidad constitucional de expropiar sin indemnización se desarrollaba en el art. 9 en relación con los súbditos enemigos, los miembros de la casa de Habsburgo-Lorena, los mayorazgos de la abolida nobleza, las propiedades cuyo disfrute se basara en el ejercicio de funciones, cargos y dignidades extranjeras, las posesiones adquiridas ilegalmente, los bienes de las personas que durante la guerra se hubieren conducido contra la nación checoslovaca y, finalmente, las fincas adjudicadas al Estado en pago de impuestos¹⁸⁴. El precepto siguiente señalaba –con una amplitud desconocida en España– a los beneficiarios de las

¹⁸³ El diputado Amadeo Aragay, diputado de Esquerra y autor de un largo discurso en el debate de totalidad, no omitió leer la ley de reforma agraria de Checoslovaquia, aludiendo además a las disposiciones equivalentes tomadas por los Estados Bálticos y Bulgaria; otro diputado catalán, Pedro Rahola, apostilló que la ley checa invocada ya había sido reformada a esas alturas (1922). Cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5938.

¹⁸⁴ “Über die Entschädigung für den übernommenen Besitz wird durch ein besonderes Gesetz entschieden werden. Durch ein besonderes Gesetz wird der Grundsatz durchgeführt werden, daß ohne Entschädigung übernommen wird: der Besitz feindlicher Staatsangehöriger, der Mitglieder der ehemaligen Dynastie Habsburg-Lothringen, der Besitz von Stiftungen, die auf den Rechten des durch das Gesetz vom 10. Dezember 1918, S. d. G. u. V. Nr. 61, aufgehobenen Adels beruhen; der Besitz, dessen Genuß auf der Ausübung von ausländischen Funktionen, Ämtern und Würden beruht, oder der mit einer solchen Funktion, einem solchen Amte oder einer solchen Würde verbunden ist; der unrechtmäßig erworbene Besitz; der Besitz von Personen, die sich gegen die tschechoslovakische Nation im Weltkriege gröblich vergangen haben; endlich der Besitz, der nach den Bestimmungen der Finanzgesetze dem Staat als Abzahlung auf die Vermögensabgabe zufallen wird. Bei der Übernahme des beschlagnahmten Besitzes ist so vorzugehen, daß die Personen, für welche auf dem beschlagnahmten Besitze Rechte haften, sowie die Personen, die gegen den bisherigen Eigentümer ein Recht aus einem Dienst-, Versorgungs- oder Pachtverhältnisse haben, nicht verkürzt werden”, que reproduzco a partir de uno de los libros que obran en el expediente de las Cortes: Gerhard Fenner – Dr. von Loesch, *Die neuen Agrargesetzen der ost- und südosteuropäischen Staaten I*, Berlin, Hans Robert Engelmann, 1923.

fincas expropiadas: pequeños labradores y obreros agrícolas, soldados e inválidos de guerra, sindicatos, cooperativas de consumo o producción así como “municipios y otras corporaciones de derecho público para fines de interés general y a establecimientos científicos y humanitarios, haciéndose la entrega en propiedad o en arrendamiento”; en Madrid se sabía¹⁸⁵ que esta ley había permitido expropiar la friolera de 10.000 km². Su traducción se completó con bibliografía en lengua alemana, italiana y francesa e informaciones sobre Polonia y Rumanía¹⁸⁶. Una nueva generación de oficiales letrados –varios formados en el extranjero gracias a la Junta para la Ampliación de Estudios¹⁸⁷– enriqueció el trabajo legislativo con buen criterio jurídico y derecho comparado, sobre todo cuando, como ahora, las normas españolas seguían la corriente europea de socialización de las instituciones jurídico-privadas¹⁸⁸.

“Admitiendo todos la necesidad de una reforma agraria, nadie esta conforme con su compañero o con su contradictor, respecto de lo que ha de entenderse por reforma agraria, en qué deba consistir ésta, cuál es, en definitiva, su concepto autentico”¹⁸⁹. Y en efecto, sobre una convicción

¹⁸⁵ Cristóbal de Castro, “Hacia otra España. La reforma agraria”, en *La Libertad* (Madrid), 5 de junio, 1931, p. 1. Sabemos también que Sánchez-Román usó en su cursillo de derecho agrario la obra de Paolo Albertario, *La riforma fondiaria in Cecoslovacchia* (1929).

¹⁸⁶ Además de ejemplares del boletín legislativo checo (en alemán: cf. *Sammlung der Gesetze und Verordnungen*, 17 Februar 1920; *ibid.* 19 August, 1922, ley que modificaba la de 1920), la Comisión tuvo a la vista la colección citada de Gerhard Fenner – Dr. von Loesch, *Die neuen Agrargesetzen*, *op. cit.*, así como varios folletos y artículos: Veriano Ovečka S. J., “*La riforma fondiaria cecoslovaca*”, en *La Civiltà cattolica*, 1929, 40 pp. (separata); Jan Voželinek, *Résumé des résultats acquis de la réforme foncière dans les pays de Bohême et de Moravie-Silésie, avec trois cartogrammes*, Praha 1930, 22 pp. más mapas; del mismo, “*Die tschechoslovakische Bodenreform*”, en *Prager Presse* (Praga) 7. Juni, 1931, 24 pp. (separata); *La réforme agraire en Tchécoslovaquie*, *op. cit.* En el expediente obran también leyes para varias regiones de Rumanía (1921, 1924) y un ejemplar de la gaceta oficial polaca.

¹⁸⁷ Y la mencionada Junta había representado, para el ministro Fernando de los Ríos, uno de los momentos capitales de “gestación del nuevo movimiento político y cultural”: cf. “*Las etapas de la revolución en la intimidad espiritual de España*”, en *Crisol*. Revista mensual (México) n° 4, abril 1932, pp. 211-222, p. 211.

¹⁸⁸ Cf. Sebastián Martín, “*Los juristas ante la Segunda República*” *op. cit.*, pp. 68 ss para los técnicos de las Cortes. He consultado la documentación de las oposiciones convocadas el 19 de febrero, 1932 (ACD, Gobierno interior, legajo 103, expte. n° 1), con las instancias y los ejercicios; de 85 firmantes sacaron plaza seis brillantes opositores, en su mayoría futuros catedráticos de Universidad: Jesús Rubio (Mercantil, 1954), José M^a Marín y Silva (ha dejado algún rastro como literato), Francisco Ayala (Político, 1935), Gaspar Bayón (Trabajo, 1956), Joaquín Rodríguez (Mercantil, 1936), José R. Medina Echevarría (Filosofía del Derecho, 1935). Brillantes y políglotas: por ejemplo, Rubio declaraba en su instancia estar en posesión de los idiomas francés, alemán, italiano y latín (ACD, Gobierno interior, legajo 298, expte. n° 11); Rodríguez hizo lo propio con esas tres lenguas modernas (*ibid.*, n° 9).

¹⁸⁹ DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5948, con el discurso de Felipe Sánchez-Román en el debate de totalidad de la “constitución agraria de nuestro país”. Una presentación general de los problemas que suscitaba el proyecto de ley, en clave marcadamente crítica (retroactividad, formas de expropiación y pago, asentamientos infrafinanciados, censos,

general favorable a la reforma –pero sólo salió adelante cuando Manuel Azaña agarró el toro por los cuernos– las actas de la Comisión parlamentaria muestran una constante disparidad de criterios, votos particulares y frágiles acuerdos; anticipo de los discursos, disensiones y numerosas enmiendas presentadas ante el pleno de las Cortes. Tanto y tan complejo es el historial legislativo y su resultado que sólo parece posible presentar unas cuantas generalidades sobre la que se llamó, incluso círculos oficiales, la “Constitución rural de España”¹⁹⁰. (O su “Código rural”, como también se dijo con otro término cargado de sentido)¹⁹¹.

Sepamos, primeramente, que la ambigüedad del art. 44 CRE al regular la propiedad y la presencia del Estado en las relaciones económicas se extendió a una ley sometida a interpretaciones diversas en el momento de su aplicación¹⁹². Por ejemplo, sin necesidad de que llegase la contrarreforma de las derechas, un testimonio elocuente sobre la difícil puesta en práctica de la ley se dio en el cortijo llamado de Las Arroyuelas (1.222 ha.), sito en el término de Carmona, una zona de propiedad latifundista¹⁹³. Arrendado a Luis Alarcón de la Lastra, militar y futuro ministro de Franco, esas tierras habían pertenecido a Jacobo Stuart, exduque de Alba, a quien fueron expropiadas sin indemnización en el verano de 1933 (cf. base 12^a, letra a, de la ley de 1932)¹⁹⁴; se trataba de asentar

deuda pública especial agraria...), ofreció Abilio Calderón, “*La Reforma agraria*”, en *Revista Política y Parlamentaria* n° 1, 1932, pp. 46-50.

¹⁹⁰ Cf. base 3^a de la ley de 1932, sobre el Instituto de Reforma Agraria, “órgano encargado de transformar la Constitución rural de España”; más abajo encontraremos la expresión similar “Constitución jurídico-territorial de España!”. Para la doctrina cf. Alfonso Madrid, *Constitución agraria de España. Examen y comentarios al contenido de la Ley de Bases y cuantas otras disposiciones complementarias constituyen la reforma agraria*, Nuevas Gráficas, Madrid, 1933; Francisco D. de Arcaya, *La reforma agraria de 15 de septiembre de 1932, comentada con su doctrina parlamentaria y disposiciones complementarias*, Reus, Madrid, 1933, p. 2.

¹⁹¹ Así el prologoista del tratado de Arcaya, Alfredo Vázquez Humasqué, que fue director general del ramo: “verdadero Código rural de España”. De “Código del campo” habló en las Cortes el socialista extremeño Juan Canales, cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, p. 5947

¹⁹² “El criterio de la ley española es de un tono gris”, opinó en general Calixto Valverde, “de hibridismo tan marcado, que ni se atreve a reconocer la propiedad privada con todas sus consecuencias ni a negarla”; cf. *Tratado... II, op. cit.*, p. 809. Anteriormente Fernando Campuzano y Horma, “*Ensayo crítico sobre la Reforma agraria*”, en *Economía española* n° 1, 1933, pp. 37-67, había considerado como el más grave “defecto extrínseco” de esta ley “el de la ambigüedad peligrosa de sus preceptos fundamentales, que deja a los vaivenes de la política, la interpretación de una materia que se cierne a una altura muy lejana y elevada sobre las discordias de los partidos”, p. 59.

¹⁹³ Para todo esto *vid.* Leandro Álvarez Rey, “*Reforma y contrarreforma agraria durante la Segunda República. Carmona, 1931-1936*”, en *Carel – Carmona. Revista de Estudios Locales* n° 5, 2007, 49 pp., sin paginar (accesible en línea).

¹⁹⁴ “Para la parcelación y distribución de terrenos de secano a campesinos que hayan de ser asentados, así como a Sociedades y organismos netamente obreros que lo soliciten y consten en el censo a que se refiere la Base anterior y concesión de parcelas de complemento a propietarios que satisfagan menos de 50 pesetas de contribución anual por rústica”. Esa base ordenaba que “constituídas las Juntas provinciales, procederán inmediatamente a la formación del Censo de campesinos que puedan ser asentados en

allí cien familias campesinas para constituir una comunidad agrícola de las previstas en la base 16^a de la ley¹⁹⁵. Stuart y Alarcón interpusieron el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo, pero lo que más favoreció sus intereses fue la injustificable tardanza de la Junta Provincial sevillana de Reforma Agraria al confeccionar, amparándose en mil trucos y excusas¹⁹⁶, el censo local de campesinos (cf. base 11^a de la ley), hasta dejar en nada las medidas adoptadas.

“El hambre de tierra agudizada en nuestro pueblo singularmente desde la desamortización, necesita ser aplacada por la República, ya que la actual Constitución jurídico-territorial de España, caso de perdurar, invalidaría el esfuerzo político llevado a cabo por la Nación, pues equivaldría a dejar subsistente la estructura económica que hace imposible la efectividad de una democracia” (segundo proyecto, exposición). Excluida la impolítica posibilidad de despachar la reforma con una disciplina renovada de la aparcería y los arrendamientos rústicos¹⁹⁷, otra consideración se refiere a la naturaleza jurídica del derecho del campesino sobre la tierra dada en *asentamiento*¹⁹⁸. Síntoma de un conflicto secular, los discurs-

cada término municipal, con relación nominal y circunstanciada, en la que se expresen nombres y apellidos, edad, estado y situación familiar de los relacionados”.

¹⁹⁵ “Las Comunidades, una vez posesionadas de las tierras acordarán, por mayoría de votos, la forma individual o colectiva de su explotación, y en el primer caso procederán a su parcelación y distribución, teniendo presente la clase de terreno, la capacidad de las familias campesinas y las demás condiciones que contribuyan a mantener la igualdad económica de los asociados”; para disciplinar esta clase de comunidades vinieron los decretos de 7 de Septiembre de 1933 (*Gaceta* del 8) y 20 de septiembre, 1934 (*Gaceta* de 21). La defensa de las comunidades –“o sean los Sindicatos de obreros agrícolas”– como “urdimbre viva del Instituto de Reforma Agraria” la asumió, sin éxito alguno, el comunista José Antonio Balbontín, diputado *jabalí* (antigubernamental) por Sevilla (cf. DSCCRE 12 de julio, 1932, p. 6943), con durísimos reproches a los gobernadores civiles, “que sólo en la provincia de Sevilla tienen mas de 1.000 campesinos presos... cerrados casi todos los Centros campesinos de Andalucía y Extremadura”.

¹⁹⁶ Con el ministro cedista Manuel Giménez Fernández –el llamado ‘bolchevique blanco’– presidió esa Junta Provincial su colega de facultad Francisco de Pelsmaeker e Iváñez. Este había obtenido la cátedra de Derecho Romano de La Laguna en 1929 y se trasladó a Sevilla en 1931; cesó cinco años después al prosperar un recurso de Wenceslao Roces, también catedrático de la asignatura, conocido intelectual marxista y subsecretario de Educación con el Frente Popular. Tal y como se probó en los trámites de su depuración, Pelsmaeker resultaba ser “persona de derechas con actividades políticas, de buena conducta moral y religiosa y cumplidor con exceso de sus obligaciones académicas”; cf. *Derecho ex cathedra*, pp. 345-347 (Carlos Petit).

¹⁹⁷ Cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, con el importante discurso del civilista Sánchez-Román; *vid.* p. 5949, sobre “el principio ineludible de que toda reforma agraria tiene que consistir en una redistribución de la propiedad de la tierra”.

¹⁹⁸ “Cuando Wauters habla de la apropiación y de la explotación colectiva del suelo”, observó Valverde, “se pregunta si la revolución rusa ha creado nuevas formas de propiedad o de ocupación; y si en efecto ha creado comunidades agrarias, ha explotado fincas cultivadas cooperativamente e instaurando explotaciones soviéticas, los resultados no son satisfactorios, y es más, todas esas tentativas de comunismo agrario han degenerado en empresas capitalistas, entregándose a la especulación en grande. y a la explotación de los pequeños campesinos de los alrededores”. Cf. *Tratado ... II, op. cit.*, p. 766.

sos parlamentarios, las enmiendas y las propuestas de reforma volvían, una y otra vez, sobre el régimen feudal de la tierra y los decretos abolicionarios de Cádiz y el Trienio¹⁹⁹, los derechos territoriales de los grandes de España, las fórmulas complejas de titularidad dominical, el valor jurídico y económico de la simple posesión, el disfrute colectivo de la tierra... Parecía superada, en cualquier caso, la propiedad absoluta, individual y abstracta del primitivo liberalismo, y no fue una circunstancia casual la popularidad que alcanzó, también en la España republicana, el anuncio de *Un Nouveau Moyen Âge* lanzado por el filósofo Nikolái Berdiáyev²⁰⁰.

Medieval o no que fuera la Europa de entreguerras, por aquí interesaba la teoría del dominio dividido y el derecho real de censo para resolver cuestiones enquistadas desde hacía tiempo o para proponer la fórmula que mejor lograra el disfrute del terreno agrícola por sus nuevos beneficiarios. Así, en la primera sesión de la Comisión parlamentaria (1 de septiembre, 1931) un diputado echó en falta el tratamiento de los foros gallegos; un año después todavía se pedía que la ley de reforma agraria fuera completada con otra sobre la redención de *rabassas*, foros y subforos (8 de septiembre, 1932)²⁰¹. Un notable testimonio de las ideas circulantes palpita en el voto particular que presentó Diego Hidalgo y Durán (6 de octubre, 1931), notario de perfil conservador y diputado por Badajoz: titularidad eminente del Estado sobre el suelo nacional (art. 1), concepción de la propiedad agraria como asunto de derecho público, sometida al cumplimiento de una misión social (art. 3), vuelta al censo reservativo, tanto para facilitar la expropiación (art. 16, cf. disposición transitoria 7ª) o la instalación del beneficiario (art. 51), cuanto para permitir el disfrute del inmueble objeto de la concesión estatal (art. 26, art. 31). Aunque el voto no convenció, se aprobó (cf. ley de 1932, base 12ª, letras *j* y *k*) que las fincas poco extensas o que hubieran sido explotadas en arrendamiento durante más de treinta años podían concederse a censo reservativo o enfiteútico a los actuales arrendatarios, dándose ciertas condiciones (pero ¿se dejaba al arrendatario, flamante censatario, optar entre ambos tipos de censo?)²⁰². Para el ‘hambriento pueblo’ español, en conclusión,

¹⁹⁹ Se procedió a su lectura en una de las sesiones: DSCCRE 14 de julio, 1932, p. 7068-7069, donde también encontramos la ley de 26 de agosto, 1837.

²⁰⁰ *Une nouvelle Moyen Âge. Réflexions sur les destinées de la Russie et de l'Europe* (1923), trad. A.M. F., Librairie Plon, Paris, , 1927. Circuló en castellano desde 1932 (P. Yuste, Barcelona), con varias ediciones posteriores (1933, 1937, 1938, 1951). Cf. Acción Española. Revista quincenal (Madrid), 1 de junio, 1933, p. 91.

²⁰¹ Cf. base 22ª de la ley de reforma agraria, con ese contenido. Sobre la cuestión, localizada en Galicia, lanzó su discurso el diputado orensano Ramón Otero Pedrayo, DSCCRE 18 de mayo, 1932, pp. 5654-5659.

²⁰² Las principales diferencias entre una y otra institución se cifran, si no me equivoco mucho, en el pago del laudemio al transmitir la finca tenida en enfiteusis (art. 1644, Código civil), en el reconocimiento debido al titular del dominio directo cada 29 años (art. 1647) y en la reversión del útil por muerte del enfiteuta *ab intestato* sin herederos (art. 1653). La preferencia por el censo reservativo, sin duda para sortear esas obligaciones,

bastaría la posesión de la tierra, sobre todo cuando el acto de concesión, por serlo del Estado, evitaba sentimientos de precariedad: “quien tenga la posesión como asentado”, proclamó el ministro de Agricultura, “tiene todo lo que se pueda tener en derecho, teniendo la propiedad”²⁰³. Se dejó para el futuro adquirir el dominio pleno, “cuando se acredite capacidad, y si cuando se ha acreditado capacidad en el asentado se le da propiedad, el título de propiedad va ennoblecido con todas las garantías que significa la entrega amorosa y absoluta al trabajo de la tierra”. Que la administración agraria boicoteara la reforma, como aconteció en Carmona²⁰⁴, que un vuelco electoral borrara con una ley de signo contrario lo que se había conseguido en el Bienio eran elucubraciones que el ministro responsable no podía o no quería admitir.

El art. 44 CRE incidía, como vemos, en los derechos reales, “refugiados” –según escribió Cossío– en el Código y restaba protagonismo a la institución basilar del liberalismo: la sagrada propiedad individual; mientras tanto, en la cultura jurídica republicana “se advierte una reacción favorable a los censos, por considerarlos como un medio de asegurar a los desposeídos el goce de las cosas, con menos sacrificios y con mayor seguridad que lo hace el arrendamiento, y de facilitarles el acceso a la propiedad cuando convenga y tengan medios para lograrla”²⁰⁵. Y estaba, en tercer lugar, la dificultad objetiva de precisar el alcance mismo de la reforma. La ley extendía sus efectos “a todo el territorio de la República” (base 2ª), pero la política de asentamientos abarcaba las localidades y regiones con mayor tasa de paro, allí donde dominaba el latifundismo: Andalucía,

orientó los votos particulares de Juan Díaz del Moral en el primer proyecto (30 octubre y 30 de noviembre, 1931); con alcance parecido, otro voto del catalán Amadeo Aragaray, formulado sobre el último proyecto, concedía a los arrendatarios, subarrendatarios y aparceros, tratándose de fincas inferiores a 20 hectáreas, el derecho a promover expedientes de establecimiento de censo reservativo, declarando además abolido el laudemio (5 de abril, 1932).

²⁰³ DSCCR 15 de junio, 1932, discurso de Marcelino Domingo, p. 6216. Hubo que refutar las quejas del diputado Dimas Madariaga favorables a distribuir la tierra en pleno dominio, considerando que “esa sensación de algo suyo, de algo propio, que es lo que puede estimular al colono para aportar mejoras a la tierra... cree la Comisión que puede tenerla sin que para ello sea preciso otorgarle la propiedad, el dominio directo”, *ibid.* 7 de septiembre, 1932, p. 8626.

²⁰⁴ “Tan importante es el mencionado Instituto”, escribió sobre el de Reforma Agraria (base 3ª de la ley) Calixto Valverde, “que en gran parte de él, y de su funcionamiento depende el éxito de la reforma”, *Tratado... II, op. cit.*, p. 788. La base referida lo configuraba como entidad con personalidad jurídica, régimen económico autónomo y competencia para acudir al apremio administrativo.

²⁰⁵ Demófilo de Buen, *Derecho civil común, op. cit.*, p. 286. El diputado medievalista Claudio Sánchez-Albornoz intentó precisar la noción de *asentamiento* como tenencia útil de la tierra, sin duda pensando en la Reconquista (“imaginemos un colonato en el cual los colonos posean, como poseían los viejos labradores, algo semejante al dominio útil; llamémoslo como queráis –yo no soy jurista–, pero sometámosles a un régimen que les permita, como permitía a los colonos de otros tipos, por ejemplo, disponer de la mitad de sus plantaciones”), cf. DSCCRE 15 de mayo, 1932, p. 5642.

Extremadura, Ciudad Real, Toledo, Albacete, Salamanca. No limitada en cuanto al tiempo –las leyes europeas de reforma solían tener vigencia temporal– la ley lo estaba en cuanto al espacio²⁰⁶. La excepción vino de los antiguos señoríos (“una unidad geográfica cerrada”, recordó Sánchez-Albornoz, “dentro de la cual el Poder público ha hecho delegación de una parte de sus funciones en un señor”), igualmente sujetos ahora al asentamiento de campesinos con independencia de la provincia donde se hallaren; no extraña comprobar que aquel célebre historiador metido a político pusiera su grano de arena cuando se discutió la regla pertinente (base 2^a)²⁰⁷.

En el marco así prefijado resultaban “susceptibles de expropiación” (base 5^a) –entiéndase mejor: tierras sujetas a la reforma agraria– las fincas que estuvieran en alguno de estos supuestos: las compradas a fines de la reforma por el Estado (en su caso mediante el ejercicio del retracto legal que ahora el Estado tenía sobre todas las tierras de la nación), las que fueren adjudicadas al Estado, las regiones, las provincias y los municipios en virtud de débito, herencia, legado y similares, las de corporaciones y fundaciones que no fueran explotadas de forma directa, las adquiridas con fines especulativos, las pertenecientes a antiguos señoríos jurisdiccionales, las incultas o manifiestamente mal cultivadas, las regables y aún no explotadas en regadío, las que lo fueran gracias a la infraestructura creada por el Estado, las próximas a municipios de población inferior a 25.000 habitantes sin estar directamente cultivadas por sus dueños²⁰⁸, los latifundios de un solo propietario²⁰⁹, las que llevaran arrendadas doce o más años, en fin, las que excedieran de lo previsto por las Juntas provinciales de Reforma Agraria según las necesidades de cada lugar²¹⁰. No faltaron las

²⁰⁶ Calixto Valverde, *Tratado...* II, *op. cit.*, p. 786.

²⁰⁷ DSCCRE 15 de junio, 1932, apéndice n° 6. Días atrás había alzado su voz en las Cortes para “traer al debate lo que pudiéramos llamar la experiencia de la historia agraria española” (DSCCRE 18 de mayo, p. 5636), con un notable discurso sobre señoríos donde esgrimió su conocida tesis sobre la condición de los repobladores del valle del Duero (p. 5639); *vid.* en general *La potestad real y los señoríos en Asturias, León y Castilla. Siglos VIII al XIII*, trabajo de doctorado (1914). Las resoluciones del Instituto de Reforma Agraria tuvieron a veces que emprender sesudas investigaciones sobre la naturaleza de esta o aquella prestación señorial, como sucedió con las tierras de los condes de Atarés, Huesca (cf. resolución de 4 de enero, 1936, *Gaceta* del 9); a ese fin una amplia información con “*Datos históricos sobre señoríos*”, según las provincias y los tipos de dominios señoriales, salió en el Boletín del Instituto de Reforma Agraria n° 2, 1933, pp. 39-40.

²⁰⁸ J. Sánchez-Rivera, “*La reforma agraria*”, en *Revista de los tribunales* n° 67, 1933, pp. 565-566. El autor se las veía con el n° 10 de esta base 5^a, esto es, la posibilidad de considerar expropiables fincas de pequeñas dimensiones explotadas en arrendamiento por una clase media rural y en cualquier parte de España.

²⁰⁹ Pero la ley no limitó el número de fincas de menor extensión en manos de un mismo propietario, como recordó Sánchez-Román. Cf. DSCCRE 1 de junio, 1932, pp. 5951 ss.

²¹⁰ La base era, en este punto, bastante prolija, distinguiendo –entre varios extremos– fincas con cultivo de secano y fincas de regadío. Por ejemplo, entre las primeras el límite para la expropiación se fijó en 100 a 200 hectáreas de frutales ó 150 a 300 de olivar; la extensión bajaba drásticamente tratándose de tierras de regadío.

aportaciones parlamentarias al dictamen de la Comisión, como la introducción del retracto legal sobre cualquier finca transmitida a título oneroso, el añadido como fincas expropiables de las de la región y el municipio o la penalización de la explotación en arrendamiento al preferirse el cultivo directo del propietario²¹¹. Y el poderoso Instituto de Reforma Agraria quedaba facultado para realizar el inventario de inmuebles de la base 5ª (cf. base 7ª, introducida en el proyecto, con el procedimiento de elaboración del inventario y los efectos registrales de la inclusión de las fincas); la condición de finca inventariada estaba preñada de efectos pues, a tenor de la base 9ª, cabía acordar su ocupación temporal “para anticipar los asentamientos en tanto su expropiación se lleve a cabo”.

La base 6ª definía las excepciones a la expropiación: aparte los bienes comunales, bosques, pastos y similares, se dejó abierto en un portillo *pro domino* al excluir de la ley “las fincas que por su ejemplar explotación o transformación puedan ser consideradas como tipo de buen cultivo técnico o económico”, lo que de inmediato aprovecharon los terratenientes²¹². Al pago del justiprecio en los casos de expropiación se destinaba la base 8ª; disposición criticada por asumir para los cálculos el valor catastral o el del amillaramiento de las fincas, inferiores al precio de mercado; la liquidación del impuesto según el catastro aconsejaba, empero, seguir igual criterio a la hora de establecer el monto de la indemnización²¹³. Para más *in ri* su pago, cuando se diera (y no se dio por ejemplo en las fincas de la grandeza de España, según la enmienda del diputado Luis Bello)²¹⁴, combinaba entregas en metálico con títulos de la Deuda.

En fin, la base 12ª señalaba las “aplicaciones” de los inmuebles expropiados. Se pensaba en, entre otros destinos, la distribución de terrenos de secano o regadío a campesinos y “organismos netamente obreros” para el asentamiento, la concesión temporal de fincas a asociaciones de jornaleros, la creación de nuevos pueblos con distribución de parcelas a título de “bienes de familia”, el ensanche de poblaciones rurales con la creación de “hogares campesinos” compuestos por casa y huerto²¹⁵, la repoblación forestal y las obras hidráulicas, la creación de fincas indus-

²¹¹ Calixto Valverde, *Tratado...* II, *op. cit.*, pp. 795 ss.

²¹² Cf. de nuevo Leandro Álvarez Rey, “*Carmona, 1931-1936*”, *op. cit.*

²¹³ Así Calixto Valverde, *Tratado...* II, *op. cit.*, p. 810. El valor catastral se abrió paso en la Comisión a propuesta socialista, frente a los diputados agrarios, partidarios de una tasación contradictoria.

²¹⁴ DSCCRE 7 de septiembre, 1932, apéndice nº 20. Provocó las críticas de la doctrina, pues el legislador pasaba del elemento objetivo –la desigualdad jurídica en el tratamiento de los bienes, admitida en el art. 44 CRE– al elemento subjetivo, sin razones para señalar a una clase de personas contra la proclamada igualdad constitucional: cf. Calixto Valverde, *Tratado...* II, *op. cit.*, pp. 811 ss.

²¹⁵ Algo “completamente ajeno a una reforma agraria”, en opinión de Valverde, *op. cit.*, p. 822. Este autor consideró que los supuestos de la base 12ª formaban *numerus clausus*, de modo que el Estado quedaba limitado en sus posibilidades de utilizar para fin diferente el suelo expropiado.

trializadas a cargo del propio Instituto de Reforma Agraria, las entregas a censo de las arrendadas, etc. El largo texto, aquí resumido de modo drástico, sirve además para destacar la oscuridad conceptual que recorría la ley, con normas repletas de excepciones, requisitos, salvedades²¹⁶.

2.4. Crítica(s) de derecho inmobiliario en revista

El impacto de la ley de reforma agraria entre los expertos en Derecho –tanto teóricos como prácticos– fue intenso y profundo. A caballo entre lo público y lo privado, escribió uno de los primeros, “al derecho civil le importa extraordinariamente el aspecto jurídico del problema agrario”, puesto que, de un lado, se partía de una concepción diferente del derecho de propiedad, basado ahora en el principio constitucional de la *función social*, mientras que, de otro, se revitalizaban o transformaban ciertas instituciones (censos, foros, aparcería, arrendamiento) y se creaban nuevas figuras (tenencias estables, comunidades campesinas, restricciones dispositivas) desconocidas en el Código civil y la ley hipotecaria²¹⁷. Incluso un atrevido diputado –se trata otra vez Sánchez-Albornoz– auguró la desaparición del derecho de propiedad, tal y como se extinguió la servidumbre de la gleba y como se habían olvidado “tantas viejas instituciones que existieron en tiempos en los que parecieron eternas e inmutables, pero que han dejado de serlo por la fuerza de los hechos, por la fuerza de la razón humana”²¹⁸.

Del interés internacional por la ley española dio cuenta la revista del agrarista Giangastone Bolla, donde salió un tempestivo informe sobre “La riforma agraria nella Spagna”. Allí se presentaba como un ejemplo occidental, añadido a la reciente legislación checoslovaca entre los “experimentos radicales” seguidos por algunos países, en particular del este europeo. Desde luego, describir la novedad hispana al público italiano no era empresa sencilla –“la complessità della legge rende molto difficile anche un riassunto atto a darne adeguata notizia”– aunque parecía de utilidad: las condiciones geográficas e históricas de la Península Ibérica ayudaban a imaginar la suerte que cabía esperar a los latifundios del *Meridione* o de Sicilia²¹⁹. Dos años más tarde un influyente registrador de la propiedad español, aquel Fernando Campuzano que se había apresurado

²¹⁶ Y “su lenguaje dista mucho de aquella elegancia gramatical con que aparecen escritos algunos de nuestros cuerpos legales, que pueden servir de modelos de literatura jurídica, como la ley hipotecaria de 1861 y el Código Penal de 1870”, opinó Fernando Campuzano, “*Ensayo crítico sobre la Reforma agraria*”, *op. cit.*, p. 60.

²¹⁷ Calixto Valverde, *Tratado...* II, *op. cit.*, p. 779. El autor, al estudiar el retracto legal de la base 5ª, observó que resultaba “una traba o restricción de indudable gravedad, porque al fin pesa sobre las ventas una amenaza de resolución de las mismas”, p. 796.

²¹⁸ DSCCRE 18 de mayo, 1932, p. 5638. El taquígrafo acotó la reacción del salón: “muy bien”.

²¹⁹ Fabio Luzzatto, “*La riforma agraria nella Spagna*”, en *Rivista di diritto agrario* n° 11, 1932, pp. 499-514.

a decir la suya sobre el flamante art. 44 CRE, volvió a la misma revista con el estudio “La riforma agraria spagnola. Precedenti, innovazioni, critiche”. Páginas poco complacientes, donde destaca ante todo la *crítica* a la ley republicana: norma ambigua e injusta, fruto de técnica deplorable y demasiado perturbadora de las relaciones jurídicas y económicas pre-existentes a juzgar por los resultados modestísimos que había logrado. De modo que, en conclusión, “è appunto per tale motivi che ad una voce i tecnici, gli agricoltori, i senza terra e quasi tutti gli uomini politici reclamano d’urgenza la riforma de la riforma agraria”²²⁰.

A esas alturas la *reforma de la reforma agraria* se había perfilado como el programa apenas oculto de una conocida publicación donde la firma de Campuzano era cosa habitual. Me refiero a la *Revista crítica de derecho inmobiliario* (“dedicada, en general, al estudio del ordenamiento civil y especialmente al régimen hipotecario”), difundido periódico mensual creado en 1925 por Jerónimo González, influyente autoridad sin cátedra de la Universidad Central que pasó, nada más proclamarse la República, de la Dirección general de los Registros (“Oficial Jefe de Sección de primera clase del Cuerpo técnico de Letrados del Ministerio de Justicia”) a la presidencia de la Sala Civil del Tribunal Supremo (decreto de 6 de mayo, 1931, *Gaceta* del 7) y a la Comisión Jurídica Asesora. Centrada esta *Revista* en “profundizar cuantos problemas se agrupan bajo el lema *Propiedad y Derecho*”, fue ineludible que la nueva legislación se adueñara de sus páginas, provocando análisis pormenorizados de sus soluciones y de sus raros preceptos. Para los propósitos actuales, más que recoger la sustancia de lo publicado en aquellos años intensos –una veintena de artículos cuando menos, en su mayoría obra de registradores y notarios– interesa conocer los puntos principales abordados por esta literatura, adversa, con rara uniformidad, a la labor legislativa desplegada por las Cortes y el gobierno.

Tan candente y poliédrica resultaba la reforma española que, no obstante su objetiva dimensión internacional, la *Revista crítica* de Jerónimo González nunca se interesó por las experiencias extranjeras. Con una sola excepción: nada más publicarse las directrices del gobierno provisional –con aquélla sobre la función social de la propiedad agraria– el mismo Campuzano que publicaba en Italia abordó el estudio de “El Registro de la propiedad en el país de los Soviets”²²¹. Siguiendo la lógica del contra-modelo que vimos en Valverde, el autor describía la legislación

²²⁰ Fernando Campuzano, “La reforma...”, *ibid.* 13, 1934, pp. 54-75.

²²¹ Fernando Campuzano y Horma, “El Registro de la Propiedad en el país de los Soviets”, en RCDI n° 7, 1931, pp. 401-420. Cf. sin embargo José del Río Pérez, “Política agraria y reforma jurídica hipotecaria”, *ibid.* pp. 433-436, con referencias a los organismos creados por la Sociedad de Naciones y exposición, en forma de tesis, de un “programa jurídico-agrario”. Para con un enfoque eminentemente histórico de la cuestión, *vid.* Alfonso Falkenstein y Hauser, “Política agraria”, *ibid.* pp. 668-678.

revolucionaria (1917-1922, incluida la Constitución de 1918), los dos Códigos civil y agrario (1922) y las novelas que los completaron; la absorción por el Estado de la propiedad territorial y la distribución universal de su goce y disfrute, “sin distinción de sexo, confesión o nacionalidad” (§ 9 del Código Agrario), eran las principales conclusiones de esas páginas.

Sin duda mediaban, además, intereses corporativos. A los registradores de la propiedad, escribió uno de ellos, “nos ha tocado llevar sobre nuestros hombros, en gran parte, el peso de la Reforma agraria”²²². Desde luego, la ley había reservado un papel protagonista a estos funcionarios (cf. bases 5^a, 14^a y 22^a, en especial base 7^a), con señalamiento de servicios profesionales no siempre retribuidos; tal vez por tal razón los profesionales temieron la supresión de ciento cincuenta registros en las provincias afectadas por la reforma (cf. base 2^a)²²³.

Los autores de la *Revista* protestaron, en tercer lugar, ante el poco rigor técnico de la legislación agraria. Ley mal escrita y ambigua, de sistemática deficiente; fuente de inseguridad, con innovaciones poco justificadas y un uso impreciso de conceptos (¿quién es campesino? ¿el parado del campo siempre es jornalero? ¿cómo entender la noción de finca agrícola?) cuyo contenido jurídico se daba por supuesto²²⁴.

Entre las cuestiones más específicas destacó, en cuarto lugar, la cláusula de retroactividad que la ley incorporaba (base 1^a), cuyos efectos se extendían a las situaciones voluntariamente creadas desde el 14 de abril²²⁵. El título preliminar del Código civil contemplaba la retroactividad de las leyes como una solución excepcional (art. 3), aunque se aceptaban las consecuencias derivadas de las normas anteriores; así lo hizo el derecho republicano cuando derogó un reglamento sobre funcionarios dictado por la Dictadura sin perjuicio de mantener “los ascensos, realizados hasta el presente, de acuerdo con lo dispuesto en el Real decreto de 22 de Mayo de 1929, que se deroga, y válidas y efectivas las declaraciones de

²²² Joaquín Navarro y Carbonell, “*La ley de Reforma agraria*”, en RCDI n° 9, 1933, pp. 34-44.

²²³ Ambrosio R. Camazón, “*El derecho de opción y la reforma agraria*”, *ibid.* n° 8, 1932, pp. 362-369.

²²⁴ Pedro S. Requena, “*El proyecto de reforma agraria*”, en RCDI n° 7, 1931, pp. 679-696 (inseguridad contraria al tráfico jurídico); Joaquín Navarro y Carbonell, “*La revisión de rentas de fincas rústicas*”, *ibid.* pp. 848-866 (mala escritura y sistema deficiente); del mismo, “*Expropiaciones sin indemnización*”, *ibid.* n° 9, 1933, pp. 506-518 (nueva especie de anotación marginal, que significa limitación de dominio); José González y González, “*Notas sobre la reforma agraria en Asturias*”, en RCDI n° 8, 1932, pp. 133-142 (defectos de sistema); Luis Cárdenas, “*La reforma agraria*”, *ibid.* pp. 282-285 (falta del concepto de finca).

²²⁵ “La presente Ley empezará a regir el día de su publicación en la Gaceta”, ordenaba la base 1^a. “Esto no obstante, las situaciones jurídicas particulares relativas a la propiedad rústica que se hubiesen creado voluntariamente desde el 14 de Abril de 1931 hasta el momento de la promulgación de esta ley, se tendrán por no constituidas a los efectos de la misma, en cuanto se opongan de cualquier modo a la plena efectividad de sus preceptos”. La base continuaba con varias precisiones y excepciones.

aptitud para ascender que en este momento y a su amparo se hubiesen hecho” (decreto de 10 de junio, 1931, *Gaceta* del 11). Y sin embargo la reforma agraria siguió, según la Revista, una diversa y pésima orientación, pues decretar la nulidad de los pactos por decisión posterior de las Cortes, además de atentar contra la presunción general de buena fe al dar por hecho la comisión de algún fraude, sería el comienzo del fin del derecho privado: a partir de esta ley nadie asumiría compromisos contractuales por temor a una medida política que suprimiese su eficacia²²⁶.

Un par de aspectos concretos merecieron, finalmente, la severa condena de los registradores. Pienso en el acceso del campesino al disfrute de la tierra mediante instrumentos diferentes a la plena propiedad; contra ello se alzaron varias voces desde la Revista, poco o nada sensible al dominio dividido y las concesiones en posesión que, según hemos visto, otros sectores doctrinales y de la vida pública aceptaban como hecho consumado. Algún autor consideró, incluso, que la reforma imponía una política antisocial: los asentamientos crearían “vampiros de la tierra” en vez de fomentar la aparición de pequeños propietarios empeñados en su mejor cultivo²²⁷. Esta opinión tan adversa se extendió también a la expropiación y al cálculo del justiprecio. La crítica de los técnicos había comenzado, lo sabemos, con el decreto de revisión de rentas (octubre, 1931) que utilizaba a tal fin el valor catastral del inmueble²²⁸; el mismo criterio que siguió luego la ley de reforma para fijar la indemnización por la finca expropiada. Y qué decir

²²⁶ Sobre esta retroactividad –“jurídicamente inadmisibles e inmorales”– golpeó duro el citado Joaquín Navarro y Carbonell, “*El proyecto de ley de reforma agraria*”, en RCDI n° 7, 1931, pp. 922-942, al entender que “desde el momento en que se siente el precedente de que unas Cortes, representando a la Nación, puedan negar efectos, con carácter retroactivo, a las relaciones jurídicas creadas al amparo de las leyes que otras Cortes promulgaron con el mismo carácter de representación nacional, toda la ordenación jurídica del Derecho privado será letra muerta, pues nadie querrá ligarse voluntariamente por actos contractuales, ante la eventualidad de que unas Cortes futuras los declaren nulos. La Nación es siempre la misma; sus mandatarios podrán cambiar, pero como unos y otros obran en nombre del mandante y éste no puede ir contra sus propios actos, las modificaciones para lo futuro caben, pero con efectos retroactivos, no”. También, del mismo, “*La ley de Reforma agraria*”, en RCDI n° 9, 1933, pp. 569-583 (“Observaciones a la base primera”); Pedro S. Requena, “*El proyecto de reforma agraria*”, *op. cit.*, pp. 690 ss; Julián Abejón, “*Un aspecto del proyecto de ley de Bases para la reforma agraria*”, en RCDI n° 8, 1932, pp. 183-187, derivado de la base 1ª en relación con la base 6ª, n° 7 del proyecto (base 5ª, n° 12 de la ley). Para Calixto Valverde, *Tratado... II, op. cit.*, p. 784, “sólo en casos muy contados y excepcionales puede estar justificada la retroactividad de la ley civil, pues toda relación jurídica creada al amparo de una legislación debe ser respetada por la posterior, que no debe tener vigor sino desde que se publica y no antes, porque de otra manera se quita seguridad al derecho legalmente adquirido y esto produce un estado de incertidumbre en la contratación de indudables perjuicios, que todo legislador prudente debe evitar”.

²²⁷ Joaquín Navarro y Carbonell, “*El proyecto de ley de reforma agraria*”, *cit.*; Manuel Villares Picó, “*Reforma agraria que hay que hacer*”, en RCDI n° 9, 1933, pp. 677-685. El criticado sistema de asentamientos era “error crasísimo” en opinión de Felipe de Arin, “*El nuevo proyecto de ley agraria*”, *op. cit.*, p. 267.

²²⁸ Joaquín Navarro y Carbonell, “*La revisión de rentas*”, *op. cit.*

de la confiscación decretada por las Cortes contra una determinada clase de propietarios, como la nobleza (o los demás sublevados en el complot de Sanjurjo)²²⁹, sin reconocer más derechos a los antiguos propietarios que el de recibir alimentos cuando carecieran de otro medio de subsistencia. En fin, la impresión sobre la ley agraria de 1932 que obtiene el lector actual de la Revista crítica, portavoz de concepciones ideológicas netamente conservadoras desde la frialdad aparente de la técnica jurídica²³⁰, no puede ser más negativa, y sin duda tuvo que ver con la verdadera naturaleza del régimen republicano, que no merecía –según escribió un tratadista– el ordinal que ordinariamente lo acompañaba: la Segunda República de 1931 resultaba en realidad la *primera*, pues la experiencia efímera de 1873 sólo había sido republicana “de mera contextura *política* y sin contenido *social* alguno, mientras que ésta era todo lo contrario”²³¹.

2.5. El derecho agrario: hacia una nueva disciplina

“Este Gobierno, sensible al abandono absoluto en que ha vivido la inmensa masa campesina española, al desinterés de que ha sido objeto la economía agraria del país y a la incongruencia del derecho que la ordena con los principios que inspiran y deben inspirar las legislaciones actuales, adopta como norma de su actuación el reconocimiento de que el derecho agrario debe responder a la función social de la tierra”. Las valientes frases anteriores, correspondientes según vimos al Estatuto del gobierno provisional del 15 de abril, plantaron un mojón en la historia de las disciplinas privatísticas. Con la ley de 1932, los decretos antecedentes y las normas que la siguieron había nacido un formidable *corpus* normativo –medio millar de disposiciones, muchas de elevada complejidad en su concepción y aplicación²³²– que atrajo a los privatistas y estimuló

²²⁹ Del mismo, “*Expropiaciones sin indemnización*”, *op. cit.*, pp. 92-107.

²³⁰ “Esta ley está plagada de injusticias, ya que no pueden calificarse de otra manera los preceptos y la forma con que se establece la retroactividad; la expropiación sin indemnizar de los señorios; la regulación de los arrendamientos, donde se castiga a los propietarios que han sido más consecuentes; la capitalización de las rentas al 20 por 100, que en algunos casos equivale a un despojo, e incluso la desigualdad con que se trata a los acreedores hipotecarios, a quienes se respetan sus derechos, contrastando con los duros términos con que se expropia al propietario, como si el prestar dinero fuera algo que mereciera más consideración que el gastar las energías, la actividad y el trabajo en el cultivo de la tierra”; cf. Fernando Campuzano, “*Ensayo crítico sobre la Reforma agraria*”, p. 61.

²³¹ Así Alfredo Madrid, *Examen y comentarios al contenido de la Ley de Bases y cuantas otras disposiciones complementarias constituyen la reforma agraria*, Nuevas Gráficas, Madrid, 1933, p. 128.

²³² Sin olvidar las publicaciones especializadas en el estudio y difusión de estos materiales. Por ejemplo, el Boletín del Instituto de Reforma Agraria (1932-1936), con sus antecesores Boletín de agricultura técnica y económica (1925-1932) y Revista de los servicios social-agrarios y de estadística agrícola social (1932). O las recopilaciones: *Manual de la Reforma agraria*, El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid, 1932; *Anuario de legislación agrícola*, Ministerio de Agricultura, Madrid, 1934.

el desarrollo del “derecho agrario” como rama autónoma en el ámbito anchuroso del derecho civil; una especialidad jurídica nueva y distinta que excedía del “derecho inmobiliario” cultivado por notarios y registradores a caballo de la ley hipotecaria²³³. La materia se saludó de inmediato como el ambicioso proyecto, a la vez legislativo y doctrinal, destinado a guiar la incipiente experiencia española con la reforma agraria hacia el concierto europeo posterior a la Guerra, y unas palabras de Fernando de los Ríos sobre la reforma del arrendamiento rústico se saludaron como la recepción de los “principios de Derecho europeo que ha tenido en todas partes el arrendatario que sirve a la economía como gestor directo de las tierras, y que estaba completamente abandonado aquí”²³⁴.

“Hasta ahora nuestra europeización actuó sobre el Derecho Industrial, sobre el Derecho mercantil, nunca sobre Derecho agrario”, se quejó un comentarista; “el Derecho agrario español es la prolongación del feudalismo; señores, si no de horca y cuchillo, de colonato y arrendamiento; siervos, si no de vida y muerte, de humillaciones y hambre”²³⁵. Tocó al amigo Campuzano, experto en estos asuntos según hemos comprobado, sentar los fundamentos de la nueva disciplina²³⁶. En el desarrollado mundo postbélico la agricultura había escapado del Código civil para convertirse en el objeto de “un nuevo y complejo sistema jurídico”. La economía de los conglomerados empresariales que dominaban el mundo civilizado –maquinismo, superproducción de bienes y servicios, rapidez de los transportes, poderosas sociedades anónimas, luchas entre patronos y sindicatos... pero también crisis financiera y paro campesino– había lanzado enormes retos que obligaban a diseñar “un orden jurídico distinto”; lo había entendido el mercantilista Joaquín Garrigues en su campaña contra el Código de comercio (cf. *Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas*, 1933), aunque el cometido de la modernización, en países como España, donde el sector primario predominaba, correspondía a los especialistas en el derecho de propiedad: desde la neutra-

²³³ Entre los anteriores a Jerónimo González, la figura principal fue, sin duda, el “probo y laborioso servidor del Estado” Bienvenido Oliver y Estaller (1836-1912), autor de notables contribuciones a la historia y la filosofía del derecho y conocido por el ambicioso *Derecho inmobiliario registral* (1892). Cf. Antonio Pau, *Bienvenido Oliver en el pensamiento español del siglo XIX*, Colegio de Registradores de España, Madrid, 1997.

²³⁴ La Voz (Madrid), 21 de abril, 1931, p. 3.

²³⁵ Cristóbal de Castro, “Hacia otra España. Los campesinos y la República”, en La Libertad (Madrid), 24 de abril, 1931, p. 1. Medio en broma, medio en serio, el diario Ahora de 9 de diciembre, 1931, publicó una anécdota sobre la discusión de la reforma agraria: “esto de la discusión de la Ley Agraria –decía la otra tarde, en el Ateneo, el señor Daza, filósofo y terrateniente– me pone de un humor... Las cosas debían quedarse como están –bromeó alguien–. ¿Verdad, don Antonio? Y el señor Daza corrigió: ¡Como están, nunca! Como estaban”.

²³⁶ Fernando Campuzano y Horma, “El Derecho agrario en España. Ensayo de sistematización”, en RDP n° 20, 1933, pp. 361-372; del mismo, “Observatorios de derecho agrario. Cómo podrían implantarse en España”, en RCDI n° 10, 1934, pp. 337-344.

lidad de una escritura pública o una nota marginal, los juristas tenían que “proveer con presteza a su elaboración para abrir cauce legal a las nuevas necesidades, evitando que su fuerza impulsiva origine explosiones revolucionarias, cuyo alcance y consecuencias son imprevisibles”. La situación era tensa –la publicación del fascículo donde afloraban tales temores (nº 113, correspondiente a mayo, 1934) precedió en pocos meses a la revolución de Asturias²³⁷– pero parece inverosímil que la pericia dogmática de Campuzano y sus colegas, por refinada que fuera, bastase para acallar un profundo malestar.

En cualquier caso, el derecho agrario seducía a esos prácticos, que observaban el ordenamiento jurídico-mercantil –emancipado del civil en tanto derecho privado de naturaleza *especial*– como un modelo a seguir al fundamentar la nueva materia. El Mercantil enseñaba que no servía acotarla mediante una delimitación subjetiva; la experiencia de la codificación había superado la idea del viejo *ius mercatorum* como derecho de una clase profesional determinada gracias al concepto de *acto de comercio*, esto es: contratos cuya celebración extendía las normas mercantiles a ciudadanos de toda condición, cualquiera que fuese su actividad. Y el criterio subjetivo serviría aún menos para el nuevo caso, pues la ambigüedad del término de referencia –el *agricultor*– impedía concebir el derecho agrario como derecho de los agricultores. A la búsqueda de una delimitación objetiva que permitiera calificar ciertas relaciones jurídicas como relaciones agrarias, libres por tanto del orden privado común, se acudió al dogma de la empresa, otra aportación doctrinal de entregueras que encontró en el mercantilista Antonio Polo a su mayor defensor español²³⁸. Y entonces, “el Derecho agrario es el derecho de los predios rústicos y de la empresa agrícola, o sea el conjunto de normas jurídicas que regulan la pertenencia, uso y disfrute de las fincas rústicas y el desenvolvimiento de la empresa agrícola”²³⁹, donde la vaguedad del vocablo “pertenencia” –que no *dominio* ni *propiedad*– y el énfasis puesto en el *disfrute* de la tierra nos llevan hacia el horizonte de asentamientos, cen-

²³⁷ La redacción incluyó en nota al trabajo sobre los “*Observatorios*” la siguiente apostilla: “esta iniciativa del infatigable maestro D. Fernando Campuzano, a quien tanto debe el Derecho inmobiliario, es de máxima importancia en los críticos momentos que atravesamos. Revista Crítica, sin entender que se necesita una claudicación, ni siquiera una nueva orientación, para emprender la tarea, pone sus columnas a disposición de cuantos quieran cooperar al estudio y formación del Derecho agrario español”.

²³⁸ Paolo Grossi, “Itinerari dell’impresa”, en Quaderni fiorentini nº 28, 1999, pp. 999-1038; Ferdinando Mazzarella, “La scoperta di un paradigma complesso. L’Unternehmen nel diritto commerciale e nella dottrina austro-tedesca del primo Novecento”, *ibid.* nº 39, 2010, pp. 299-386. Para las ideas de Polo, cf. *Estudio acerca del Concepto, Método, Fuentes y Programas del Derecho mercantil español comparado con el extranjero*, Madrid y Salamanca 1932-1934, memoria dactilografiada para las oposiciones a la cátedra de Mercantil en la Universidad de Oviedo (1934), cf. AGA, Educación, caja 32/13530.

²³⁹ Cf. Alejo Leal García; “*El Derecho agrario y sus modernas orientaciones*”, en RCDI nº 11, 1935, pp. 600-614, p. 603.

sos, aparcerías, *rabassas*, enfiteusis y otras formas de tenencia que no conducían sin más a la propiedad²⁴⁰. La fórmula resultaba por añadidura exquisitamente constitucional, pues este novedoso derecho, centrado en la tierra y su cultivo, respondía a la lógica de la Constitución en el derecho privado, esto es: “la regulación de la función social de la propiedad”.

La República “destaca, entre otros aspectos, por un propósito decidido, casi podríamos decir apasionado, de transformar el ordenamiento jurídico de la propiedad rústica”²⁴¹. La transformación estimuló a la doctrina, que comenzó a construir el derecho agrario desde la diversa condición de la propiedad territorial. Por ejemplo, con la ley de 1932 a la mano había nacido la distinción entre fincas afectadas, no afectadas y exceptuadas de la reforma, lo que quiso comprenderse por analogía con las viejas categorías romanas del dominio *ex iure quiritium* y la posesión *in bonis* que protegía el pretor²⁴². Surgían además otras figuras, y así la subrogación del Estado en las situaciones preexistentes, producida que fuera la expropiación (base 8ª, letra *g* de la ley), o los derechos de prelación reconocidos a favor de explotaciones colectivas o, en fin, aquel impreciso “patrimonio familiar” previsto en la Constitución (art. 47 CRE) y todavía pendiente de elaboración jurídica²⁴³.

“Parece inconcebible que el agro español haya tenido que sujetarse jurídicamente a las normas del Código civil, normas de tipo sectario, unilateral y de clase. Se nos antoja absurdo ver encasillado dentro de los artículos de un texto de estructura napoleónica, algún contrato de carácter mercantil. La distinción separatista de derecho civil y derecho mercantil, ha llegado a parecer lógica a personas que no han perdido su tranquilidad por causa de este derecho agrario, aprisionado en el ojo de aguja de algún artículo del Código civil. Y hemos llegado a contemplar, sin extrañeza, que toda la vida jurídica del campo estaba fuera del derecho escrito en la vida

²⁴⁰ “Yo siempre he creído que tenemos en España”, opinó Fernando de los Ríos, “una tradición en nuestro Derecho agrario, que necesitamos resucitar, no creando nuevos propietarios, al modo burgués, sino usufructuarios, con los que el Estado siempre tiene el control de la renta; la enfiteusis. Esto, en realidad, es un sistema de nacionalización de la tierra, y el propietario encuentra todas las posibilidades de disponer del fruto de su trabajo, sin que haya nadie que controle la renta más que el Estado, que puede realizar revisiones periódicas para no perder los beneficios de la plusvalía. Esta es para mí la orientación que se debe dar a toda la reforma agraria, y no la de crear un propietario accidental que en cualquier momento pueda ser substituído por otro”. *Vid. “Las etapas de la revolución”, op. cit.*, pp. 216 ss, que recogían, en buena parte, las declaraciones del personaje al diario madrileño Ahora de 29 de noviembre, 1931, que ya conoce el lector.

²⁴¹ Fernando Campuzano, “*Observatorios de derecho agrario*”, *op. cit.*, p. 338.

²⁴² Del mismo, “*El Derecho agrario y el Registro de la Propiedad*”, en RCDI nº 10, 1934, pp. 896-914.

²⁴³ José Uriarte, “*Derecho agrario español*”, en RCDI nº 11, 1935, 422-431, 679-691, 749-767, 801-807, 881-901, con propuestas para una futura ley de patrimonio familiar que, además, habría de incidir en la vigencia de los derechos forales (sin que el autor, de profesión notario, tratara el espinoso asunto de las competencias normativas regionales).

consuetudinaria o contractual”²⁴⁴. Tratándose del agro, para desarrollar su reforma había que multiplicar la producción además de distribuir la tierra de acuerdo a su función social, de modo que los juristas tenían que trabajar mano a mano con los ingenieros y técnicos agrónomos y los economistas, y de ahí el “Observatorio agrario” propuesto por Campuzano y creado durante el Segundo Bienio (orden de 2 de mayo, 1935; *Gaceta del 3*)²⁴⁵. La ineludible dimensión metajurídica que encerraba la materia sin duda desanimó a los profesores universitarios, poco o nada interesados en enseñar y escribir sobre lo agrario –tengo presente la memoria de Miguel Royo, contrario a la autonomía de esta rama o especialidad del derecho privado– permaneciendo cómodamente atrapados en “un cuadro de temas inamovibles y eternos”²⁴⁶. Por eso llamó la atención el ciclo extraordinario de lecciones que dictó Felipe Sánchez-Román, diputado, catedrático de Civil en la Universidad Central y antiguo presidente de la Comisión Técnica Agraria²⁴⁷, entre abril y mayo de 1934. Aunque no fueron publicadas, el diario vespertino Luz (Madrid) sacó densos resúmenes de estas intervenciones –“por la importancia que el curso en sí tiene”– con el genérico título de “La Universidad y los problemas actuales”; desde luego, nada como la reforma agraria resultaba por entonces tan problemático y tan actual. Así cimentó el civilista su “indiscutible autoridad” en la materia y pudieron difundirse sus ideas, “acogidas con gran agrado por nuestros lectores universitarios, hasta el extremo que sabemos de varios estudiantes que toman apuntes para sus estudios de estas lecciones del Sr. Sánchez Román que venimos insertando” (cf. Luz, 3 de mayo, p. 6)²⁴⁸.

²⁴⁴ Juan Beneyto Pérez, “*El derecho escrito de espaldas al campo*”, en Boletín del Instituto de Reforma Agraria [BIRA] n° 2, 1933, pp. 208-209.

²⁴⁵ El “Observatorio Español de Economía y Derecho Agrario” se adscribía al Instituto de Reforma Agraria y sus directores fueron Campuzano y el ingeniero Leopoldo Ridruejo. Con toda coherencia, al publicar su “*Ensayo crítico sobre la Reforma agraria*”, *op. cit.*, Campuzano lamentó que “más que Reforma agraria, debía haberse tratado de realizar una reforma agronómica, cuidando de una manera orgánica y científica, de desarrollar la política que se ha llamado hidráulica y la forestal”, p. 62.

²⁴⁶ Juan Beneyto, “*El derecho escrito*”, *op. cit.*, p. 208. De “un fenómeno de desdoblamiento o partenogénesis” que llevaba, a partir del clásico derecho civil, a la floración de disciplinas especiales (derecho económico, derecho obrero, derecho agrario) disertó José Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*, *op. cit.*

²⁴⁷ Y en la 6ª conferencia, de 26 de abril, Sánchez-Román recordó los trabajos de tal Comisión. Cf. DSCCRE 9 de septiembre, 1931, p. 815, con su designación para la Junta Central Agraria.

²⁴⁸ Las citó, por ejemplo, Alejo Leal, “*El derecho agrario*”, *op. cit.*, p. 603; también, Fernando Campuzano, “*Observatorios de derecho agrario*”, *op. cit.*, p. 342; pero abundan las noticias procedentes de la prensa cotidiana: cf. El Pueblo gallego (Pontevedra), 20 de mayo, 1934, p. 16; La lectura dominical, 20 de octubre, 1934, p. 6; La industria pecuaria (Madrid), 20 de mayo, 1934, p. 252; *ibid.* 1 de enero, 1935, p. 11, etc. En los “Acuerdos adoptados por el pleno del Consejo ejecutivo en la sesión del día 27 de septiembre de 1935” del Instituto de Reforma Agraria localizo también una cita de las “conferencias que dió el Sr. Sánchez Román, indiscutible autoridad en derecho agrario”, en BIRA 4 (1935), p. 379.

“El nuevo derecho, el derecho de la República”, había expresado el autor como diputado en las Cortes²⁴⁹, “ese que quiere encarnar la Reforma agraria, no puede incidir en el error más formidable del derecho antiguo, que es, a saber: el de dejar establecido el postulado o principio de que todo sujeto de derecho en materia de tierra, como en materia de muebles o de cualquiera otra riqueza, no tiene límite ninguno para su posesión aunque con esa posesión excesiva esté perjudicando a la función general de la economía del país”. A pesar de la brevedad de los apuntes de sus lecciones y de ciertos yerros de transcripción, cuanto recogió el cronista de Luz nos basta para comprobar que Felipe Sánchez-Román aportó lo mejor y lo más original sobre la reforma agraria que produjo la doctrina.

La crónica de la primera sesión anunció sumariamente el contenido de las lecciones, impartidas –¿casualmente?– al cumplirse el tercer aniversario de la República: “Concepto del Derecho Agrario”, “Derecho Común de la Propiedad Rústica”, “Leyes agrarias”, “Organización jurídica de la agricultura” (cf. lección 1ª, 10 de abril), pero estos epígrafes poco específicos servían, en realidad, para analizar el acceso a la posesión y cultivo de la tierra desde varias perspectivas: tenencias *iure precario* (lección 5ª, 19 de abril), régimen jurídico de la ocupación temporal de fincas (lección 7ª, 30 de abril) y de los consiguientes asentamientos campesinos (lecciones 8ª, 2 de mayo; 9ª, 3 de mayo; 10ª, 8 de mayo; 11ª, 10 de mayo; 12ª, 12 de mayo), condición del campesino arraigado (lección 13ª, 16 de mayo). Un par de conferencias sobre la renta de la tierra (lección 14ª, 18 de mayo; 15ª, 21 de mayo) cerró el pronto célebre curso²⁵⁰.

Si dejamos aparte las advertencias iniciales –rechazo de la delimitación subjetiva (pues “el concepto de agricultor es un concepto de enorme imprecisión”); tampoco valía el criterio objetivo más primario: el derecho agrario como derecho de la agricultura (“el concepto de agricultura se debe tomar de cada país”)– y la introducción histórica al asunto, puntos más bien escolásticos que no entretuvieron al profesor (10-17 de abril), com-

²⁴⁹ Cf. Fernando Campuzano, “Ensayo crítico sobre la Reforma agraria”, *op. cit.*, p. 56.

²⁵⁰ El abogado Rafael del Caño García, “auxiliar mecanógrafo del Instituto de Reforma Agraria” y secretario de su Consejo ejecutivo (1932-1933), publicó y glosó su propia versión de las lecciones: “En torno a un concepto del derecho agrario”, en Revista Nacional de Economía [RNE] n° 40, 1934, pp. 189-218, que veo anunciado como una aportación que aconsejaba por sí sola (“la importancia del tema, la posición y autoridad que usufructúa el insigne abogado y el haber trascendido su doctrina del ámbito universitario, alientan nuestra pluma para escribir en torno a esa doctrina unas como glosas o apostillas”) hacerse con el fascículo donde salió: *vid.* “En torno a un concepto del Derecho agrario. Comentarios al curso especial dado en la Universidad Central por D. Felipe Sánchez Román sobre Derecho Agrario. Por Rafael del Caño. Número 114 de REVISTA NACIONAL DE ECONOMÍA, que además publica... Precio, 6 pesetas”; cf. El Sol (Madrid), 24 de agosto, 1934, p. 2. Este Caño, crítico con la reforma, insistió en que debía ante todo mejorarse la producción: cf. “La reforma agraria. Meditaciones en torno a ella”, en RNE n° 37, 1933, pp. 178-194.

probaremos que Sánchez-Román organizó las conferencias en torno a una tesis dominante. Me refiero a la naturaleza *especial* del derecho agrario.

No se trataba de cubrir el rutinario capítulo de “relaciones del *Derecho XXX* con disciplinas afines”, al estilo de las citadas memorias de cátedra; tampoco había que insistir en delimitaciones conceptuales y clasificaciones de salón, dándose por supuesta, *v. gr.*, la noción de empresa agraria²⁵¹. La especialidad de la disciplina –definida en pocas palabras: el derecho agrario era “el derecho de redistribución de la tierra” (lección 4^a, 18 de abril)– obedecía a la imposibilidad de seguir las reglas del derecho común para alcanzar el propósito redistributivo: un “derecho quirúrgico”, como expresó el recién citado comentarista de estas lecciones. Y no en último lugar porque las reglas generales habían provocado la indeseable concentración de la propiedad que ahora se quería revertir, con sus malas consecuencias económicas (absentismo, escasa productividad) y sociales (bajos salarios, paro obrero)²⁵².

“Si alguien piensa que las leyes de distribución o leyes agrarias pueden desenvolver su función distributiva con los conceptos, instrucciones, métodos del Derecho común, se equivoca tan profundamente como si se entiende en igual apriorismo precipitado, que una vez hecha la distribución, las nuevas empresas de actividad agraria que hayan de constituirse sobre la nueva forma de reparto pueden regirse también por aquellas instituciones del Derecho común que, organizando la propiedad rústica, cobijan en términos generales esta actividad de la agricultura como pudieran cobijar las restantes actividades posibles de un propietario absoluto” (misma lección 4^a). De poco servía, por ejemplo, el art. 348 del Código civil, pieza maestra del orden liberal; una “fórmula hipócrita” que anuncia imprecisas limitaciones legales al goce y disposición de la cosa pero que, en realidad, aseguraba al propietario “un poder tal que cuando [se] quiere ejercitar la acción legislativa como fuerza de limitación y de dominio se encuentra la ley más impotente que la propiedad, encontrándose la afirmación final de las normas de definición jurídica con la paradoja de que es la propiedad la que limita el poder dispositivo de las leyes”.

²⁵¹ La lección magistral de Alfonso de Cossío en las oposiciones de Santiago y La Laguna (1936) se dedicó -se vió antes- al arrendamiento rústico (nº 84 de su programa). De una prestación que fue oral sólo nos quedan los juicios deslizados en las actas del concurso por miembros del tribunal (Francisco Bonet, Manuel Batlle); no encuentro referencias a la posible relevancia de la norma para construir, como una diversa disciplina privatística, el pujante derecho agrario.

²⁵² “Al calor de las libertades sancionadas por la política agraria del siglo XIX”, escribió Caño, “se ha desarrollado el absentismo, la concentración de la propiedad y una explotación deficiente de la tierra, cosas todas que están íntimamente ligadas, casi en relación de causa a efecto con ese fenómeno de singular interés, que llamamos paro campesino”, cf. “*En torno a un concepto*”, *op. cit.*, p. 192. Y también: “la concentración de las tierras da como resultado una organización económica de explotación a veces rudimentaria: el cultivo se hace más deficiente, y no se encuentra ocasión para colocar el número de jornaleros que fuera debido”, p. 193.

A pesar de las apariencias la propiedad-poder del art. 348 encontraba en la expropiación forzosa su mejor garantía, ya que esta figura administrativa permitía la apropiación excepcional de un bien singular por parte de la Administración en razón de utilidad pública y siempre previo pago de un justiprecio establecido de modo contradictorio. Mas nada de esto valía para el derecho agrario, donde la expropiación resultaba ser una tendencia general que afectaba a grandes extensiones de terreno para su redistribución a partir de la declaración abstracta de la utilidad social de la operación, sin pagar el justiprecio (en otro caso “el Estado pasa a situarse en un lugar semejante al de un agente corredor de fincas rústicas que las va a comprar a uno para entregárselas a otro”) ni, siempre y ni siquiera, una indemnización (lección 5ª, 19 de abril).

“Si hay alguna forma en que la Jurisprudencia ha dado sensación de interpretar la vida en su profunda realidad, es cuando algunos juristas excepcionales fueron capaces de concebir una construcción sobre el hecho posesorio y su defensa” (lección 8ª). Una posibilidad remota, contemplada en el régimen general de la expropiación forzosa aun con todo tipo de cautelas, consistía en la ocupación temporal del bien afectado para realizar estudios o plantificar instalaciones necesarias a la finalidad expropiatoria (arts. 55-63, ley de 10 de enero, 1879). Aunque la Guerra había extendido este recurso, y así la ley de subsistencias de 18 de febrero 1915, prorrogada en 1916, o ley de 27 de julio, 1918, de obras públicas de interés militar²⁵³, la ocupación temporal no reveló su verdadero potencial hasta que llegó la reforma agraria. Por su carácter expedito y su eficacia inmediata, “el método de la ocupación temporal puede anteponerse por su mismo carácter provisorio a toda solución definitiva”.

La ocupación de la finca servía para asentar a los campesinos en la gran propiedad y desencadenar entonces la experiencia, siquiera fuese provisional y minúscula, de la empresa agraria. A las particularidades que perfilaban la situación²⁵⁴ se sumaban las normas que gobernaban el asentamiento, ese “instituto jurídico tan especial” nacido de la relación entre el Estado (no el propietario agrícola) y el campesino asentado (lección 8ª, 2 de mayo). Para explicar su naturaleza jurídica se acudió al precario (clásica

²⁵³ Y servía de apoyo un discurso académico de Niceto Alcalá Zamora, “Los derroteros de la expropiación forzosa” (1922). Sánchez-Román añadió la ley de orden público de 23 de julio, 1933, que “abunda en el empleo de la ocupación temporal (también llamada incautación) en los estados de prevención, alarma y sitio, para que el Poder público la utilice en ejercicio de autoridad”.

²⁵⁴ Por ejemplo, no cabía la subrogación del beneficiario en la posición del Estado ocupante; por lo demás, la ocupación temporal del derecho agrario se convertía en un límite legal y permanente de cualquier propiedad afectada por la reforma, así que no era resultado de un acto administrativo, como quería la regla común. Tampoco existía una indemnización para el propietario, sino, al máximo, una “renta de compensación” –a cargo del Estado, único protagonista de la ocupación, sin perjuicio de repetir el monto al asentado– equivalente a la pérdida de los productos del terreno ocupado. Cf. lección 7ª, 30 de abril.

figura, señaló Sánchez-Román, “que los juristas no conocen demasiado”), cuya inmediatez de efectos permitía mantener en explotación la finca ocupada sin esperar a culminar los trámites de un procedimiento expropiatorio costoso (lección 5ª, 19 de abril). El precario descartaba, además, “toda forma de dominación jurídica”, pues el asentado carecía de la facultad de disponer de la parcela recibida en cultivo; le bastaba con su posesión, “instituto jurídico más grandioso que ninguno” que permitía ejercer el “señorío económico” de la finca (lección 8ª). El empeño de Sánchez-Román en desentrañar la complejidad jurídica del asentamiento²⁵⁵ lleva a pensar que los políticos y registradores partidarios de conceder tierras en plena propiedad simplemente sortearon, ignorándolo, la dificultad de construir dogmáticamente el régimen jurídico de una institución inédita²⁵⁶.

“No hay en la redistribución de tierra una finalidad atributiva de la propiedad”, insistía el orador; “lo que persiguen las leyes de redistribución de tierra es quizá distinto” (lección 5ª). La conciencia de especialidad del derecho agrario le llevaba a rechazar ciertas situaciones reales y contratos presentes en el Código que habían ganado relevancia, en opinión de la mayoría, con la reforma agraria; solución arriesgada según el conferenciante, pues “encerrar las impropiedades en formas de censo, en formas de arrendamiento, en formas de concesión de Estado, tiene el peligro de que detrás de la forma va el contenido”²⁵⁷.

“En estos momentos vivimos, y quien no quiera percatarse de ello o quien sospeche que sobre los principios e instituciones que valieron para la época pasada, de exaltación y egoísta independencia del interés individual, puede asentar los módulos y formas jurídicas que la época actual, de SIGNO DIAMETRALMENTE OPUESTO, RECLAMA, será un insensato”²⁵⁸.

²⁵⁵ Que comportaba, según el orador, la irrelevancia de la buena fe para tener derecho a los frutos (“porque el asentado se instala efectiva y económicamente sobre una parcela cuyo propietario conoce”) y la revocabilidad de la concesión en función del éxito económico de la experiencia.

²⁵⁶ “Pero acaso la deficiencia mayor de la ley Agraria”, criticó Fernando Campuzano, “está en esa figura que crea desvahída e híbrida del asentamiento, que no se sabe cómo ha de funcionar en la práctica, ni dentro de qué contornos jurídicos puede encuadrarse, y cuyos elementos integrantes aparecen oscurecidos por la vacilación y la duda de los efectos que se la atribuyen”, cf. “Ensayo crítico sobre la Reforma agraria”, p. 61.

²⁵⁷ A su vez, el comentarista Caño, atento seguidor de las lecciones, explicó la especialidad jurídico-agraria con categorías inspiradas en el materialismo histórico: la existencia de nuevas relaciones de producción creaba nuevos “modos de representación”, también de representaciones jurídicas, de manera que la esencia, contenido y finalidad del derecho agrario consistía en “ser el ordenamiento correcto y fiel a este nuevo modo de producción agrícola, ser el ordenamiento que ponderando las distintas y auténticas fuerzas económico sociales que intervienen en esa producción informe, regule y distribuya ésta, entre aquéllas, de una manera equitativa y estimuladora”, cf. “*En torno al concepto*”, *op. cit.*, p. 198. Pero véase también, del mismo Caño, “La reforma agraria en España”, en RNE n° 32, 1931, pp. 569-583, donde desarrollaba los motivos materialistas.

²⁵⁸ *Ibid.*, p. 205 (énfasis del autor). Poco después Caño extendía sus críticas a banqueros y especuladores de materias primas, “que con una jugada de Bolsa puede[n]

La huida del derecho común se razonaba en la lección 9ª (3 de mayo), negándose al asentado-precarista sea la defensa interdictal (la Administración agraria debería ejercer una jurisdicción especial, expedita y eficaz, que protegiese la tenencia), sea la base posesoria suficiente para prescribir el dominio. La “ordenación jurídica del asentamiento campesino”, único aspecto de la reforma de 1932 que por entonces procedía, fue objeto de la lección siguiente (10ª, 10 de mayo), tanto más necesaria cuanto que se constataba la existencia de un “vacío perturbador” al respecto en la regulación legal. La tendencia general europea, en la visión de Sánchez-Román, marchaba en sentido favorable a las explotaciones familiares, por lo que el comentario de la cédula individual de asentamiento²⁵⁹ centraba la disertación. Título de *concesión* administrativa (de naturaleza particular también, al no estar interesado un servicio público), cuyo contenido consistía en la cesión de uso, disfrute y posesión de la finca a favor del asentado (que, aun pagando un canon, no presentaba la condición de arrendatario: el Estado no se obligaba a mantener la cosa en condiciones de uso), el mismo creaba el hecho posesorio al asentarse físicamente. En una palabra, “el hecho vivo” de ocupar la tierra –“símbolo creador de los grandes movimientos agrarios de la Historia”– precedía a la redistribución jurídica, inaugurándose así una doble posesión, pues el Instituto de Reforma Agraria, poseedor *ex lege* de la finca por causa de utilidad social (posesión real), al concederla al campesino (titular de una posesión corporal) disponía de potestades directivas sobre la explotación y, por supuesto, de la facultad de revocar el precario. Por provisional que fuera la relación así establecida el asentado quedaba investido en ciertas facultades dominicales; ante todo, la percepción de los frutos –contra el principio común del art. 354 del Código, que los reserva al propietario– o la facultad de constituir servidumbres y de aprovechar las existentes (lección 12ª, 12 de mayo). Y, sin duda, las condiciones positivas que favorecían al asentado debían extenderse a los campesinos ya arraigados en suelo ajeno a título de aparceros, colonos, renteros... la mejora de cuya condición sería algo “obligado, desde el punto de vista de una política orientada hacia la democracia aldeana, esto es, hacia el aumento de los pequeños propietarios, o si se quiere de las explotaciones familiares” (lección 13ª, 16 de mayo). Como adelanté, el cursillo terminó con dos lecciones sobre la renta de la tierra (“tributo de la propiedad”) que permitieron al civilista madrileño adentrarse en el terreno de los conceptos

arruinar a muchos hombres”, para los que pedía hábilmente la aplicación de la ley de peligrosidad social.

²⁵⁹ El tenor de esta cédula era como sigue: “El Instituto de Reforma Agraria cede a D. ... incluido en el censo de campesinos formado por la Junta Provincial de Reforma Agraria de ..., en fecha ..., el uso, disfrute y posesión de la finca que se describe y en las condiciones más abajo expuestas, además de las establecidas en la ley. No es objeto de esta concesión el dominio de la finca”.

económicos e invocar la autoridad de Karl Marx (cf. lección 14^a, 18 de mayo)²⁶⁰.

“De la misma parte general de este cursillo han quedado sin abrir otros tres capítulos más, que, respectivamente, acometían el estudio de los principios del *derecho común de la propiedad rústica*, de las *leyes agrarias* y de la *disciplina de la nueva empresa agrícola*”, concluyó Sánchez-Román. “Al año próximo queda consignado el compromiso. Y en ulteriores empeños irá saliendo el sistema de Instituciones jurídicas en que se organiza la agricultura, desde el derecho de cosas del campo a los contratos agrarios, y desde la familia campesina hasta la sucesión hereditaria en la hacienda del cultivador” (lección 15^a, 21 de mayo). Llegó la contrarreforma de 1935 y no hubo aquella “parte especial” del curso extraordinario que prometía el civilista, mas se habían sentado los fundamentos, desde una altura técnico-jurídica que estas líneas apenas han podido resumir, para el desarrollo de una disciplina especial. Una materia, hasta entonces en mano de notarios y registradores, que ingresaba en las aulas universitarias convocada por la mejor doctrina.

III. UN “TRATADO DE SOCIOLOGÍA”. LA CONSTITUCIÓN Y LA FAMILIA

Es fácil señalar un programa de reformas perfectamente realizables que deben comenzar por la total adaptación de nuestro derecho al texto constitucional y comprender una eliminación de las formalidades innecesarias para la celebración del matrimonio, que facilite su celebración; el remozamiento de todo el derecho de potestad paternal y de tutela, asegurando el cumplimiento de sus fines por el establecimiento de instituciones públicas, y por la modificación total de otras instituciones que nunca se han adaptado a nuestras cos-

²⁶⁰ “Con análisis penetrante, observó Marx dos formas de relación que se producen entre la propiedad privada y la renta diferencial de la tierra... La crítica marxista puso en claro el curso diferente que lleva el sobrebeneficio debido al empleo de una fuerza natural accesible a todos o al empleo de una fuerza natural limitada en cantidad y sometida a la propiedad ajena; pues, en efecto, en este último caso se abre cauce posible al propietario de dicha fuerza para fundar la pretensión de hacer suya la diferencia entre el sobrebeneficio y el beneficio normal, como acontece en el conocido ejemplo de los dos grupos de industriales de un mismo ramo, el uno empleando fuerza de vapor y el otro empleando fuerza hidráulica, la cual, si pertenece a estos mismos industriales, dejará en sus manos el sobrebeneficio, que, en cambio, pasará a los propietarios del salto de agua si son personas distintas de aquéllos... La otra forma de relación entre propiedad y renta diferencial fué también puesta de relieve en cuanto se hizo observar que, dada la renta diferencial, el valor total del mercado sobre un producto determinado va en crecimiento... Queda, pues, así formulada la demostración de que la renta diferencial no es un hecho que se produzca independientemente de la existencia de la propiedad privada. Y, en consecuencia, resultará también que la tierra de peor calidad, estando en régimen de propiedad privada, es, asimismo, susceptible de una renta”.

tumbres; la rebaja de la mayoría de edad en homenaje a las nuevas generaciones; y el reconocimiento de ciertos derechos de los jóvenes, como el de la libertad de su conciencia aun antes de llegar a la mayoría; y la reforma, sin modificaciones demasiado sustanciales, de la ley del Divorcio²⁶¹.

“Nuestra Constitución de 1931 sigue la orientación de otras constituciones de la post-guerra y a las declaraciones de tipo político añade otras que se refieren a los principios cardinales del Derecho privado”, había manifestado el opositor Miguel Royo en las oposiciones a cátedras de Civil que ganó Alfonso de Cossío²⁶². “Y estos son, no ya radicalmente distintos, sino del todo opuestos a los tradicionales, esto es, matrimonio exclusivamente civil, disoluble incluso por mutuo disenso y sin autoridad familiar, y equiparación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales... El estado de nuestra legislación es más triste y confuso en materia de familia que en ninguna otra parte del Derecho civil, porque lejos de haberse realizado la sustitución de unos preceptos por otros inspirados en los principios constitucionales, nos encontramos con la actual coexistencia de orientaciones imposibles de armonizar”²⁶³. El repaso de estos escritos académicos nos lleva finalmente al art. 43 CRE; aquella disposición constitucional que resultaba, según el mencionado Cossío con cita de Demófilo de Buen, “más que el precepto de una ley... un tratado de sociología”:

La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa.

Los padres están obligados a alimentar, asistir, educar e instruir a sus hijos. El Estado velará por el cumplimiento de estos deberes y se obliga subsidiariamente a su ejecución.

Los padres tienen para con los hijos habidos fuera del matrimonio los mismos deberes que respecto de los nacidos en él. Las leyes civiles regularán la investigación de la paternidad.

No podrá consignarse declaración alguna sobre la legitimidad o ilegitimidad de los nacimientos ni sobre el estado civil de los padres, en las actas de inscripción, ni en filiación alguna.

El Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, y protección a

²⁶¹ Demófilo de Buen, “La Revolución y el Derecho privado. Conferencia dada en la Universidad de Valencia el día 1º de junio de 1937”, en *Anales de la Universidad de Valencia* 9 (1937), 113-135, p. 132.

²⁶² En el giro de unos años, y hasta la muerte algo prematura de Royo, las dos cátedras sevillanas de Civil estuvieron a cargo de ambos personajes. Yo seguí los cursos de Cossío en la primera mitad de los Setenta (1972 a 1976).

²⁶³ *Memoria sobre el concepto del Derecho civil, op. cit.*, pp. 133-134.

la maternidad y la infancia, haciendo suya la “Declaración de Ginebra” o tabla de los derechos del niño.

3.1 Igualdad constitucional

“La Constitución de la República ha sancionado su propósito innovador, en términos con dificultad superables, al dictar las normas atañentes a las relaciones familiares”, escribió Demófilo de Buen en el anteproyecto de ley de investigación de la paternidad. “Con sólo dos de sus artículos –el 25 y el 43– ha logrado demoler las paredes maestras del derecho de familia contenido en nuestro Código civil. El cual derecho, desde la puesta en vigor del texto constitucional, adolece de la doble irregularidad de ser, en su mayor parte, opuesto a la Constitución y de no suministrar el necesario y apropiado desarrollo a sus preceptos... Urge, por lo mismo, promulgar nuevas leyes donde se articule el sistema familiar de nueva planta instaurado por la Constitución”²⁶⁴. Puede ser. Junto a la interpretación favorable a la vigencia inmediata –antes lo vimos– de “aquellos preceptos sobre derecho privado que están redactados en forma imperativa, no aplazada ni condicionada” –¿tal vez estaría en tal caso “la igualdad de derechos para ambos sexos”, fundamento del matrimonio?– el art. 43 se remitía a leyes civiles que, por ejemplo, “regularán la investigación de paternidad”. A la vista de ese precepto, un entendimiento desmesurado de la distinción entre lo público y lo privado permitió a Federico de Castro sostener la continuidad pacífica del derecho codificado tras aprobarse la Constitución, pues, aun dándose con el art. 43 CRE la identidad de materias que resultaría imprescindible para apreciar una derogación tácita del Código civil, faltarían aún “la identidad de personas u órganos y la contradicción e incompatibilidad de fines”; situadas estas leyes en esferas distintas, pues la Constitución se refería a las estructuras del Estado y el Código a las relaciones entre los particulares, sólo una reforma legislativa podía actuar como la línea secante que cortase ambas esferas y modificase finalmente la disciplina codificada²⁶⁵. Resta todavía por precisar si las demás innovaciones del artículo mencionado –divorcio vincular, condición jurídica de la prole sin perjuicios de origen, deberes tuitivos del Estado sobre la familia– se encontraban también sometidas a la aprobación de una legislación complementaria.

Sepamos ante todo que no estaba en discusión –al menos, esta tesis no afloró a la opinión pública– la redacción de un Código nuevo, donde

²⁶⁴ *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno por la Comisión Jurídica Asesora*, Madrid, 1933, p. 65. Alfons Aragoneses, “Constitución y derecho civil en la Segunda República” *op. cit.*, p. 269, destaca oportunamente la brillante intervención de De Buen; cf. también Pascual Marzal, *El derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 76 ss.

²⁶⁵ “*El Derecho civil y la Constitución*”, *op. cit.*, pp. 38-39. En esta línea se argumentaba que el art. 25 CRE había considerado al individuo como *homo politicus*, de modo que no podía deducirse mucho más a favor de la igualdad de ambos sexos en el ámbito de la vida civil: el art. 43 de la ley del divorcio probaría, a despecho del art. 43 CRE, que la mujer casada continuaba bajo la potestad marital.

las reglas constitucionales tuvieran acogida y debido desarrollo²⁶⁶. También fue cosa aislada la sugerencia de elaborar, con el art. 43 CRE por delante, un Código de la familia, “que comprendiera esta materia privativamente y desarrollara orgánicamente los principios establecidos en la Constitución”, entre otras razones porque “es notoria la conveniencia de que materias tan ligadas entre sí [divorcio, matrimonio civil, filiación], como natural derivación una de otra, se estatuyan por una sola y coherente ley”²⁶⁷; tal había sido la solución soviética, donde la codificación separada del derecho familiar había asegurado la completa emancipación femenina. Lo poco que conocemos de la Comisión Jurídica Asesora nada registra al respecto. La *Memoria* de Alfonso de Cossío se pronunció expresamente contra la posibilidad de codificar (“un código requiere madurez, y hoy día nos hallamos en una verdadera fase de experimentación jurídica, y se experimenta mejor mediante leyes especiales que con Códigos que no se pueden modificar todos los días”, pp. 98-99), y entiendo que sus palabras, apoyadas en el Castán de *Hacia un nuevo Derecho civil* (1933), representaron el sentir mayoritario de la doctrina²⁶⁸. La reforma del derecho de familia se haría, por lo tanto, mediante leyes singulares, y el tenor literal de la Constitución así lo prometía.

Pues, en segundo lugar, el imperativo constitucional de la igualdad obligaba a intervenir en el ordenamiento mediante una intensa actividad legislativa²⁶⁹. El art. 25 CRE prohibía toda discriminación (“no podrán ser fundamento de privilegio”) en razón de naturaleza, filiación, sexo, clase

²⁶⁶ Que, en cualquier caso, hubiera sido tarea de los expertos, la arraigada convicción del siglo liberal que repetía ahora Ángel Ossorio, *El sedimento de la lucha. (Vida e ideas)*, Madrid, Aguilar, 1933. Cf. p. 81: “la mayoría del Parlamento decide que se redacte un Código civil. No lo conseguirá sino aceptando un proyecto técnico redactado de antemano o confiando el desarrollo de unas basas a una Comisión competente. (Influjo de una minoría selecta)”.

²⁶⁷ Francisco Delgado Irigoyen, “*El derecho de familia en la Constitución de la República Española de 1931*”, en RDP n° 19, 1932, pp. 65-74, p. 68. En general, Alexandre Alvarez, *Une nouvelle conception des études juridiques*, op. cit.

²⁶⁸ Que un código no es cosa improvisada ni rápida lo demostraba, según Felipe Clemente de Diego, “*Técnica legislativa y codificadora*”, op. cit., el caso de los alemanes, que llevaban años dando vueltas a la reforma del BGB sin rematarla.

²⁶⁹ Cf. Nicolás Pérez Serrano, *La Constitución española*, op. cit., pp. 185 ss, sostenía que, para dar cumplimiento al mandato constitucional “será menester aguardar a la ineludible reforma” del Código civil. Para la ciudadanía de la mujer, vid. Ana Aguado, “*Citizenship and Gender Equality in the Second Spanish Republic: Representations and Practices in Socialist Culture (1931-1936)*”, en Contemporary European History n° 23, 2014, pp. 95-113, especialmente pp. 103 ss. Para la posición constitucional de la mujer, en general, y la interpretación de sus derechos desde “la continuidad significativa del control machista y el poder de discriminación sobre las mujeres a causa de una resistencia de signo judicial”, cf. Rubén Pérez Trujillano, “*Entre los derechos de las mujeres y el poder judicial: el divorcio durante la Segunda República española (1931-1936)*”, en Anuario de Historia del Derecho Español n° 90, 2020, pp. 391-437, p. 437; también, para lo que promete su título, Alicia López de los Mozos, “*Igualdad de género en la Segunda República: la obtención del voto femenino y otras medidas a favor de la igualdad*”, en Constitución de 1931, op. cit., pp. 349-363.

social, riqueza, ideas políticas o creencias religiosas, lo que enunciaba en términos generales cuanto concretó más abajo el art. 43; unos párrafos atrás el art. 23 CRE había considerado irrelevante el matrimonio para modificar la nacionalidad de la mujer. El art. 27 CRE plantificaba la igualdad en lo tocante a creencias y prácticas espirituales, de manera que “la condición religiosa” no resultase causa modificativa de la personalidad civil. Y la equiparación de sexos en el disfrute de las libertades políticas se consagró en el celeberrimo art. 36 CRE, pues mujeres y hombres mayores de 23 años “tendrán los mismos derechos electorales conforme determinen las leyes”²⁷⁰. Además, una vez “abiertas de par en par las Universidades y Establecimientos docentes para que se sigan las carreras sin distinción de sexos, igualando en derechos y obligaciones las hembras a los varones”, un rosario de disposiciones administrativas fue abriendo, a su vez, algún sector de la burocracia estatal a la presencia femenina²⁷¹.

De la *polis* a la casa, la igualdad del sufragio se prolongó a la posición igual de ambos cónyuges según el precepto constitucional que nos interesa. Pero las reglas del art. 43 CRE –que instauraba, en opinión de Calixto Valverde, “un régimen familiar parecido al ruso”, con el consiguiente recelo²⁷²– no consiguieron perturbar la vigencia del Código civil, cuyos preceptos discriminatorios se prolongaron en la experiencia republicana; por más que le pesara a De Buen, incluso los mandatos “redactados en forma imperativa” carecieron de directa aplicación en el sentir común de los juristas; solamente el derecho catalán –el intento del ministro Albornoz, que enseguida veremos, no pudo prosperar (1933)– cumplió con los compromisos constitucionales mediante la ley “sobre la capacitat de la dona i dels cònjuges” de 19 de junio, 1934 (*Butlletí del 20*)²⁷³. La inferioridad legal de la mujer en razón de sexo y

²⁷⁰ La enmienda de Manuel H. Ayuso Iglesias y otros (29 de septiembre, 1931), con propuesta de un límite mínimo de edad para el sufragio en 23 años para “los ciudadanos varones” y 45 años para “las hembras” parece pintoresca. Cf. ACD, Sección general, legajo 539, expte. n.º 1.

²⁷¹ Notarías y registros de la propiedad: decreto de 29 de abril, 1931 (*Gaceta del 30*), de donde tomo la frase destacada; funcionarios administrativos sanitarios, convocatoria de 24 de abril, 1931 (*Gaceta del 26*); oficiales de la Administración civil, convocatoria de 8 de septiembre, 1932 (*Gaceta del 14*); oficiales de la Secretaría del Congreso, convocatoria de 19 de febrero, 1932 (*Gaceta del 21*); auxiliares calculadores de la Inspección general de Servicios Social-Agrarios, convocatoria de 30 de junio, 1932 (*Gaceta del 2 de julio*); secretarías de juzgados municipales, decreto de 9 de noviembre, 1933 (*Gaceta del 12*).

²⁷² *Tratado...* IV, *op. cit.*, p. 220.

²⁷³ “Cada uno de los cónyuges podrá, sin licencia del otro, adquirir por título oneroso o lucrativo, alienar y gravar sus bienes, comparecer a juicio y, en general, contratar y obligarse y realizar toda clase de actos jurídicos. No obstante eso”, concluía el art. 5, “ningún cónyuge puede adoptar sin consentimiento del otro”; cf. F. Maspons y Anglasesell, “*La ley catalana sobre la capacidad jurídica de la mujer y de los cónyuges*”, en RDP n.º 22, 1935, pp. 307-312: “la afirmación *la ley no concede al marido autoridad sobre la mujer* va encaminada a evitar que en adelante sean posibles las sutilezas de complementación de textos con que las interpretaciones del Tribunal Supremo han perturbado el Derecho catalán”. Interesa la nota de Antonio Polo inserta en su

estado –que Valverde llegó a negar, pues si los cónyuges ejercían funciones diversas debían también recibir un trato legal diferente²⁷⁴– se manifestaba en la autorización marital para ejercer actividades lucrativas de cualquier especie o solicitar la partición de una herencia (arts. 61 y 1053, Código civil; art. 6, Código de comercio); una “doctrina clara y terminante” de las leyes castellanas desde comienzos del siglo XVI que mantuvo a finales del siglo XIX el ministro Manuel Alonso Martínez²⁷⁵. Se encontraba además afectada la regla constitucional del libre ejercicio de profesión (art. 33 CRE), mas este otro aspecto tampoco importó demasiado: un joven investigador ha descrito con acierto, a vueltas del art. 43 CRE, el terrible “desencuentro entre los poderes constituidos y el poder constituyente que ponía en solfa la obra constitucional”²⁷⁶. Ya sabemos que Antonio Polo fue favorable a “la *inmediata derogación*, por virtud de la igualdad proclamada, de los preceptos de los Códigos civil y de Comercio referentes a la *autorización marital*”; el maestro Garrigues impuso sin embargo su superior criterio, según el cual “la seguridad del tráfico no se satisface con principios jurídicos: precisa normas concretas, como las actuales de los Códigos civil y mercantil sobre la capacidad de la mujer casada, las cuales no se pueden entender derogadas mientras no se sustituyan por otras semejantes o contradictorias... Mientras esto no ocurre, subsistirá en nuestro Derecho la necesidad de

traducción de Konrad Cosack, *Tratado de Derecho Mercantil*, p. 36, preguntándose si, en vista del art. 4 de esta ley (“los cónyuges pueden ejercer profesión, oficio, cargo, comercio o industria que no les impida el cumplimiento de los deberes familiares”), cabía interpretarla ‘a la alemana’, o sea, en sentido favorable a “la posibilidad de un derecho de prohibición y de denuncia por parte del marido, cuando estimara *incumplidos los deberes familiares*” (cursivas de Polo).

²⁷⁴ *Tratado...* IV, *op. cit.*, p. 65. Cf. *ibid.* p. 210: “la mujer, que presenta caracteres orgánicos y psíquicos distintos de los del hombre, que, como dice D’Aguanno, está hecha para el amor y para concentrar y fijar sus afectos en pocas personas, que no pueden ser otras que su esposo y sus hijos, y que es muy propia a cambiar tanto de ideas como de voliciones, está destinada al cuidado de la familia y su misión, dentro del matrimonio, no puede menos de ser distinta que la del marido”.

²⁷⁵ Me refiero a las Leyes de Toro 55 y 56, con antecedentes de antiguo régimen según correspondía a la secular concepción patriarcal de la familia, cf. J. Martínez Santonja, “¿Son inscribibles en el Registro de la Propiedad los actos y contratos otorgados por mujer casada. sin licencia marital o autorización judicial?”, en RCDI n° 13, 1940, pp. 649-659, p. 650. No entro aquí en la fijación del domicilio familiar (art. 58, Código civil) ni en la administración de la sociedad conyugal por el marido (art. 59). Sobre las discriminaciones jurídicas por sola razón de sexo, como en materia testamentaria (art. 681) o en la tutela (art 237; cf. arts. 211 y 220), Manuel Batlle, *Repercusiones de la Constitución*, *op. cit.*, entendió que eran normas derogadas por el art. 25 CRE; al contrario, para su crítico José Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*, *op. cit.*, “sigue en pie el régimen jurídico de la mujer y de la familia, del Código civil, mientras no se dicten las leyes complementarias que desarrollen los preceptos constitucionales”, p. 114. Repasó tales discriminaciones el diputado (y civilista) Gil y Gil en los debates sobre el art. 41 del proyecto, futuro art. 43 CRE (DSCCRE 16 de octubre, 1931, pp. 1782-1783).

²⁷⁶ Rubén Pérez Trujillano, “Entre los derechos de las mujeres y el poder judicial”, *op. cit.*, p. 399.

la autorización marital para que la mujer casada adquiriera la cualidad de comerciante²⁷⁷.

La opinión del famoso mercantilista pasó, con ligeros matices, a las instancias oficiales. Por una parte, la dirección general de los Registros y del Notariado hizo suyo el parecer que había establecido anteriormente este alto organismo (resolución de 22 de agosto, 1894) sobre inscripción de contratos otorgados por mujeres casadas sin constar la autorización de sus maridos (o sin el visto bueno equivalente de la autoridad judicial), lo que fue aceptado sin problemas con tal de insertar en el Registro una nota preventiva por tratarse de actos anulables (cf. art. 65, Código civil). Esta interpretación mínimamente generosa se había suprimido –“sutilísima teoría jurídica sobre actos y contratos nulos y anulables [que] encierra en su aplicación posibles disgustos y riesgos”– en el Reglamento Notarial de 1921 (7 de noviembre)²⁷⁸, mas el art. 43 CRE daba otra dimensión al asunto de la capacidad femenina, y la Administración registral finalmente admitió que “en el período legislativo en que nos encontramos, la aplicación de las leyes civiles debe hacerse con un criterio favorable al desarrollo de los nuevos principios constitucionales”, por lo que debía volverse al criterio anterior, “cuidando” –eso sí– “de que en el asiento aparezca claramente la falta de licencia marital, a fin de prevenir a terceros de que hay pendiente una acción de nulidad” (resolución de 15 de diciembre, 1933)²⁷⁹. El Reglamento Notarial que aprobó la República (8 de agosto, 1935) siguió, con reticencias, la misma orientación al admitir (art. 169) que “las mujeres casadas podrán intervenir por sí solas en todos los actos o contratos que con arreglo al Derecho civil, común o foral, puedan realizar sin la licencia o autorización marital, ya sean dichos actos de administración o dominio. Tampoco precisarán la autorización del marido cuando se trate de poderes otorgados a su favor o para entablar acciones contra el mismo. En los demás casos, el Notario, como problema de capacidad, resolverá si es o no indispensable la licencia marital, teniendo especial cuidado de expresar, con arreglo a su criterio, la finalidad y el alcance de la falta de aquélla en orden a la validez del documento. En todo caso, cuando se precisare la licencia marital podrá otorgarse el documento, siempre que con

²⁷⁷ *Curso I, op. cit.*, pp. 142-143.

²⁷⁸ Cf. J. Martínez Santonja, “¿Son inscribibles?”, *op. cit.*, pp. 652-653, que me sirve para todo esto.

²⁷⁹ Para José Luis Díez Pastor, “*La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio*”, *op. cit.*, p. 198, “la Constitución no ha alterado todavía la capacidad de la mujer casada, ni el régimen de bienes del matrimonio, ni el derecho sucesorio”, aunque este conocido notario, que provocó una respuesta del ministerio por el rechazo de una escritura que había autorizado, como vimos, advirtió que “los principios que contienen son la expresión de un sistema que a partir de la vigencia de la Constitución ha de inspirar la totalidad del orden jurídico nacional... Los preceptos del Código civil sufren una verdadera transustanciación, en cuanto quedan impregnados del nuevo sentido social y jurídico que se desprenden de los principios constitucionales”.

ello estuvieren conformes los interesados, subordinándolo a la condición suspensiva, en cuanto a su perfeccionamiento, de la ratificación o consentimiento por el marido, sin perjuicio de la validez o eficacia del mismo si el marido o sus herederos no lo impugnaran”.

Por otra parte, con independencia de las consecuencias registrales de la autorización marital en un régimen político que fue considerado, al cabo de pocos años y de mucha sangre, opuesto por completo a “la familia cristiana y de pura esencia española, fundada en la soberanía familiar del marido”²⁸⁰, la legalidad republicana se mostró algo ambigua en lo relativo a la autonomía femenina. Un decreto preconstitucional sobre sociedades cooperativas (4 de julio, 1931, *Gaceta* del 7) se declaró favorable a tal autonomía al permitir a la mujer casada –por supuesto sin necesidad de licencia alguna– “formar parte de una Cooperativa de responsabilidad limitada, intervenir en las operaciones sociales y abonar o percibir las cantidades que estatutariamente les correspondan” (art. 8)²⁸¹. La ley del contrato de trabajo (21 de noviembre, 1931, *Gaceta* del 22) dio otro pequeño paso cuando consideró válido el pago del salario a la mujer casada si no constaba la oposición del marido, que debía estar avalada por el juez municipal (art. 51). Pero, en general, la exigencia de autorización marital no se discutió en los contratos otorgados por mujeres casadas, aunque la Administración deslizase mil protestas sobre la tendencia moderna a la equiparación jurídica de los esposos; en el tono monocorde de costumbre, se consideró “que numerosas disposiciones de la Constitución son de índole normativa, o sea no dirigidas a la generalidad de los ciudadanos para su cumplimiento o a los órganos de la Administración para su aplicación inmediata, sino a los órganos legislativos adecuados para que desarrollen los principios que aquellas disposiciones contienen en preceptos obligatorios y aplicables bajo la forma de leyes o, en su caso, de Decretos”, lo que valía especialmente para las reglas del art. 43 CRE. De seguirse otro criterio, quedaría en manos de los afectados o de los jueces, con pronunciamientos siempre particularistas, “la gravísima misión de determinar el contenido, significado y alcance de esas normas”²⁸².

²⁸⁰ Aunque el Reglamento de 1935 seguía vigente en 1940, cuando escribía Martínez Santonja, este registrador respiró tranquilo, pues “el momento es propicio para volver a la doctrina tradicional, ya que si la doctrina constitucional de la igualdad de derechos de ambos sexos influyó en la Resolución de 15 de diciembre de 1933, el actual régimen político de España propugna, en cambio, el restablecimiento de la familia cristiana y de pura esencia española, fundada en la soberanía familiar del marido”, cf. “¿Son inscribibles?”, *op. cit.*, p. 658.

²⁸¹ Cf. decreto de 2 de octubre, 1931 (*Gaceta* del 21) con el reglamento de la ley de Cooperativas; *vid.* art. 31, en el mismo sentido.

²⁸² Orden del ministerio de Hacienda, de 24 de enero, 1936 (*Gaceta* del 25), sobre la que vuelvo en un momento. Pero no he podido consultar José M^a Marín Silva, “Las nuevas tendencias legislativas sobre capacidad civil de la mujer casada”, en *XIV Congreso de la Asociación para el Progreso de las Ciencias*, 1935.

Otras dos resoluciones de la misma dirección general ofrecen más información sobre la desenvuelta práctica recién descrita. El punto de partida parecía claro: “no podía sostenerse que los principios constitucionales derogasen textos legales específicos destruyendo todo el sistema de nuestro Derecho civil”. La primera resolución (antes citada: de 15 de diciembre, 1933, *Gaceta* del 1 de enero, 1934) recayó en el recurso presentado por Agustina González, adquirente de una finca por compraventa celebrada con Dolores Pazos, contra la nota del registrador de Pontevedra que rehusó inscribir la pertinente escritura al carecer de la licencia marital y por ciertas dudas sobre la pertenencia de la suma pagada como precio a la sociedad de gananciales o al patrimonio parafernial²⁸³. La recurrente argumentó que ella gobernaba su vida y su casa sin licencia expresa mas con el asentimiento tácito de su marido, que había emigrado a la Argentina; alegó además que “el artículo 43 de la Constitución vigente, como Ley posterior y superior, había modificado todo el régimen legal anterior en que se basaba la nota cuya revocación suplicaba”. Aunque el notario que autorizó la escritura aceptó “el recelo del Registrador, porque si bien era cierto que teníamos una ley constitucional que proclamaba la igualdad de derechos para ambos sexos dentro del matrimonio, seguían las mismas leyes civiles que teníamos, pareciendo su acoplamiento función reservada a otras jerarquías”, la dirección de los Registros, apoyada en la resolución de 1894, anuló el auto judicial que había confirmado la nota recurrida y permitió la inscripción, pero con nota preventiva, del contrato de compraventa.

Por el contrario, la resolución de 9 de junio, 1936 (*Gaceta* del 18) confirmó un auto que rechazó los reparos opuestos por el registrador de la propiedad de Villalón a la escritura de compraventa otorgada por una mujer casada. Nicolasa Cuadrado había vendido una casa y tres fincas rústicas, en Villavicencio de los Caballeros, a su hermano Florentino, encontrándose debidamente acompañada y autorizada en el acto por el marido Jerónimo Martínez. El registrador rechazó inscribir la casa al entender que pertenecía a la sociedad conyugal, de modo que sólo podría enajenarla el marido, único administrador legal de esta sociedad según los arts. 1412 y siguientes del Código civil. Más que la autorización, importaba para el negocio la posible falta de capacidad de la vendedora, “porque no es lo mismo realizar un hecho que consentir que otro lo haga

²⁸³ El rechazo de la escritura presentada a registro no fue incompatible con admitir que “la tendencia legislativa en los países que se distinguían por su culto al derecho o por un afán innovador de su sistema jurídico, era ampliar la capacidad de la mujer casada, disminuyendo las limitaciones impuestas a la misma por el hecho de haber contraído matrimonio”, cuando “en la legislación española el derecho novísimo... y el espíritu que lo informaba de reconocimiento pleno de la capacidad de la mujer, obligaba a meditar si, después de promulgada la Constitución, sus preceptos sobre derecho privado debían reputarse vigentes de modo inmediato, aunque contradijesen todo el sistema anterior, o si, por el contrario, sería necesario aguardar a la ineludible reforma del Código”.

o darle licencia para hacerlo”. La Audiencia, empero, revocó la estricta decisión, pues “con arreglo a los principios que informan el derecho moderno, a las disposiciones de la Constitución y a la doctrina de la Dirección general de los Registros y del Notariado, tal falta de capacidad puede suplirse mediante la autorización, licencia, ratificación o confirmación por el marido de lo hecho por su mujer”; como es fácil apreciar, sin que nadie cuestionase –tampoco ahora– la necesidad de la licencia marital, el art. 43 CRE servía al menos como fundamento de una modesta interpretación *pro muliere* de las normas codificadas sobre administración de los gananciales²⁸⁴. Curiosa solución, pues dos años y medio atrás un caso por completo similar (una constitución de hipoteca, en vez de una venta) se había saldado con la confirmación de los reparos opuestos por el registrador a la escritura. ¿Acaso porque no se extrajo entonces argumento alguno del art. 43 de la Constitución?²⁸⁵

Cuando faltaban pocos meses para el fin del Bienio, tras las dos reformas del régimen liberal-católico de la familia en virtud de las leyes del divorcio (11 de marzo, 1932) y la de matrimonio civil (28 de junio, 1932), se elaboró un proyecto “sobre capacidad civil de la mujer casada y régimen jurídico del matrimonio”, cuya aprobación hubiera modificado radicalmente aquel estado de cosas que ha quedado descrito (5 de julio, 1933). Lo presentó en las Cortes el ministro Álvaro de Albornoz y pasó enseguida a la Comisión de Justicia para dictamen (DSCCRE 6 de julio, 1933, p. 13891 y apéndice nº 7 al *Diario* de este día)²⁸⁶. Ahogadas las mejores tradiciones patrias –justificaba el ministro– por un Código civil (1889) “que copió a ciegas las prescripciones del napoleónico sin tener en cuenta la no despreciable libertad de que, en la vida real y aún en nuestras venerables leyes gozaba la mujer española”²⁸⁷, convenía cumplir los

²⁸⁴ “Si bien sería más adecuado a la técnica jurídica”, consideraron los letrados del ministerio, “que el marido hubiese prestado su conformidad al contrato en el doble carácter de jefe de la sociedad conyugal e interesado directamente en la transferencia, así como que se hubiese consignado que concedió la licencia marital y el consentimiento”.

²⁸⁵ Resolución de 19 de diciembre, 1933 (*Gaceta* del 4 de enero, 1934). Clara Valverde Guillén, asistida y autorizada por su marido Amador Sánchez, hipotecó unas fincas en garantía de un préstamo concedido por Joaquín Jiménez. La Audiencia primero y la dirección general después consideraron “que la licencia concedida por el marido no equivale al consentimiento, porque no siendo sinónimos ni teniendo igual alcance tales palabras en la técnica jurídica, si la mujer es quien contrata y se obliga, la licencia del marido sólo supone la intervención, exigida por la ley, al jefe de la sociedad conyugal”.

²⁸⁶ ACD, Sección general, legajo 481, expte. nº 8.

²⁸⁷ El ministro abrió un interesante paréntesis para recordar leyes visigodas igualitarias (derechos sucesorios iguales de hijos e hijas, condición autónoma de la viuda, autorización de ambos padres a la boda de la hija, *ius corrigendi* compartido) y fueros municipales (“la típica institución de la patria potestad conjunta y solidaria del padre y de la madre”, lo que remite a Rafael de Ureña, *Una tradición jurídica española. La autoridad paterna como el poder conjunto y solidario del padre y de la madre*, 1912), por nada decir de los derechos forales y singularmente del aragonés, que “hizo de la igualdad ley de la familia”.

mandatos constitucionales y poner en pie de igualdad a ambos cónyuges sin discriminación alguna en razón del sexo, salvos aquellos casos en que la biología impusiera diferencias (así, la prohibición de nuevas nupcias de la viuda en los 301 días posteriores a la muerte del marido, art. 45, 2, Código civil)²⁸⁸. Las relaciones personales de los esposos podían resolverse con relativa facilidad y crearse legalmente el espacio igualitario de vida y toma de decisiones que imponía la Constitución; de ser necesario, la autoridad judicial –¿de una futura, deseable, magistratura familiar?– zanjaría un desacuerdo irreductible (*vid.* art. 12). Mayor dificultad tenía arreglar sobre la misma base igualitaria las materias económicas de la unión, ya que podían afectar a terceros (arts. 12-32). En lo concerniente al régimen matrimonial el proyecto conjugaba el acuerdo de las partes y el respeto a los sistemas vigentes, en particular los gananciales, un “españolísimo régimen... de tan perfecta adaptación a los modernos ideales democráticos, como lo prueba la aceptación que ha hecho de él, en su esencia, el legislador soviético” (art. 16), pero se suprimían desde luego las limitaciones de la esposa en la administración de los parafernales (y también sus privilegios: derivados de la atribución al marido en exclusiva de la gestión de los bienes del matrimonio). Y el proyecto avanzaba aún hacia la plena igualdad entre los hijos prometida en el art. 43 CRE, pues el sostenimiento de los que fuesen extramatrimoniales corría a cargo de la comunidad (art. 26).

El texto, de haberse aprobado, hubiera resuelto varias de las perplejidades señaladas en prueba de los problemas que provocó el contenido social de la Constitución, tan enfrentado –y por él provisionalmente derrotado– al derecho patriarcal de la Restauración. Por ejemplo, la disposición transitoria 2ª devolvía la patria potestad sobre los hijos del primer matrimonio a la viuda que celebraba una nueva unión, disolviéndose las tutelas constituidas al amparo del art. 168 del Código civil, que así quedaba implícitamente derogado, aunque en los matrimonios de viudos y viudas con descendencia el juez podría decidir, llegado el caso, sobre la atribución de la potestad parental (art. 6). También desaparecía la autorización del marido para las actividades profesionales –el comercio por supuesto incluido– de la mujer (art. 4) y para cualquier negocio oneroso o gratuito (art. 5), siempre y cuando la profesión no impidiese –mas a cualquiera de los cónyuges– el cumplimiento de los deberes familiares²⁸⁹.

En fin, se diría que el legislador republicano no confió en la simple proclamación de la igualdad de género –que ciertamente no faltaba: “el

²⁸⁸ “El matrimonio no lleva aneja situación de desigualdad ni inferioridad jurídica para ninguno de los esposos. La ley no concede al marido potestad sobre la mujer ni le otorga su representación legal” (art. 3).

²⁸⁹ Antes vimos la opinión de Antonio Polo en referencia a la ley catalana de 1934 sobre capacidad de la mujer (art. 4), tendente a interpretar el precepto con el Código civil alemán al alcance de la mano (cf. §§ 1354 y 1358 BGB).

sexo no influirá sobre la extensión y ejercicio de la capacidad civil... la mujer tendrá la misma capacidad que las leyes reconocen al hombre para ejercer todos los derechos y funciones civiles” (art. 1 del proyecto)– para asegurar el éxito de los mandatos constitucionales trasladados a la legislación ordinaria. Como en los casos del divorcio y el matrimonio laico, la técnica aplicada consistía en recorrer y modificar los campos institucionales donde el Código civil (y el de comercio) introducían su régimen discriminatorio, sin redactar de nuevo, y ni siquiera señalarlos de manera expresa en la oportuna disposición derogatoria, los artículos que esta otra ley alteraba²⁹⁰. En este sentido, fue superior el criterio seguido por el Parlamento catalán cuando, en la ley que conocemos (19 de junio, 1934), tras ordenar que “la mujer tiene la misma capacidad civil que el hombre” (art. 1) procedió seguidamente a derogar “las disposiciones de excepción en favor de la mujer que consignan el *Senatus-consultus Velleianus*, la *Authentica ‘Si qua mulier’*, el capítulo VIII de la Novela 134, el capítulo XI del *Recognoverunt proceres* y la Costumbre I, párrafo 1 y 2, rubrica 7 del Libro IV del *Llibre dels Costums escrits de la ciutat de Tortosa*” (art. 7)²⁹¹.

Mas el hermoso proyecto del ministro Albornoz no llegó siquiera a ser discutido en las Cortes. Se mantuvieron con las derechas las antinomias que comprometían la igualdad constitucional y sólo intentaron salvarse *in extremis*, quiero decir: en medio de la terrible guerra que desencadenó la sublevación contra la República. Porque “la igualdad de derecho del varón y la mujer debe ser absoluta” se dictó un decreto de 3 de febrero, 1937 (*Gaceta* del 4), que removió la incapacidad civil del sexo femenino (art. 1), suprimió la potestad y la representación del marido (art. 2), repartió con equidad las funciones y los deberes sobre los hijos (art. 3), admitió que el acuerdo de los cónyuges –con intervención judicial supletoria– estableciese el régimen de vida de la prole en caso de separación (art. 4), elevó la de bienes a la condición de régimen económico común, salvo otro pacto (art. 5), concedió plenos efectos a los actos de la esposa celebrados sin acuerdo del marido (art. 8), reconoció la potestad de la bínuba sobre los hijos habidos de la primera unión (art. 10): graves cuestiones de principio pero también problemas del tráfico ordinario según hemos visto, que salían finalmente del cauce estrecho del Código civil (“los arcaicos privilegios que las Leyes conceden y otorgan, por razones de sexo”) para satisfacer las exigencias republicanas. Era presidente del

²⁹⁰ “Quedan derogadas” –ordenó después el art. 6 de la ley de matrimonio civil– “todas las disposiciones legales, reglamentos, decretos y órdenes que se opongan a lo dispuesto en esta ley”, lo que tampoco mejoraba mucho el panorama.

²⁹¹ No entro en la influencia que pudiese ejercer el proyecto de Álvaro de Albornoz en esta ley, algo probable y no solo por las fechas (cf. los respectivos arts. 1, por ejemplo); pero la identidad de materias y la necesidad compartida de sustituir las reglas codificadas por los principios constitucionales explican la cercanía entre ambos textos.

Gobierno el socialista Francisco Largo Caballero y ministro de Justicia el anarquista catalán Juan García Oliver²⁹².

3.2 Libertad de amar y divorcio a la uruguaya

“Pensar que un solo artículo de la Constitución puede alterar todo el derecho de familia, que constituye un complejo orgánico en que un sistema y un criterio le domina, cual ocurre en nuestro código civil, equivaldría a producir un trastorno de tal naturaleza, que por insuficiencia del precepto constitucional daría lugar a multitud de cuestiones que traerían una verdadera confusión en el orden jurídico”. Las alarmadas palabras de Calixto Valverde se escribieron a propósito de la filiación natural, mas valían igualmente para la constitución del vínculo matrimonial y su disolución mediante el divorcio²⁹³. Como sabemos, “el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa” (art. 43 CRE). Y era evidente que el dictado constitucional necesitaba de desarrollos legislativos para que los casados, víctimas de una aventura familiar adversa, pudieran abandonar el vínculo que los unía. Admitida la posibilidad de romperlo en los debates constitucionales, quedaba para la ley ordinaria fijar las circunstancias del disenso y, en particular, las causas que permitían a uno de los esposos, sin mutuo acuerdo, obtener judicialmente el divorcio. Nuevo capítulo en el programa republicano opuesto a la conmixti3n entre la Iglesia y el Estado, la concepci3n institucional del matrimonio parecía enfrentarse por fin a un entendimiento puramente contractual (y secular), susceptible entonces de ruptura por la voluntad concorde de las partes o por la incidencia de una circunstancia prevista legalmente que apoyase la denuncia del pacto²⁹⁴. Asunto controvertido tanto fuera como dentro de las Cortes, la disoluci3n del matrimonio por la vía del divorcio –“golpe brutal contra la familia”– resultaba, para los más ultramontanos, un modelo a escala de la inevitable “disoluci3n social” que traía consigo el ateísmo republicano²⁹⁵.

²⁹² La ley de 21 de octubre, 1937 (*Gaceta* del 23) dio rango de ley a este decreto, con la consiguiente derogaci3n de preceptos del Código civil. Tarde llegaron las reformas.

²⁹³ *Tratado...* IV, *op. cit.*, p. 436.

²⁹⁴ Siguió la primera orientaci3n Manuel Giménez Fernández, *La instituci3n matrimonial según el Derecho de la Iglesia cat3lica*, Madrid, Instituto Francisco de Vitoria, 1945. Sin querer ahora volver sobre las cuestiones agrarias, tan queridas por Giménez Fernández que fue ministro del ramo, me limito a recordar Abraham Vázquez – Julio García Herrero, “*Ensayo de aplicaci3n a la ley de Arrendamientos rústicos de la Teoría de la instituci3n*”, en RCDI n° 12, 1936, pp. 94-106, apoyados en Giménez.

²⁹⁵ Discurso de Ramón Molina Nieto, diputado y can3nigo de la catedral de Toledo, en DSCCRE 27 de agosto, 1931, pp. 648-652, p. 650. Pedro Sainz Rodríguez, opuesto al espíritu de Weimar (“ya sé que la técnica moderna de muchas Constituciones ha hecho que se lleven al Código fundamental de cada país cuestiones que no son propiamente de derecho público; pero eso, que ocurre de un modo esporádico en muchas Constituciones,

Con ideas de esta suerte –tomadas las Cortes por una reunión de las Hijas de María, escribió Margarita Nelken con indisimulada ironía²⁹⁶– la mayoría política optó por insertar el divorcio en el art. 43 y evitar, en confesión de Jiménez de Asúa, que “un Parlamento veleidoso, el día de mañana, no pueda, contra los principios y derechos que el pueblo reclama, vulnerar todas esas ansias populares que están latentes y la Cámara ha de recoger” (DSCCRE 27 de agosto, 1931, p. 644). Un libro aparecido un par de meses después del 14 de abril documentó esas “ansias populares” que evocaba el presidente de la Comisión de Constitución cuando presentó su proyecto ante las Cortes. Se trata de una antología de opiniones sobre el divorcio recopiladas por dos periodistas y realizada “para las mujeres y los hombres de España, que, rotas sus vidas estúpidamente, sienten sed de justicia social”²⁹⁷. Jiménez de Asúa escribió el prólogo –nos interesará dentro de un momento– y seguían las respuestas de los encuestados, tanto las contrarias al divorcio, pocas y lacónicas (Niceto Alcalá Zamora, Francisco Bergamín, Ángel Ossorio y Gallardo, Ramiro de Maeztu, Miguel Maura), como la mayoría de respuestas positivas, algunas no exentas de humor (“el divorcio me parece tan necesario como la calefacción en Siberia”, Luisita Esteso; “el divorcio me parece muy bien. Lo que me parece mal es el matrimonio”, Federico G^a Sanchiz) y con varias consideraciones sociales y jurídicas (el divorcio “estaría a tono con las modernas corrientes jurídicas de los países democráticos”, Margarita Xirgu; “el divorcio va ligado a la liberación económica de la mujer. Serían de desear ambas cosas”, Ramón Franco; “el matrimonio es un contrato”, por lo que el divorcio “debe ser consecuencia natural del matrimonio”, Sara Insúa; “una de las mínimas conquistas del progreso legislativo, científico y universal”, Clara Campoamor). Nada menos que cuatro páginas ocupó la respuesta de Francisco Villanueva, director de *El Liberal* y republicano convencido, favorable por supuesto al divorcio; defendía que la futura Constitución española debía seguir a la de Weimar con algún precepto dedicado a la familia y, lo mismo que esa otra Carta política, prestar especial “atención a la mujer como cónyuge”. La regulación codificada le parecía cosa “absolutista”, por lo que la tarea más

aquí ocurre de una manera casi sistemática”), observó de modo coincidente que la introducción del divorcio en el texto constitucional encerraba otro ataque a la religión, “una nota que viene a corroborar todo el panorama jacobino, sectario y antirreligioso de esta Constitución”, DSCCRE 8 de septiembre, 1931, p. 797.

²⁹⁶ “A falta de misa del Espíritu Santo, [el canónigo de Toledo] quiso inaugurar la discusión del proyecto con un sermón, con su latín para andar por casa y todo, tachó dicho proyecto de querer destruir la familia. ¡Nada menos! Pero es que el señor Molina confundió el Parlamento con una reunión de Hijas de María o de Niños de San Luis, y la posibilidad de divorcio con el divorcio obligatorio”, cf. “Desde la tribuna. Quien al Cielo escupe...”, en *El Socialista* (Madrid), 28 de agosto, 1931, p. 3.

²⁹⁷ José M^a de Barbáchano – Juan de Gredos (eds.), *Hacia el divorcio en España*, Madrid, Tip. de Senén Martín Díaz, julio 1931.

urgente que tenían por delante las Cortes era conseguir la igualdad entre ambos sexos y democratizar así la familia²⁹⁸.

“La República no es el mero cambio de forma de gobierno. Tiene un contenido social, económico y jurídico”. Jiménez de Asúa, autor de estas rotundas palabras, describió en el prólogo del libro la regulación que consideraba mejor, en su opinión la contenida en la legislación uruguaya: disolución del vínculo por mutuo disenso de los cónyuges, acción concedida al marido para pedir el divorcio por alguna causa “que la ley se cuidaría de establecer taxativamente” y “divorcio a solicitud de la mujer, sin necesidad de expresar las causas en que funde sus deseos de recobrar la libertad”; esta última modalidad, explicable por los posibles reparos de la esposa a explicar las razones del rechazo a su marido, se admitía como una solución pasajera, “que el avance de la cultura y de la independencia de las mujeres españolas obligará a cancelar en día acaso no muy lejano”. Sobre esta vía se orientó la reforma española, aunque los debates echaron por tierra la tercera posibilidad.

Mas el divorcio no agotaba la visión del célebre penalista –en 1950 disolvió su primer matrimonio, durante el exilio americano– sobre las relaciones interpersonales y el grado de injerencia estatal en las esferas más íntimas del ciudadano²⁹⁹. Autor de un volumen sobre *La libertad de amar* (1928), allí había dejado claro –contra el insufrible catolicismo oficial de la Dictadura– que el matrimonio, y no el divorcio, era el verdadero problema en discusión³⁰⁰. Aunque los países latinos estaban bastante

²⁹⁸ Entre el sí y el no al divorcio hubo alguna opinión matizada; por ejemplo, Antonio Royo Villanova admitía un divorcio-castigo en los supuestos de malos tratos o de adulterio, cf. *El divorcio, op. cit.*, p. 28; en el mismo sentido se expresó al responder a la cuestión “¿Debe implantarse el divorcio en España?”, en la revista gráfica *Estampa* (Madrid), 27 de junio, 1931, p. 22. Allí también se recogían las opiniones de Clara Campoamor (“el divorcio es una de las modificaciones más urgentes y clamorosas de la futura legislación republicana española”), María Guerrero (“por mi parte, encantada, pues no pienso divorciarme”) y Concha Espina (“creo, hace mucho tiempo, que es un deber social, ineludible, la implantación del divorcio en España”); Francisco Bergamín se declaró opuesto (“de ningún modo, si se quiere conservar la familia”) mientras que Manuel González (creo que fue Manuel González López, abogado y político gallego, varias veces gobernador civil durante la República) fue más lejos: “en vez de implantar el divorcio, creo que debe suprimirse el matrimonio”.

²⁹⁹ Jiménez de Asúa reprodujo en el prólogo, con escasas variantes, su artículo “*El divorcio*”, en *El Socialista*, 26 de junio, 1931, p. 1; “una especie de exposición de motivos anticipada”, según el autor: cf. *Proceso histórico, op. cit.*, p. 275 y n. 1. Cf. también Eduardo M. del Portillo, “*Problemas de España. El divorcio según lo propugna don Luis Jiménez de Asúa*”, en *La Calle*. Revista gráfica de izquierdas (Barcelona), 31 de julio, 1931, p. 17.

³⁰⁰ *Libertad de amar y derecho a morir, op. cit.*, en particular pp. 105 ss. Cf. Enrique Roldán Cañizares, *Luis Jiménez de Asúa, op. cit.*, pp. 154 ss sobre la obra referida, sus antecedentes y la represión oficial que, azuzada desde la prensa de derechas, se dirigió contra el profesor. Para las ‘gentes de bien’ el libro contenía “un tropel de ideas subversivas”, escribió José Antón al dar noticia de la publicación, “pensamiento que puede esperarse de la mojigatería reinante ante los problemas sexuales y de los prejuicios desatados por las derechas contra el gran criminalista”, cf. “*Notas a un libro*”.

rezagados en el debate, en el resto de Europa y en los Estados Unidos se ofrecían fórmulas para organizar sobre otras bases la convivencia humana, como el matrimonio de compañía propuesto por algún americano, difundido a esas alturas en España, a modo de “trial marriage” con el compromiso de evitar la descendencia y posibilidad ilimitada de separación³⁰¹, o el matrimonio de duración determinada defendido por el médico Heinrich Dehmel, autor de un libro aplaudido (*Revolution der Ehe*, 1929) que los nazis no tardarían en condenar a la hoguera. Eran ciertamente novedades que forzaban las lindes habituales del matrimonio aunque se mantenían dentro de ellas; representaban “el último esfuerzo de una institución que no se resigna a desaparecer”. La modernidad de los tiempos residía, una vez más, en el derecho soviético, un ordenamiento revolucionario que “consagra ya en toda su amplitud la teoría socialista de las uniones libres”: con ausencia de formalidades de celebración y registro oficial del vínculo dejado a la voluntad de las partes, sólo el hecho de mantener relaciones –lo que podía probarse de cualquier manera– bastaba para establecer una legítima unión (Código de familia, 1926, arts. 1-3)³⁰². Libertad de amar y no amor libre, en suma, pues el Estado no

Libertad de amar”, en El Liberal (Madrid), 13 de septiembre, 1928, p. 1; parece que Antón Oneca temía los sarcasmos (“muy humano, muy moral, muy progresista, muy europeizador”) que publicó poco después el diario integrista El Siglo futuro (Madrid), 6 de noviembre, 1928, p. 1. En el debate de la Constitución salió a relucir, en boca de otro de los canónigos de las Cortes, Ricardo Gómez Rojí (Minoría Agraria), el reproche a Jiménez de Asúa de situarse “muy a la izquierda. Conocidas son sus ideas por sus libros acerca de temas tan importantes como el matrimonio, el divorcio y el amor”, en DSCCRE 4 de septiembre, 1931, p. 765.

³⁰¹ Cristóbal Castro y Alberto Insúa mencionaron en sus respuestas de *Hacia el divorcio...* al juez Ben Lindsay, cuya polémica obra acababa de traducirse y publicarse: Benjamin Barr Lindsey, *El matrimonio de compañía* (1927), Rafael Cansinos Asens trad., J. Pueyo, Madrid, 1930.

³⁰² Cf. art. 3: “Les personnes se trouvant de fait en rapports de mariage non enregistré selon la procédure établie ont le droit de donner en tout temps forme légale à leurs rapports par voi d’enregistrement, en indiquant la date de leur vie commune effective” (vol. 3, trad. Patouillet para el *Institut de droit comparé*). “La ley soviética”, apostilló Valverde sobre la citada regulación, “no admite la distinción tradicional de matrimonio legítimo o legal y el concubinato, de la cual procede la diferencia de la familia legítima o ilegítima, puesto que dentro de su ideología, contraria a la burguesa, no puede repugnar el concubinato, cuya palabra no acepta y la sustituye por la de matrimonio de hecho. La característica del matrimonio de la ley soviética está en reducir los efectos jurídicos del matrimonio y su función social, pues todas las legislaciones civiles conciben el matrimonio como un acto constitutivo de la familia, como el fundamento jurídico de la filiación legítima, como generador de derechos y deberes recíprocos entre los casados, formativos de un verdadero estado civil”, cf. *Tratado...* IV, *op. cit.*, p. 66; circulaba por entonces Pablo Balsells Morera, *Código de familia soviético. Matrimonio, divorcio, familia, tutela y adopción*, Bosch, Barcelona, 1933; también, del mismo, *La Herencia en la Unión Soviética. Estudios efectuados en la U.R.S.S., pensionado por el ministerio de Justicia de la República española*, Talleres gráficos Alfa, Barcelona, 1935. Mejor conocimiento del derecho de familia soviético que Valverde acreditó el diputado Castrillo al justificar su enmienda de supresión del art. 41 del proyecto constitucional: cf. DSCCRE 15 de octubre, 1931, p. 1753.

debía entrar en la vida afectiva –instaurada entre personas de igual o de diferente sexo (p. 110; cf. pp. 211 ss)– de los particulares, reservándose la intervención legislativa para cuando naciesen hijos de la unión³⁰³. Por eso el futuro derecho de familia habría de prescindir del vínculo matrimonial y enfatizar “el área jurídica de la paternidad y filiación”. Una incipiente literatura insistía en esta nueva libertad –“la unión libre de un hombre y una mujer, que por medio del amor quieren labrar su propia ventura y la de la humanidad”– como la vía ineludible para lograr la igualdad entre hombres y mujeres³⁰⁴.

No hace falta insistir en las controversias que rodearon el futuro art. 43 CRE, donde figuraba *expressis verbis* el divorcio vincular³⁰⁵. El proyecto de Constitución establecía –en lo que ahora nos concierne– que “el matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso, por libre voluntad de la mujer o a solicitud del marido, con alegación, en este caso, de justa causa” (art. 41), reflejo fiel el pensamiento de Jiménez de Asúa y, en última instancia, de la legislación en materia de divorcio de la República oriental del Uruguay (un país que siempre se había distinguido, escribió Valverde, “en lo que al divorcio se refiere, por unos radicalismos que contrastan con las normas de otros Estados americanos”), según Asúa había preconizado³⁰⁶.

³⁰³ “A mí que no me asusta el amor libre”, declaró sin embargo José Franchy, fiscal general de la República. “Pido educación para implantar el divorcio. Un solo matrimonio que convierta en esclavos a los cónyuges es razón suficiente para implantarlo”. Cf. J. M. Simal, “*Un periodista fiscal de la República*”, en *La Voz*, 1 de agosto, 1931, p. 3.

³⁰⁴ Y Jiménez de Asúa se apoyaba en la feminista sueca Ellen Key, *Amor y matrimonio* (1903), versión española y prólogo de Magdalena de Santiago-Fuentes, Estudios, Valencia, 1907, p. 194 para lo citado (existe otra traducción, que fue la usada por nuestro autor: Francisco Lombardía trad., *La España Moderna*, Madrid, 1922), cf. pp. 158 ss. sobre “El divorcio amistoso”. También usó Giorgio Quartara, *Le leggi del libero amore*, Fratelli Bocca, Torino, 1928 (tuvo nueva edición en 1930 y una traducción al francés, 1929), no ahorrándose en este caso las críticas.

³⁰⁵ Recordemos que el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora, al fin y al cabo presidida por el antiodivorcista Ángel Ossorio y Gallardo, no contenía una palabra sobre el divorcio. El pasaje equivalente al texto del proyecto constitucional (art. 41) y a lo aprobado finalmente (art. 43 CRE) aparecía en el art. 27, con el siguiente tenor: “El matrimonio, base de la familia, está bajo la salvaguardia especial del Estado. Se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos”.

³⁰⁶ Cf. Calixto Valverde, *Tratado...* IV, *op. cit.*, pp. 187 ss. La ley 3245 de 26 de octubre, 1907 (*Diario oficial de la República oriental del Uruguay* del 29) admitió la disolución del matrimonio mediante un divorcio causal como salida a situaciones de máxima violencia moral o física (art. 2), esto es, las causas contempladas en el Código civil uruguayo (art. 148) para el divorcio-separación *quoad thorum, mensam et habitationem* (art. 148), cuya disciplina así quedó alterada. Una ley posterior (ley 4845, de 28 de abril, 1914, *Diario oficial* del 9 de mayo) cambió de nuevo la regulación y se añadieron a las causas del art 148 el mutuo consentimiento de los cónyuges y “la sola voluntad de la mujer” (art. 187, Código civil). Tal era el marco normativo de referencia para Jiménez de Asúa y la Comisión de su presidencia; según el monárquico Sainz Rodríguez, “esa estructura especial que presenta [el divorcio] en la Constitución, es por la inspiración de ciertas legislaciones americanas, en donde el divorcio se favorece porque lo que se necesita es procurar una sociedad fecunda para la colonización y para la población”, DSCCRE 8

Pero el valiente inciso sobre la simple voluntad femenina como razón de la disolución fue un punto controvertido en el seno mismo de la Comisión de Constitución. Un voto particular de Mariano Ruiz-Funes, colega de Murcia y amigo de Asúa, propuso cancelar en el texto la relación de circunstancias del divorcio, con remisión a la ley futura (“el matrimonio... podrá disolverse por medio del divorcio, que deberá ser reglamentado por una ley”)³⁰⁷; coincidía con otro voto, encabezado por Ricardo Samper, del siguiente tenor: “el matrimonio... podrá disolverse por las causas y mediante los trámites y garantías que establezcan las leyes civiles”. Se adelantaba así una nutrida oposición a la fórmula uruguaya aun entre los partidarios del divorcio, como se comprobó enseguida al debatirse el proyecto constitucional³⁰⁸.

Mientras, llegaban a las Cortes escritos y telegramas de vario tipo, aunque en número inferior, a juzgar por lo conservado, que en otros graves asuntos sensibles (religión, unidad nacional, lengua, bandera, propiedad). Los círculos de Acción Católica se expresaron contra el divorcio, la igualdad de los hijos, la escuela pública, el laicismo; todas ellas “cosas inadmisibles”, según Carmen Fernández de Córdoba (Junta Central de Acción católica de la Mujer), con énfasis puesto en el párrafo primero del art. 41 del proyecto, “que ni es propio de la Constitución, puesto que tiene su lugar adecuado en el Código civil, ni es necesario, ya que la materia de que en él se trata está debidamente reglamentada en nuestro Código”. La Asociación Valenciana de Padres de familia se amparaba a su vez en la encíclica *Divini illius magistri* de Pío XI sobre la educación de la juventud (1929) para rechazar el carácter disolvente del divorcio, amenaza para la familia y error moderno muy difundido al “suponer que la inclusión del divorcio en las leyes de un país sea hecho revelador de mayor progreso en las costumbres del mismo”; era claro que, si partían los padres valencianos del carácter sacramental del matrimonio (“al ser admitido y sancionado por la Ley [el divorcio] destruye la indisolubilidad del vínculo matrimonial desconociendo su carácter y la dignidad de sacramento”), difícilmente podían aceptar la condición disoluble de la unión según las leyes del Estado. “Pro divorcio” recibieron las Cortes la emotiva carta de una Pilar Amézaga, vecina de Plencia (Vizcaya), abandonada en 1913 por su marido tras cuatro meses de matrimonio; había tenido que

de septiembre, 1931, p. 797. La sólida información de Francisco Delgado Iribarren, *El divorcio. Ley de 2 de marzo de 1932. Antecedentes, discusión parlamentaria, comentarios, doctrina, jurisprudencia, formularios para su aplicación*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1932, difundió con la atención que merecía noticia de la legislación uruguaya, cf. pp. 134 ss; pero circulaba desde los tiempos de la Dictadura Eugenio Tarragato, *El divorcio en las legislaciones comparadas*. Pról. de Quintiliano Saldaña, Introducción de Wilhelm Kahl, profesor de la U. de Berlín, Centro editorial de Góngora, Madrid, 1925.

³⁰⁷ Ruiz-Funes había reseñado *Libertad de amar...* en RGLJ 78 (1929), 378-380.

³⁰⁸ Los documentos se encuentran en ACD, Sección general, legajo 539, expte. n° 1, correspondiente a esta ley.

sacar adelante a un hijo y estaba detrás de la herencia paterna, que se le escapaba de las manos por defecto de capacidad. “Está muy bien el que no deseen disolver la familia”, concedía, declarándose católica, “pero la que está disuelta, como yo, no podemos quedarnos pendientes de esas leyes, que nos oprimen y nos enredan”; un matrimonio disuelto en los hechos por un marido culpable “en los derechos debe también quedar disuelto por la ley y perder todos los derechos como esposo y como padre, porque en los dos casos no ha cumplido con ninguna obligación”. Más abstracta fue la carta de Carmen de Burgos –una de las encuestadas en *Hacia el divorcio en España*, donde había recordado sensatamente que la ley del divorcio no obligaba a nadie a divorciarse³⁰⁹– como presidente [sic] general de la Liga internacional y Cruzada de las Mujeres españolas, protestando que “es hora ya de que España, al amparo de su gloriosa República, ocupe el puesto que le corresponde entre las naciones civilizadas y deje de considerar el matrimonio indisoluble para estimarlo solo como un contrato que pueda rescindirse por la voluntad de los asociados, libertando así de la esclavitud a un gran número de ciudadanos para que los hogares estén solo formados con un espíritu de amor y de justicia”. La petición prosperó: una nota del *Diario de Sesiones* anunció “que pasaría a la Comisión de Constitución una exposición que eleva a las Cortes la Liga Internacional y Cruzada de Mujeres Españolas, pidiendo se implante sin dilación la ley del divorcio” (DSCCRE 9 de septiembre, 1931, p. 1582).

3.3. De la Constitución hacia la ley

La opinión de los ciudadanos se vio reflejada en los debates del proyecto, con los diputados católicos en oposición cerrada al art. 41 (art. 43 definitivo)³¹⁰. A la severa censura de aquel canónigo toledano, seguido por el salmantino José María Lamamié de Clairac (“todo ello tiene el carácter que ayer le daba el Sr. Molina, de anticristiano, que ataca a las creencias religiosas de todos nosotros”, DSCCRE 28 de agosto, 1931, p. 665) añadió su voz el irónico Basilio Álvarez Rodríguez, uno de los radicales que aún era cura (y padre de dos hijos); echó en cara a la Comisión que, “con una incontinencia tremenda en la pluma, vais a arrebatarnos esa institución [se refería a la familia] que parecía serlo todo. Vais al divorcio, pero al divorcio con una precipitación escandalosa; al divorcio, que no era materia constitucional, que era obra de una ley objetiva; y vais con esa celeridad

³⁰⁹ Cf. *Hacia el divorcio en España*, pp. 22-23. Discurrió por ese camino el discurso de Clara Campoamor, DSCCRE 1 de septiembre, 1931, p. 669.

³¹⁰ Las notas que siguen no pretenden ser exhaustivas. Para más información acúdase a Arturo Mori, *Crónica... III: La religión. La familia. La enseñanza. Texto taquigráfico de los discursos*, Madrid, Aguilar, 1932, pp. 224 ss sobre el divorcio; *vid.* también Máximo Castaño Peñalva, *El divorcio en la Segunda República española: antecedentes y desarrollo*, tesis de Letras (María José Vilar García, directora), Universidad de Murcia, 2016, pp. 333 ss de “El divorcio en las Cortes. Su aprobación”. Últimamente, Pascual Marzal, *El derecho de familia, op. cit.*, pp. 93 ss.

para que pueda disolverse el vínculo por voluntad de la mujer”: triunfo constitucional del histerismo, añadía (DSCCRE 28 de agosto, 1931, p. 671). Pero la posición de la Minoría radical la fijó Rafael Guerra del Río: favorable a la inclusión del divorcio en la Constitución aunque –antes lo vimos– “las características jurídicas del divorcio, los derechos de los cónyuges, todo eso, [debe ir] a una ley especial, a una ley, que mañana puede ser incorporada al Código civil”³¹¹.

Sobre la cláusula del divorcio por voluntad de la mujer –algo en absoluto insólito en el derecho comparado³¹²– volvieron los diputados una y otra vez. Aplicando las reglas generales del derecho contractual, a todas luces inapropiadas, el asturiano José Álvarez Buylla objetó que “los contratos no pueden anularse por la simple manifestación de una de las partes, no pueden rescindirse si una de esas partes no demuestra que la otra no ha cumplido su obligación” (DSCCRE 1 de septiembre, 1931, p. 697), pues si el matrimonio resulta contrato, no dejaba de ser uno de naturaleza especialísima que funda una sociedad perpetua (Gómez Rojí, DSCCRE 4 de septiembre, p. 770). Afín al proyecto de Jiménez de Asúa, el radical-socialista Félix Gordón (León) se opuso sin embargo a la cláusula en cuestión, considerada contraria a la función social del matrimonio y a la proclamada igualdad entre sexos recogida, como preámbulo al divorcio, en el mismo precepto que lo establecía (DSCCRE 1 de septiembre, p. 708).

De todas formas la principal discusión tuvo lugar a partir del 8 de octubre, en los debates sobre el articulado³¹³. El diputado gallego José López Valera aceptó “el principio del divorcio, dejando a las leyes adjetivas su regulación”, con exclusión de la disolución por voluntad de la mujer (“pese a que es un caso que se ha realizado ya en Rusia”) ante su falta de arraigo y por respeto a la alta concepción del matrimonio que suponía en la española (DSCCRE 8 de octubre, p. 1537). A favor del art. 41, futuro art. 43, se expresó también Cirilo del Río; el texto acertaba al

³¹¹ “Aunque no sea sino para dar una leve esperanza a tantas víctimas que todos los abogados en ejercicio conocemos que existen en la España de los prejuicios religiosos y de la imposibilidad de llegar a una verdadera disolución del matrimonio”, DSCCRE 28 de agosto, 1931, p. 680. Melquiades Álvarez argumentó que el proyecto, al extenderse en los casos de divorcio, no dejaba espacio a la futura ley especial (DSCCRE 9 de septiembre, p. 822).

³¹² Antes de la reforma uruguaya el Congreso internacional sobre la condición y los derechos de la mujer, celebrado en París con motivo de la Exposición universal (1900), aprobó entre sus resoluciones el divorcio a petición de uno de los cónyuges; los hermanos Paul y Victor Margueritte propusieron algo después un proyecto de *Élargissement du divorce* que lo admitía por la sola voluntad de la mujer: Ellen Key, *Amor y matrimonio*, *op. cit.*, p. 168 en nota. Cf. aún Henri Charrière, *Le divorce par consentement mutuel ou divorce pour cause grave non divulgué et le divorce par la volonté d'un seul. Étude historique et critique et de législation comparée* (thèse pour le doctorat), Paris, Henri Jouve, 1903.

³¹³ Aún útil la síntesis de Francisco Delgado, *El divorcio*, pp. 150 ss.

proponer una noción de familia basada en lazos de sangre y generación, por tanto no necesariamente nacida del matrimonio según quería el Código civil³¹⁴; coherente con tal concepción era la previsión del divorcio, “porque no hay derecho a sacrificar a un prejuicio religioso la vida de dos seres que se han hecho perfectamente incompatibles por causas ajenas a su voluntad”, mas el diputado entendía que la disolución debía ser siempre causal. “Que pueda disolverse el matrimonio con sólo la petición de la mujer” sería además “una verdadera herejía jurídica” (el *Diario de Sesiones* recoge en este punto la protesta de Asúa: “herejía jurídica, no”, y también: “ya lo discutiremos”, “cuando llegue el momento ya se explicará”), puesto que el matrimonio-contrato no podía depender de la voluntad de una sola de las partes. Mayor peso, sin duda³¹⁵, tuvo el argumento extraído del principio de igualdad: si el sexo no podía justificar discriminaciones en la ley, entonces el masculino no habría de quedar en inferior posición en cuanto al divorcio. Tampoco convenció mucho la previsión uruguaya al diputado César Juarros, quien interpeló directamente a Clara Campoamor: la formula del dictamen de la Comisión “parece obedecer tal propósito, en apariencia, a la idea de estimar a la mujer superior al hombre. En el fondo no hay sino tendencia a considerarla inferior, por incapacidad de expresión. ¿Verdad, Srta. Campoamor?” (p. 1543). En contra del divorcio, por esperables razones confesionales, intervino Jerónimo García Gallego, diputado y canónigo del Burgo de Osma; en su original discurso desplegó un arsenal de datos tomados del derecho comparado –pero no siempre actualizados, por ejemplo en lo concerniente a la decisiva legislación uruguaya– destinados a demostrar que sólo una minoría de países admitían el divorcio en sus leyes civiles y aún menos en las políticas³¹⁶. En fin, zarandeado por unos y otros se vio con certeza que el precepto sobre el divorcio –en palabras del carlista navarro Joaquín Beunza– “parece una fantasía, que en la forma en que está en el proyecto tengo la seguridad de que ni la misma Comisión lo mantendrá” (DSCCRE 10 de octubre, p. 1638). Y, en efecto, Jiménez de Asúa presentó un nuevo dictamen de Comisión que asumía el voto de Ruiz-Funes: “la familia esté bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en

³¹⁴ “El matrimonio ha dejado de ser la piedra angular de la familia”, escribió José L. Díez Pastor con expresiones de Demófilo de Buen tomadas del preámbulo del anteproyecto de ley de investigación de la paternidad; “la familia fundada en la consanguinidad está protegida por el Estado, con independencia de su origen matrimonial”. Cf. *“La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio”*, *op. cit.*, pp. 210 ss.

³¹⁵ De jugar con la teoría del contrato, aquéllos de duración indeterminada acaban por denuncia de una de las partes, como también se recordó en estas discusiones.

³¹⁶ “Porque éste no es un problema, por su complejidad, por sus repercusiones, por su delicadeza, para ser llevado a un proyecto constitucional, con esa sencillez, con ese carácter absoluto y al mismo tiempo con esa exageración tan avanzada con que nos lo presenta resuelto nuestra Comisión parlamentaria”, cf. DSCCRE 9 de octubre, 1931, p. 1573.

la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por medio del divorcio, que sera regulado por una ley” (DSCCRE 15 de octubre)³¹⁷. Una nueva enmienda salida de las filas socialistas (José Sanchís Banús) defendió el tenor original del dictamen (*ibid.* p. 1759), lo que dio pie a una declaración de apoyo por parte del también socialista Jiménez de Asúa (*ibid.* pp. 1765-1766); siguió una animada discusión sobre esta y otras enmiendas –incluso llegó a proponerse sin éxito la constitucionalización del aborto; se abrió paso, en cambio, para enfado de Alcalá Zamora, la propuesta de Recaséns Siches sobre responsabilidad subsidiaria del Estado en el cumplimiento de los deberes paternos– y la aprobación del art. 41 del proyecto, tras una coherente intervención del radical-socialista Baeza Medina contrario a la solución uruguaya, tuvo lugar al día siguiente, quedando el art. 43 CRE con el contenido que conocemos (DSCCRE 16 de octubre, p. 1799).

3.4. Agresión al Código civil

“El derecho privado aparece desarticulado, roto, perdidos y dispersos sus principios, unos dentro de la Constitución política, otros abocados al papel de comparsas, de leyes secundarias y mixtas por su contenido. Es la bancarrota deseada por el socialismo, que en lo jurídico no admite subsistencia de atribuciones de índole exclusiva. El hombre de toga que haya dedicado al estudio y ejercicio del derecho privado su vida, esfuerzos y entusiasmos, por fuerza debe sentirse desahuciado, desquiciado, desilusionado en su vocación y desprovisto de elementos para actuar... Las repercusiones de la Constitución en el derecho privado, en fórmulas positivas, no son escasas, pero tampoco estables... El Código civil va recibiendo sucesivas agresiones, consecuencia del desenvolvimiento de los preceptos constitucionales”. Y una de esas agresiones que tanto temía el abogado Luis Pidal llegó con la ley del divorcio³¹⁸.

Como un capítulo más de la laicidad del Estado la presentación de este proyecto por el ministro Fernando de los Ríos se acompañó –con toda intención– de otro sobre la secularización de los cementerios (DSCCRE 4 de diciembre, 1931, pp. 2858-2859; cf. art. 27 CRE). Un mes atrás un decreto del ministerio de Justicia –antes lo vimos– estableció la competencia de la ordinaria para conocer de los efectos civiles de las demandas de divorcio (esto es, la separación del art. 73, Código civil) y nulidad del matrimonio, en merma de la competencia de los tribunales eclesiásticos sobre uniones celebradas con forma canónica (art. 80, Código civil),

³¹⁷ Los apéndices nnº 2 y 3 al DSCCRE del 15 de octubre publicaron dos enmiendas al art. 41 del proyecto para, entre otros extremos, “suprimir la posibilidad de disolver el matrimonio por la libre voluntad de la mujer” (enmienda encabezada por Gil Gil y Gil).

³¹⁸ Cf. Pascual Marzal, *El derecho de familia*, *op. cit.*, pp. 33-34, n. 57, de donde tomo la cita, cosa de Luis Pidal Rodrigálvarez, *La revolución y el Derecho privado (ensayo crítico)*, Madrid 1934. Para la tramitación de la ley, *vid.* Marzal, pp. 93 ss.

obligatoria para los bautizados (art. 42, Código civil); el propósito del decreto consistía en “establecer las medidas de urgencia encaminadas a vindicar, en interés de la vida ciudadana, las funciones de soberanía por naturaleza indelegables”, y sin embargo delegadas –desde el decreto de Unificación de fueros de la Gloriosa (6 de diciembre, 1868)– a los jueces de la Iglesia católica (decreto de 3 de noviembre, 1931, *Gaceta* del 4)³¹⁹. En pocas semanas llegó la Constitución y con ella la consagración constitucional del divorcio.

Ya sabemos que los debates de la Carta habían suprimido el divorcio por voluntad de la mujer que Jiménez de Asúa, y con él la Minoría socialista, habían querido incluir en el art. 43 CRE. Aún no se había aprobado la Constitución –pero ya lo había sido el artículo recién citado (16 de octubre, 1931)– cuando Clara Campoamor dirigió un ruego al ministro de Justicia urgiendo la presentación en las Cortes de un proyecto de ley sobre el divorcio (5 de noviembre): se temía que “los maridos que prevén el divorcio, irían disponiendo de los bienes gananciales, para evitar que la mujer se lleve su parte correspondiente”; el día 13 respondió el ministro Fernando de los Ríos sobre el traslado de este ruego a la Comisión Jurídica Asesora, “excitando su celo para que lo antes posible termine y remita a este Departamento el oportuno anteproyecto sobre dicha materia que tiene en estudio”³²⁰. La Comisión respondió de forma ágil y el *Diario de Sesiones* publicó el proyecto de ley en apéndice (nº 4) al de 4 de diciembre³²¹. Discutido en la Comisión permanente de Justicia y en el pleno de las Cortes, se aprobó el 25 de febrero –en una sesión no del todo concurrida, con neta mayoría a favor (260 síes frente a 23 noes): la importancia del asunto y su enorme repercusión en la opinión³²² no fueron incompatibles con la relativa indiferencia de los diputados, acaso por el consenso generalizado de la Cámara en torno al divorcio vincular³²³– y

³¹⁹ Con protestas de republicanismo y censuras a Fernando de los Ríos, *vid.* Jaime Torrubiano Ripoll, *El Decreto de 3 de noviembre de 1931 sobre la competencia de los Tribunales ordinarios en los pleitos de nulidad y divorcio de los matrimonios canónicos*, Madrid, Morata, 1931.

³²⁰ ACD, Sección general, legajo 487, expte. nº 144. Cf. también DSCCRE 5 de noviembre, 1931, p.2155, tomando pie del decreto de 3 de noviembre que conocemos.

³²¹ Sobre los materiales del ministerio de Justicia la Comisión Jurídica Asesora elaboró un texto (cf. *Anteproyectos de ley e informes presentados al Gobierno*, pp. 17-26) que Sánchez-Román –miembro de la Asesora y diputado– ocasionalmente explicó en los debates (cf. DSCCRE 12 de febrero, 1932, p. 3764); en ellos el presidente de la Comisión permanente de Justicia, encargada del dictamen, llegó a expresar “la admiración que nos ha producido el proyecto de la Comisión jurídica asesora, el cual solo ha sufrido unos retoques por parte de la Comisión parlamentaria” (DSCCRE 5 de febrero, 1932, p. 3644). En el ACD, Sección general, legajo 480, expte. nº 5 obra el proyecto sometido al dictamen parlamentario, también reproducido por Francisco Delgado, *El divorcio*, *op. cit.*, pp. 154 ss.

³²² Máximo Castaño, *El divorcio en la Segunda República*, *op. cit.*, pp. 306 ss sobre “El eco del divorcio en la Prensa”.

³²³ El *Diario de Sesiones* documenta la suspensión de los trámites por la poca asistencia de diputados, en particular los llamados a intervenir: cf. DSCCRE 29 de

se promulgó como ley el 2 de marzo, 1932 (*Gaceta* del 11, corrección de errores del 12). Iniciaba así su marcha el divorcio *ad vinculum* en la vida civil española... tanto cuanto permitió la cerrada enemiga del correoso aparato de justicia³²⁴.

Que la norma era polémica, y ferozmente combatida en ambientes católicos³²⁵, había quedado bien claro en los debates del art. 43 CRE. Y sin embargo la Comisión de Justicia de las Cortes, encargada de dictaminar el proyecto, solamente recibió de la ciudadanía un testimonio contrario al divorcio y dos propuestas positivas para completar el texto³²⁶. La posición confesional se cifró en un documento enviado por la Confederación Nacional Católica de Padres de Familia de España (31 de diciembre, 1931) que daba vueltas sobre un profundo equívoco: el divorcio atentaba contra el mayoritario sentimiento católico (“sería el desmoronamiento de la tradicional familia española”) sin admitirse, según confesó en las Cortes el prudente deán de Granada, que “a nadie se le puede obligar a ser católico cuando no lo quiere ser”. La disolución del vínculo no comprometía además la indisolubilidad del matrimonio canónico, por más que Francisco Orfila y Escobar, secretario de la Confederación de Padres mencionada,

enero, 1932, p. 3530; *ibid.* 5 de febrero, 1932, p. 3660; *ibid.* 9 de febrero, p. 3694, aplazándose una votación; en esta misma sesión Pérez Madrigal recordó que “hay minorías y Diputados de representación personal muy respetables que acuden a las sesiones simplemente cuando les interesa en orden a problemas particularísimos y que manifiestan, con su ausencia reiterada, si no un gran desdén, una gran indiferencia por la labor que desarrollan las Cortes Constituyentes” (p. 3697). Un voto particular decayó en la sesión del 17 de febrero por ausencia de su autor (DSCCRE día citado, p. 3853); varias enmiendas lo hicieron por igual circunstancia cuando la discusión de la ley llegaba a su final (cf. DSCCRE 24 de febrero, p. 3988).

³²⁴ “El estudio de la aplicación concreta de dichas disposiciones normativas por las instancias judiciales”, concluye Pérez Trujillano, “arroja una imagen algo distinta: la de la continuidad significativa del control machista y el poder de discriminación sobre las mujeres a causa de una resistencia de signo judicial”, cf. *Entre los derechos de las mujeres y el poder judicial*, op. cit., p. 437. Con actitudes de esta naturaleza se explica la imposibilidad de la mujer para acceder a la judicatura, pp. 396-397.

³²⁵ Pero el diputado Luis López-Dóriga Meseguer, deán de la catedral de Granada, apoyó la ley y explicó su voto afirmativo porque “a nadie se le puede impedir que obre en conformidad con el dictamen de su conciencia verdadera católica, pero tampoco a nadie se le puede obligar a ser católico cuando no lo quiere ser”, cf. DSCCRE 25 de febrero, 1932, pp. 4036-4037; le costó la suspensión *a divinis* y la excomuniación, y más tarde el exilio. Sobre este complejo personaje, amigo de Manuel Azaña y militante radical-socialista, *vid.* José Antonio Morillas Brandy, *Luis López-Dóriga. El Deán republicano de Granada*, Granada, Comares, 2002.

³²⁶ Los ciudadanos que aportaron sus ideas a la Comisión fueron el catalán Joaquín Mogas, echando en falta una disposición “que se ocupe de los, vamos a llamarle delitos, que puedan cometer los cónyuges estando separados” (7 de diciembre, 1931) y Alfonso Taibo, quien escribió desde Málaga al presidente del Congreso, con “una enmienda al artículo 17 del proyecto en el sentido de que, a más de los casos señalados, también cuando el matrimonio quede disuelto por [la] causa 4ª del artículo tercero (El abandono culpable del cónyuge durante un año) a falta de mutuo acuerdo, queden los hijos en poder del cónyuge inocente” (27 de enero, 1932). Tanto Mogas como Taibo estaban afectados por la situación familiar que querían solucionar.

afirmase de forma gratuita que “la ley civil no puede inmiscuirse en esta materia ajena a ella”³²⁷.

El ejemplar del dictamen de la Comisión que conserva el Archivo del Congreso evidencia una labor de *patchwork*: contiene recortes del proyecto según publicó el *Diario de Sesiones* encolados en hojas de papel, a veces con correcciones manuscritas, a veces con párrafos intercalados y añadidos a máquina en ampliación del texto primitivo; en conjunto, el paso del proyecto por la Comisión “lo modificó muy escasamente en algunos detalles que no alteraban su orientación y contenido”³²⁸. Por ejemplo, fue bastante retocado el art. 3 (“Del divorcio y sus causas”, cap. 1º de la ley) con adición de una causa más (pasaron de 12 a 13), nueva redacción de varias y reordenación del conjunto; así, la causa 10 del proyecto (“condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años) pasó a ser la undécima con duplicación de los años de prisión (“condena... por tiempo superior a doce años”); se incluyó además en las “causas legítimas de divorcio” la impotencia de carácter permanente, sobrevenida tras el matrimonio. El art. 4 (mutuo disenso) desapareció del dictamen y con ello el requisito del transcurso de dos años desde las bodas para ejercer la acción de divorcio, aunque no por ello se perdió, previsto como estaba en el art. 43 CRE, el disenso como una de las vías para disolver el matrimonio (cf. arts. 9, 14, transitoria 2ª etc.). La Comisión introdujo además un plazo de prescripción de diez años en caso de adulterio, siendo imprescriptible la acción de divorcio por intento de conyugicidio (art. 7). La regulación de los efectos de la sentencia en el dictamen fue generosa con el cónyuge culpable, pues se le permitía contraer matrimonio un año después del divorcio (art. 10); el proyecto presentado ante las Cortes, más riguroso en este punto, privaba del *con-nubium* al cónyuge condenado dos veces como responsable de la ruptura matrimonial y al marido que hubiese intentado prostituir o corromper a la mujer o los hijos; pero ambos textos coincidieron en evitar esas limitaciones cuando el divorcio fuese por mutuo disenso o incidiese alguna causa menos grave. Frente al carácter algo más restrictivo del proyecto, el espíritu liberal de la Comisión permitió un nuevo matrimonio entre los divorciados, lógicamente no casados con terceros (art. 11). La suerte de los menores y su custodia no sufrió más alteración que el reajuste derivado de las causas de divorcio en el dictamen (cf. sus arts. 12 a 16),

³²⁷ “Y si, respetando el derecho y la conciencia de los católicos, el legislador creyera, con error, que para los no católicos y para su matrimonio exclusivamente civil debiera regular una unión disoluble, gravemente dañosa para los hijos, fomentadora de la inmoralidad, y perturbadora de las tradicionales virtudes de la familia española, no lo haga sin nuestra más sentida y enérgica protesta”.

³²⁸ Por eso, la consulta del documento que se encuentra en el Archivo resulta más útil que su edición como apéndice nº 1 al DSCCRE 19 de enero, 1932. Cf. Francisco Delgado, *El divorcio*, *op. cit.*, pp. 176 ss.

que moderó las prohibiciones del proyecto al cónyuge culpable para recuperar la patria potestad ante la muerte de quien la ejercía, siempre y cuando la recuperación fuese declarada judicialmente (art. 17). En lo que hace al procedimiento, que no sufrió muchas alteraciones, la Comisión admitió la comparecencia por letrado (art. 46 del dictamen) sin necesidad de procurador; para la separación se introdujo el recurso de apelación ante la audiencia provincial, en un efecto (art. 57). En general, se aprecia en los trabajos de la Comisión de las Cortes una tendencia a suavizar las soluciones del proyecto.

La misma orientación siguieron, en conjunto, los votos particulares y las enmiendas, que incidieron en el catálogo de las causas justas de divorcio y en la mejor protección de los intereses de menores e incapaces. Fueron también varias las intervenciones en materia de procedimiento –una, que se aceptó (cf. DSCCRE 24 de febrero, 1932, p. 3987), del procesalista Josep Ramon Xirau, introdujo la condena en costas del litigante vencido (art. 62): la tesis de Chioventa que Xirau conocía en España mejor que nadie³²⁹– y sobre las reglas transitorias. Campoamor suscribió muchas (por ejemplo, la introducción de la vigencia retroactiva de la nueva ley), Jiménez de Asúa solamente una (cf. DSCCRE 17 de febrero, p. 3846).

Llegado el momento del debate los diputados antidivorcistas no sólo objetaron contra la ley movidos por la ortodoxia confesional. Consumiendo un turno contrario de totalidad el diputado por Zaragoza Santiago Guallar –otro de los canónigos constituyentes– insistió en el error de los redactores de la Carta al incluir el divorcio en sus preceptos, “porque este y todas las materias referentes al matrimonio eran completamente ajenas a las de la Constitución, tal como las entienden hoy los pueblos modernos”. La fe católica tenía que coartar, a su entender, la capacidad legislativa del Estado, atrapado en el “límite infranqueable de los derechos naturales del hombre”, mientras que la índole institucional de la unión (“las costumbres y el aumento de la población, la pureza física y espiritual de la raza, exigen que se le preste una atención especial”) la convertía en un contrato indisoluble incluso para no católicos, “sujeta la ley humana a la ley natural y a la ley divina” (DSCCRE 3 de febrero, 1932, pp. 3581-3585). “Es que está en el Concilio de Trento todavía”, apostilló el revoltoso Joaquín Pérez Madrigal (p. 3581; cf. p. 3583); otros diputados protestaron que el discurso del canónigo Guallar era extemporáneo, dirigido como estaba contra el art. 43 CRE en lugar de atender a la ley en discusión. Ahora bien, que la historia del derecho canónico y la moral católica en relación con el matrimonio no eran tan contrarias al

³²⁹ José Chioventa, *La condena en costas* (1901), trad. de Juan A. de la Puente y Quijano, notas y concordancias con el derecho español por J. R. Xirau, *Revista de Derecho*, Madrid, 1928. Cf. Francisco Delgado, *El divorcio*, *op. cit.*, p. 350.

divorcio como exponía el integrista Guallar lo recordó, en un alarde de erudición (“cuando se ha tratado de llevar a las últimas consecuencias la intolerancia religiosa, habeis santificado no solo el divorcio, sino la bigamia”, *ibid.* p. 3587), el socialista pacense Juan Simeón Vidarte.

Diez sesiones ocupó la discusión de los artículos (del 5 al 24 de febrero, 1932) que, “en general”, según resumió Delgado (p. 182), “se mantuvo en términos serenos y discretos, y en algunos momentos se elevó en forma realmente admirable”. Un puñado de nombres –Casanueva, Martínez Moya, Ossorio, Baeza, Gil y Gil, Sánchez-Román, Campoamor, Juarros, Villanueva, Fernández Clérigo– aparecen una y otra vez en el *Diario de Sesiones* como los diputados que mayor interés se tomaron en la tramitación de la ley. En un nuevo intento de restringir la vigencia de la legislación republicana se criticó la retroactividad del divorcio admitida en el art. 1, “cualesquiera que hubieran sido la forma y la fecha de su celebración”; las intervenciones *ex abrupto* de Pérez Madrigal, favorables al dictamen, salpicaron el discurso contrario a la aplicación retroactiva del notario Cándido Casanueva (Salamanca), quien argumentó sobre la base de presuntos derechos adquiridos: el prurito de “elaborar leyes con respecto a los principios generales del derecho, a fin de que sean obligatorias para todos” expresaba el pensamiento que dominaba, con argumentos de técnica jurídica pre- (si no anti-) constitucional, en la doctrina privatística³³⁰. Algunos puntos menores, *v. gr.* el entendimiento del “adulterio no consentido” entre las causas de divorcio (art. 3, 1^a), dieron lugar a discursos encendidos, como el de Sánchez-Román –más activo que de costumbre– sobre la distinción entre el mandato legal y la interpretación judicial que debía aplicarlo (“es enormemente peligroso querer definir todos los conceptos que integran la norma”, cf. DSCCRE 5 de febrero, p. 3653; cf. *ibid.* 10 de febrero, p. 3732 y 12 de febrero, p. 3764), aunque el casuismo del art. 3 –derivadamente también de otros preceptos, como el art. 12 para la privación del *connubium* (cf. DSCCRE 17 de febrero, pp. 3846 ss)– excitó el celo del Congreso con minucias que parecían a veces intentos de obstrucción (cf. DSCCRE 9 de febrero, p. 3702); en esta misma línea la Comisión, por boca del radical-socialista Emilio Baeza, explicó “la orientación que sigue en dicho dictamen, o sea establecer causa de tipo lo más general posible para que sea el juzgador, en cada caso concreto, el que discierne la realidad de la existencia de esa causa en terminos bastantes a producir el divorcio” (DSCCRE 10 de febrero, p. 3731). Frente a la enumeración taxativa e imperativa de las causas de divorcio enunciadas en el controvertido art. 3, Sánchez-Román abogó, con general aplauso de las Cortes, por la interpretación flexible y analógica de las mismas, confiando una vez más en el criterio judicial para su aplicación (DSC-

³³⁰ En general, Sebastián Martín, “Los juristas ante la Segunda República”, pp. 55 ss.

CRE 12 de febrero, p. 3764). No se registraron grandes novedades en los demás preceptos, aunque es de recordar, por ser intencionadamente original, que se aprobó someter los pleitos de divorcio a las reglas del juicio declarativo de menor cuantía (art. 46) en única instancia³³¹ pero con separación entre el momento de instrucción de la causa, una fase procesal encomendada al juez de primera instancia del domicilio o residencia conyugal (art. 41), y el momento propio del juicio ante la audiencia provincial (asumía con esta ley competencias en materia civil, art. 55)³³², que convocaba la vista (en principio pública: cf. art. 56) y sentenciaba a partir de la ponencia elevada por el instructor (“un resumen razonado de las [pruebas] practicadas y un informe sobre la cuestión de Derecho”, art. 54; cf. DSCCRE 23 de febrero, pp. 3953 ss). Por quebrantamiento de formas e injusticia notoria la ley admitía un recurso “de revisión” ante el Tribunal Supremo (art. 57), en realidad una suerte de apelación (Ossorio y Gallardo)³³³. El espíritu de simplicidad procesal que incorporaba la ley, no obstante la exigencia de abogado y procurador impuesta al dictamen (art. 49), motivó una orden de Justicia (28 de julio, 1932, *Gaceta* del 29) que dio a tales negocios carácter de urgencia a los efectos del art. 901 de la ley del Poder Judicial (conocimiento del pleito por la sala de vacaciones), incrementándose así, con los juicios de divorcio y separación, la lista de los supuestos urgentes definidos en el artículo siguiente. En realidad, la ley del divorcio quedó lista y en manos de los jueces –no sin incongruencias: la práctica de la prueba ante la audiencia fue rechazada “por falta de preparación suficiente de los Tribunales y de los auxiliares de los Tribunales” (DSCCRE 23

³³¹ Destacó la gran novedad de la única instancia Santiago Sentís Melendo, “*La ley del divorcio. Interpretaciones y modificaciones*”, en *Revista de los tribunales* n° 67, 1933, pp. 500-502, con fuertes críticas (“no juguemos”) al decreto de 4 de marzo, 1933 (*Gaceta* del 7).

³³² El problema de las competencias civiles de órganos judiciales que conocían ordinariamente de lo criminal –una de las modificaciones que la Comisión de Justicia introdujo en el proyecto de ley, esto es, el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora (“salas de lo civil”) sobre el que volvió razonadamente Felipe Sánchez-Román (*ibid.* pp. 3960 ss)– motivó una animada discusión: DSCCRE 23 de febrero, pp. 3957 ss. No era un asunto menor, pues la concepción culposa del divorcio que incorporaban las célebres causas justas del art. 3 aconsejaba que no fuese un tribunal penal el que conociese de un asunto civil motivado por circunstancias penalmente tipificadas (bigamia, adulterio, malos tratos, corrupción de menores); Ángel Ossorio lamentó a su vez que la competencia atribuida a las audiencias provinciales iba a provocar una jurisprudencia errática, con la lectura legal de nada menos que cincuenta tribunales (cf. *ibid.* p. 3966). Como fue inevitable tratándose de las grandes reformas republicanas, la del matrimonio se solapaba con la pendiente reordenación de los tribunales.

³³³ “Yo quisiera”, manifestó Ossorio y Gallardo, siempre crítico con el capítulo orgánico y procesal de la ley, “que la Comisión, por vía de interpretación auténtica, se sirviera decir qué, es hoy, a su entender, la causa de injusticia notoria que ya no se entendía en tiempos de Felipe V”, concluyéndose, pues cabía discutir hechos y derecho, sobre la verdadera condición de apelación de la llamada revisión: cf. DSCCRE 23 de febrero, pp. 3976-3977.

de febrero cit., p. 3956)– los únicos autorizados para declarar disuelto o no el vínculo aun en el supuesto del mutuo disenso que admitió la Constitución (art. 43 CRE) y se recogía en la ley (cf. arts. 63-69); pero eran normas enfrentadas a la robusta corriente doctrinal que sostenía la sumisión de los cónyuges a la superior disciplina institucional del Estado³³⁴. Desde esta perspectiva, el rechazo del divorcio a la uruguaya en el art. 43 CRE resultó coherente con la concepción que primó la función social –cuando no el “sacramento” (cf. DSCCRE 17 de febrero, p. 3836)– de la unión matrimonial sobre la voluntad de quienes la habían contraído; y es que “no se puede confundir el derecho a pedir”, sentenció la Audiencia provincial de Granada cuando la ley cumplía su primer año de existencia, “con el derecho a que se le otorgue lo pedido”³³⁵. El recordado recurso ante el Supremo dio lugar, por su parte, a una jurisprudencia que tampoco tuvo en cuenta el deseo de los particulares³³⁶.

3.5. La civilización del matrimonio

Comenzaron enseguida las publicaciones destinadas a la práctica judicial de la flamante ley, pero eso no nos interesa³³⁷. Tampoco lo hará la literatura teatral, por lo común de marcado signo reaccionario, que lanzó sus dardos contra la nueva aportación del legislador republicano³³⁸. Pues

³³⁴ Cf. Francisco Delgado, *El divorcio*, op. cit., pp. 192 ss, donde recoge una elocuente cita de Sánchez-Román.

³³⁵ En los debates se recordó para el caso de divorcio de mutuo acuerdo que “el juez ha de tener facultad para denegar aquello que se ha pedido”, DSCCRE 24 de febrero, p. 3988.

³³⁶ Rubén Pérez Trujillano, “Entre los derechos de las mujeres y el poder judicial”, op. cit., pp. 404 ss. Pero el estudio de los fondos judiciales se ve erizado de las dificultades, historiográficas y materiales, que relata este investigador: cf. “La gran olvidada: la justicia española de los siglos XIX y XX como problema de conocimiento histórico”, op. cit., en Revista de historiografía n° 37, 2022, pp. 379-412.

³³⁷ Además del citado Francisco Delgado, cf. Gregorio Peces-Barba del Brío, *El matrimonio y el divorcio. Hijos legítimos e hijos naturales. Últimas disposiciones de la República*, Impta. J. Murillo, Madrid, 1932, con formularios; Felipe Aragonés de Andrade, *La jurisprudencia sobre la ley del divorcio*, Góngora, Madrid, 1935. También Licenciado Vidriera, *Cincuenta pleitos de divorcio fallados por la Audiencia de Madrid y jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1932-1933*, Rivadeneyra, Madrid, s/f; del mismo, *Cincuenta pleitos de divorcio y jurisprudencia del Tribunal Supremo, 1933-1934*, id. Son colecciones de casos más o menos novelados, con el interés de identificar abogados (encuentro a Joaquín Garrigues, pero no a Jiménez de Asúa, al fin y al cabo penalista) y jueces que intervinieron en pleitos de divorcio.

³³⁸ Tengo presente *Anacleto se divorcia*, la pieza burlesca de Pedro Muñoz Seca estrenada pocos meses después de aprobarse la ley; cf. Máximo Castaño, *El divorcio en la Segunda República*, op. cit., pp. 324 ss. Preguntado por el Heraldo de Madrid, 20 de octubre, 1931, p. 1 (“¿Qué opina usted del divorcio? Las personalidades más populares del Madrid que sonríe y del Madrid que medita opinan sobre este problema”), Muñoz Seca declaró ser “antidivorcista porque he sido y soy muy feliz en mi matrimonio. Creo, no obstante, que en España actualmente se da un solo caso de divorcio: el que existe entre la crítica y el público”. Menos evidente, pero concebida igualmente desde el viejo modelo patriarcal, es la obra teatral de Jacinto Benavente *La moral del divorcio* (1932), en Castaño *ibid.* pp. 327 ss.

la necesidad de desarrollo legislativo del art. 43 CRE llevó, tras aprobarse por fin el divorcio, a otras empresas normativas.

Una primera estuvo estrechamente relacionada con la ley del divorcio, pues reformaba una de sus disposiciones transitorias³³⁹. La 4ª abordaba el problema de las sentencias definitivas de divorcio (separación) y nulidad dictada por los tribunales eclesiásticos, distinguiéndose según fuesen anteriores al decreto de 3 de noviembre, 1931 (*Gaceta* del 4) –que privó, como recordamos, de efectos civiles a los fallos de los jueces de la Iglesia– o bien posteriores a tal fecha; tampoco era indiferente que la sentencia se hubiera dictado en el tiempo intermedio entre la entrada en vigor del decreto y la aprobación definitiva de la ley del divorcio. En resumen, se ordenó aplicar de modo expansivo la nueva ley y, sobre todo, se reafirmó la laicidad del Estado, de cuyos tribunales dependía la eficacia civil de las decisiones y actuaciones eclesiásticas. Mas pronto surgieron las dudas. ¿La sentencia de divorcio-separación del juez eclesiástico, pronunciada antes del 4 de noviembre, debía valer como divorcio vincular? Aunque el ministerio de Justicia respondió con la afirmativa, quedaba por aclarar la suerte de las sentencias de los jueces ordinarios que hubiesen resuelto crisis matrimoniales civiles con arreglo a los arts. 67 ss del Código. El 8 de septiembre, 1932 se leyó el proyecto y pasó a la Comisión de Justicia (DSCCRE p. 8644). “Hallándose conforme con la propuesta del Gobierno”, que salvaba la laguna en sentido favorable al divorcio, la Comisión lo despachó el mismo día (*ibid.* p. 8686). Al siguiente fue aprobado sin debate (DSCCRE 9 de septiembre, 1932, p. 8722).

La urgencia por introducir el divorcio –antes recordamos el papel que jugó Clara Campoamor para excitar el celo del gobierno³⁴⁰– retrasó la ley de matrimonio civil, la segunda reforma del derecho de familia que aprobaron las Cortes Constituyentes; la reforma tercera –la frustrada ley de investigación de la paternidad– empezó y acabó en el anteproyecto de la Comisión Jurídica Asesora³⁴¹. En realidad, el matrimonio aportaba, a juicio de González Palomino, un ejemplo vivo de “derogación sustitutiva” de las reglas civiles por las constitucionales; la entrada en vigor de la

³³⁹ ACD, Sección general, legajo 480, expte. nº 18.

³⁴⁰ La conocida periodista –corresponsal de guerra en Marruecos y directora del *Diario Universal*– Carmen de Burgos (Colombine) confesó en *Hacia el divorcio en España*, pp. 22-23, que, una vez formado el gobierno provisional, se dirigió al ministro Fernando de los Ríos para hacerle presente la necesidad de aprobar el divorcio entre las primeras medidas de las Cortes Constituyentes. Aludió aún a su amistad con Alfred Naquet, el campeón del divorcio en la Tercera República (cf. *La Loi du divorce*, 1903); el político francés le advirtió que “el único inconveniente que tiene el divorcio es lo mucho que favorece al matrimonio”.

³⁴¹ *Anteproyectos de ley e informes*, pp. 65-71 (preámbulo de Demófilo de Buen), pp. 75-89 (texto articulado y votos particulares; antecede el “Informe del Dr. D. Luis de Hoyos Sainz sobre prueba biológica en la investigación de paternidad”, pp. 49-64, que propugnaba el método del grupo sanguíneo. Vid. Alfons Aragoneses, “*Constitución y derecho civil en la Segunda República*”, *op. cit.*, pp. 278-279).

Carta republicana, con la consiguiente derogación del “matrimonio canónico regulado por el Código civil”, hacía innecesario una ley al respecto. Ahora bien, esa posible ley, como la del divorcio poco antes, colmaba las lagunas provocadas en la legislación ordinaria por la incidencia de las normas constitucionales, “en cuyo caso serán ‘obedescidas e non cumplidas’ hasta la emanación del mandato complementario”³⁴².

En busca de tal mandato –quiere decirse: en pos de la “solución, tan inelegante, de la legislación especial”– no prosperó una temprana proposición (13 de noviembre, 1931), encabezada por José Puig de Asprer (Gerona), “al objeto de que el matrimonio civil pueda tener en España desde luego la consideración legal que la opinión liberal del país reclama con urgencia”³⁴³. El diseño propuesto era sencillo: supresión de la forma canónica con reforma del famoso art. 42 del Código civil, derogación de los artículos sobre el matrimonio ante la Iglesia (arts. 75 a 88 inclusive), autorización al gobierno para adecuar a ese fin las instalaciones judiciales municipales (“para que en ellas pueda efectuarse la celebración de los matrimonios con el decoro o solemnidad que requiera”) y gratuidad de los trámites³⁴⁴. Leída en la sesión de 25 de noviembre, fue tomada de inmediato en consideración (DSCCRE p. 2615). La Comisión permanente de Justicia –la presidía el diputado Rafael Salazar (Badajoz), quien, ausente el primer firmante, hizo suya esta proposición de ley– dio el visto bueno a su tramitación junto con otras “seis más sobre reforma del Código civil en materia de matrimonio”, cuyo tenor desconozco; tal vez esa multitud

³⁴² Cf. “Valor civil actual de las normas constitucionales”, *op. cit.*, p. 404, con la tesis de la nulidad radical del matrimonio canónico celebrado tras la entrada en vigor de la Constitución. En el mismo caso estaba la licencia marital, si bien en este segundo ejemplo de derogación implícita de un complejo de relaciones jurídicas “me acojo a la solución, tan inelegante, de la ley especial; pero es por una razón vital”, pues “si quitamos la regulación de un instituto jurídico absolutamente, y no ponemos nada en su lugar, ¿cómo regular las relaciones existentes y las que vayan surgiendo?”.

³⁴³ ACD, Serie general, legajo 481, expte. n.º 17.

³⁴⁴ Sobre los espacios civiles adecuados a una digna celebración se pronunció Teresa Escoriaza, “Página de la mujer”, en *Mundo gráfico* (Madrid), 11 de noviembre, 1931, p. 28. Seguramente esta publicación no pensaba en fiestas como las celebradas con motivo de la boda de Mariano Hilera y Emilia García, “hijos de honrados campesinos republicanos” y los primeros vecinos del pueblo riojano de Ábalos que contrajeron matrimonio civil; después de efectuado el enlace”, registró la prensa (cf. *La Tierra*, Madrid, 11 de junio, 1932, p. 3), “los concurrentes fueron obsequiados en el Círculo republicano, dirigiéndose después a la casa de la novia cantando el Himno de Riego y La Marsellesa. Durante la sencilla fiesta reinó gran entusiasmo en el pueblo”. El matrimonio de las leyes del Estado aportaba nuevos ritualismos, en suma, sin “pórticos ojivales ni viejas escalinatas incensadas. El portal de una casa de vecinos ciudadanos pagadores de cédula”; cf. Antonio Agraz, “Casarse por lo civil es sencillo, cómodo y tan barato que solo cuesta ¡4,60!”, en *El Heraldo de Madrid*, 29 de septiembre, 1932, p. 10, con interesante documentación gráfica. El colmo se alcanzó con la boda civil de Elisa Prieto (“miss Aero Popular”) y el aviador Emilio Copano, celebrada en un avión dirigido “al centro de Madrid [que] a poca altura pasó, rozando casi los tejados de la popularísima barriada del distrito del Hospicio”, pues “había de verificarse dentro del perímetro jurisdiccional del Juzgado”, cf. *Ahora*, 13 de diciembre, 1932, p. 8.

de iniciativas sólo sirvió de acicate para que el ministerio del ramo, Álvaro de Albornoz, pidiese a la Comisión Jurídica Asesora la preparación de un anteproyecto de bastante extensión –tenía más de 70 artículos, con desarrollo de las reglas de derecho internacional privado– que estuvo además acompañado de varios votos particulares³⁴⁵.

Pero la ley corría prisa “después de un año largo de República laica” y Albornoz optó por elaborar un texto confesadamente provisional que pudiera recibir –como de hecho así fue– una ágil tramitación en las Cortes³⁴⁶. Su exposición o preámbulo merece alguna atención pues, por un lado, el ministro de Justicia describía breve y atinadamente el sistema matrimonial en vigor, anclado en un catolicismo militante que traducía la práctica sacramental en profundas desigualdades jurídico-civiles: primeramente, la desigualdad derivada del bautismo, ya que los españoles que lo hubiesen recibido estaban obligados por el Código a la práctica de un segundo sacramento: el sacramento del matrimonio según los ritos y el derecho de la Iglesia (art. 42, Código civil); en segundo lugar, la desigualdad que nacía del sacramento del orden sacerdotal y del voto solemne de castidad, circunstancias canónicas que provocaban una merma en la capacidad civil de los españoles afectados al ser impedimentos del matrimonio según la ley del Estado (art. 83, 4º, “a no ser que unos y otros hayan obtenido la correspondiente dispensa canónica”, Código civil)³⁴⁷.

Por otro lado, si las creencias religiosas no podían ser razón de privilegios (art. 25 CRE), era notorio que todos esos artículos se encontraban derogados, “sin que sea preciso, para privarles de la fuerza de obligar, que

³⁴⁵ *Anteproyectos de ley e informes*, exposición, pp. 27-30, texto articulado y votos particulares, pp. 31-47; de esos votos destaca el suscrito por Demófilo de Buen y Luis Jiménez de Asúa (pp. 41-45), quienes pedían mayor simplicidad en el expediente matrimonial mediante la supresión de los trámites de oposición al matrimonio, la simplificación de la licencia familiar y la irrelevancia de los esponsales; quisieron introducir, además, en el art. 1 una expresa mención de la igualdad en razón de sexo que consagraba la Constitución.

³⁴⁶ Preguntado por la prensa Luis Fernández Clérigo, director general de los Registros y miembro de la Subcomisión de leyes civiles de la Asesora, declaró que “ayer, 3 de agosto, entró en vigor la ley sobre matrimonio civil dada por el Sr. Albornoz. Esta ley, sencilla, provisional, no la ha elaborado la Comisión Jurídica Asesora. Es que urgía, después de un año largo de República laica, reglamentar el acto matrimonial, el acto originario de la célula social, con otros preceptos diferentes a los del viejo Código”, entreteniéndose en el contenido de una disposición que “dado el interés que encierra, general divulgación merece”; cf. J. M. Simal, “*La Comisión Jurídica Asesora. Hablando con el Sr. Fernández Clérigo acerca de las nuevas leyes*”, en *La Voz*, 4 de agosto, 1932, p. 5; “del anteproyecto de la Comisión, por la situación en que aún se encuentra y por otras varias causas, poco más podré decirle”.

³⁴⁷ Cf. “Varias notas políticas”, en *Ahora* 17 de septiembre, 1931, p. 23. Entre las mismas una sobre sacerdotes con descendencia (“A los ordenados ‘in sacris’ que hayan tenido hijos se les autorizará a contraer matrimonio civil”) daba cuenta de las “solicitudes de varios señores que se encontraban en situación de ordenados ‘in sacris’ y que tenían familia”, ante lo que el ministro de Justicia (Fernando de los Ríos) estudiaba, con apoyo del Consejo de ministros, una ley derogatoria del recordado artículo del Código civil.

se dicte una nueva ley ordinaria que venga a sustituirlos”³⁴⁸. El gobierno podía proceder entonces por vía reglamentaria y disciplinar la institución matrimonial, mas la relevancia social de la misma y el principio democrático aconsejaban la intervención de las Cortes. Mientras esa deseada ley llegaba (“en espera de que las Cortes sancionen una ley de Matrimonio civil extensa y compleja, como tiene que serlo”), convenía adoptar alguna provisional que fijase como única forma válida el vínculo civil, con las modificaciones exigidas por los principios constitucionales de laicidad e igualdad entre los contrayentes³⁴⁹.

Ante tal razonamiento del sí (derogación) pero no (ley especial) –se seguían las ideas del notario González Palomino– el ministro de Justicia leyó ante las Cortes un texto confesadamente provisional en la sesión del 11 de mayo, 1932 (DSCCRE de esa fecha, p. 5515; cf. apéndice nº 5). Pasó de inmediato a la Comisión parlamentaria competente, que no lo tocó (mismo 11 de mayo); desconozco el motivo –¿agobios de una máquina legislativa que caminaba a marchas forzadas?– por el que, dos días más tarde, la Comisión de Justicia retiró su dictamen (DSCCRE 13 de mayo, 1932, p. 5588). Sobre el segundo, fechado a 17 de mayo (DSCCRE 17 de mayo, apéndice nº 8), se aprobó una enmienda (DSCCRE 20 de mayo, p. 5703) del diputado Botella Asensi y otros sobre el alcance del impedimento de parentesco (art. 1, 4º del proyecto); la necesidad de coordinar la nueva redacción de esa norma con lo establecido en el proyecto sobre la dispensa de impedimentos (art. 1, 5º) –lo que era competencia, en todo caso, del juez de primera instancia– aconsejó al ministro volver con un nuevo texto (DSCCRE 25 de mayo, p. 5764) y corregir la “rapidez con que se discutió y aprobó” el primitivo, para así “mejorar la redacción con toda amplitud y claridad”. El resultado se publicó el 2 de junio (DSCCRE apéndice nº 1); el sucesivo dictamen de la Comisión de Justicia apenas introdujo unas pocas correcciones formales (DSCCRE 3 de junio, apéndice nº 13). En fin, el proyecto, dictaminado y revisado, volvió a la cámara, donde, sin debate alguno (DSCCRE 15 de junio, p. 6214), fue aprobado al día siguiente (*ibid.* 16 de junio, p. 6257) convertido en ley de la República (ley de 28 de junio, cf. DSCCRE mismo día y apéndice nº

³⁴⁸ “Han quedado derogados dichos textos por el solo hecho de haber entrado en vigor la Constitución de la República, sin que sea preciso, para privarles de la fuerza de obligar, que se dicte una nueva ley ordinaria que venga a sustituirlos. De no ser así se daría el absurdo de que el principio de que la ley posterior y contraria deroga la anterior, no se aplicaba a la ley fundamental, concediéndole menos fuerza que a las ordinarias, cuando lo que ocurre es lo contrario, pues la ley ordinaria, derogada por otra de igual clase, puede recobrar su vigencia por la sola voluntad del legislador, mientras que las leyes derogadas por la nueva Constitución contraria a ellas, necesitarían para volver a tener plena eficacia jurídica que se realizara previamente una reforma constitucional”, como leo en el expediente de la ley, antes citado.

³⁴⁹ ACD, Serie general, legajo 480, expte. nº 3; no encuentro los escritos y telegramas de particulares que acompañaron, en otros casos, la actividad legislativa de las Cortes.

3; *Gaceta* del 3 de julio). Siguiéron varias disposiciones reglamentarias para atender puntos de Registro civil (orden del 14 de julio, 1932, *Gaceta* del 16), situación de los matrimonios canónicos (orden de 19 de agosto, *Gaceta* del 20), tasas devengadas al Estado (22 de noviembre, *Gaceta* del 24)³⁵⁰. Incluso fue publicada una ley singular que consideró matrimonio plenamente válido, con consecuencias legales a todos los efectos civiles y especialmente en el régimen de clases pasivas, la unión que no pudo celebrar Asunción Villarín García, casada por la Iglesia con Manuel Rosado, guardia de Asalto enviado a Asturias justo el día previsto para la boda civil (5 de octubre, 1934) con motivo de la rebelión que allí había prendido, y que le costó la vida (ley de 8 de agosto, 1935, *Gaceta* del 10)³⁵¹.

La accidentada tramitación de la ley matrimonial, entorpecida por minucias técnicas sin mayores resultados, no reflejó sin embargo el malestar que causó en amplios sectores confesionales³⁵². El matrimonio canónico, la secular roca fuerte de la Iglesia que le había permitido domar la vida y las costumbres de los españoles, había quedado destruida cuando el Estado se decidió a ejercer su soberanía en un ámbito que, desde la discutible negociación de Alonso Martínez con la Santa Sede en los tiempos del Código civil, había sido abandonado en manos de la autoridad eclesiástica (art. 42)³⁵³. Sin que se hubieran manifestado, en ningún sentido, cuando la ley se tramitaba, el *Diario de Sesiones* (17 de mayo, p. 6297) recogió el ruego de cinco diputados integristas que quisieron dejar constancia de su parecer contrario al divorcio (Francisco Estévanez, Cándido Casanueva, Tomás Alonso de Armiño, José María Lamamié de Clairac, José Martínez de Velasco); así simplemente renovaban su oposición a la Constitución española³⁵⁴.

Queda por comprobar la acogida del matrimonio civil entre los jueces de los que esta institución dependía, seguramente no pocos próximos al sentir de aquellos cinco personajes renuentes con voto en Cortes. Tal vez

³⁵⁰ Sobre la práctica de contraer matrimonio canónico rechazando el vínculo civil y los problemas derivados en derecho catalán escribió Alexandre Bular i Rialp, "L'omissió del matrimoni civil a Catalunya davant del dret familiar", en *RJC* 41 (1935), 283-295.

³⁵¹ Cf. DSCCRE 31 de mayo, 1935, pp. 7887 ss.

³⁵² Por ejemplo, una pastoral sobre el matrimonio civil ("el llamado matrimonio civil no es verdadero y legítimo matrimonio; es solamente barraganía o concubinato"), de 30 de marzo, obligó al gobierno a suspender las temporalidades al obispo Luciano Pérez Platero, titular de la sede de Segovia, cf. DSCCRE 17 de junio, 1932, pp. 6286 ss con los debates correspondientes (y una inesperada discusión sobre la naturaleza del privilegio paulino) a raíz de una proposición del diputado –y sacerdote con canonjía en Zaragoza, como hemos advertido– Santiago Guallar. *Vid.* también "La sesión de Cortes de hoy. La suspensión de temporalidades al obispo de Segovia", en *Luz*, 17 de junio, p. 12.

³⁵³ Cristóbal Torres Muñoz, "La base del matrimonio en el Código civil. El acuerdo con la Santa Sede (1887)", en *Revista Española de Derecho Canónico* n° 41, 1985, pp. 365-380.

³⁵⁴ Repaso las listas de síes y noes a la Constitución en DSCCRE 9 de diciembre, 1931, pp. 2907-2910, sin encontrar sus nombres. Supongo que, sencillamente, rehusaron votar.

sirva como muestra de un problema general los ruegos que dirigieron varios diputados al ministerio de Justicia en denuncia de irregularidades en la aplicación de la nueva ley (y del anterior decreto de 3 de noviembre, 1931, que privó de efectos civiles las decisiones de la jurisdicción eclesiástica). Juan Ventosa, diputado por Barcelona (Izquierda Republicana de Cataluña), recalcó “los abusos que se comenten en algunos juzgados municipales, refiriendo que actualmente continúa exigiéndose a los contrayentes la declaración de que renuncian a la religión católica” (23 de enero, 1932)³⁵⁵. Peor parece el ejemplo de un Francisco Suárez Bautista, titular interino del juzgado municipal de Puebla de Obando (Badajoz) y hermano del cura del lugar, señalado en 1934 por Margarita Nelken al negarse “terminantemente” a tramitar expedientes de matrimonio civil, en contra de “la dignidad de la República y de su Constitución” (16 de marzo)³⁵⁶. Otros denunciaron excesos en el uso del papel timbrado y los gastos administrativos con ocasión del matrimonio (27 de diciembre, 1932)³⁵⁷. Las autoridades de la Iglesia no se quedaron de brazos cruzados. Por ejemplo, un cura segoviano clavó en la puerta de la parroquia (Cerezo de Abajo) un aviso de condena a una pareja unida en matrimonio civil, lo que sin duda no favorecía la celebración de esta clase de vínculo³⁵⁸. El obispo de Madrid-Alcalá publicó por su parte una instrucción (20 de julio, 1932) para conminar a contraer el matrimonio civil aunque sin olvidar el deber de los católicos de acudir al matrimonio canónico, con advertencia de pecar mortalmente los que hicieran vida marital “antes de celebrar el verdadero matrimonio sacramento; y que si a sabiendas y voluntariamente los contrayentes católicos omitiesen el matrimonio canónico y se contentasen con la sola ceremonia civil, y esto se hiciese público, serían a tenor de los sagrados cánones, privados de sacramento; inhábiles para pertenecer a asociaciones religiosas: sujetos al impedimento; apartados del oficio de padrinos y de todos los cargos honoríficos de la Iglesia; de la bendición ‘post partum’ para la mujer; los hijos habidos de tal unión serán canónicamente ilegítimos e irregulares; y por último, los así casados, si muriesen sin dar señales de arrepentimiento, serían privados de sepultura eclesiástica”³⁵⁹. A pesar del expreso mandato

³⁵⁵ ACD, Serie general, legajo 488, expte. n° 312; el ministerio respondió con el traslado de la queja a la dirección general de los Registros (29 de enero).

³⁵⁶ ACD, Serie general, legajo 520, expte. n° 271. Instruido el oportuno expediente por el juez de primera instancia de Alburquerque, según instrucciones de la dirección general de los Registros, “no resulta que el Juez municipal denunciado se haya negado a tramitar otro expediente que el que se expresa con anterioridad” (5 de mayo, 1934).

³⁵⁷ *Ibid.* legajo 493, expte. n° 1320.

³⁵⁸ “Estanislao Yagüe y Laureana Lobo se han separado de la Iglesia, habiéndose amancebado judicialmente, quedandoles prohibida la entrada, y se les impondrá una multa con arreglo al artículo del Código canónico por haber renegado de la Iglesia y ser concubinos, y no podran asistir a los actos religiosos”, cf. DSCCRE 17 de junio, 1932, p. 6292.

³⁵⁹ Cf. “Ante la ley de matrimonio civil. Una instrucción del obispo de Madrid-Alcalá sobre el matrimonio”, en *La Época* (Madrid), 25 de julio, 1932, p. 2.

de la ley (“el matrimonio se celebrará en la forma prevenida en el artículo ciento del Código civil, omitiendo la lectura del artículo cincuenta y siete de dicho Cuerpo legal”) un “*Boletín canónico-litúrgico*” aparecido en la prensa integrista creó confusiones por mantener entre los requisitos del acto civil la lectura de ese artículo, síntesis de una viejísima cultura desigualitaria (“el marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido”)³⁶⁰. La moral oficial de la Iglesia cuestionó, además, la actividad de los jueces, considerando “intrínsecamente malo el que el juez con su asistencia quisiera dar al matrimonio civil valor de matrimonio verdadero”³⁶¹. Y sabemos que el antiguo Tribunal de la Rota rehusó “en absoluto” manifestar los autos de procesos que allí se habían seguido y que resultaban de utilidad al efecto de la ley del divorcio, porque “así verían España y el pueblo español las dificultades que habrían de encontrar por separar la Iglesia y el Estado”³⁶². Son apenas unos datos indiciarios de actitudes adversas a la legalidad republicana que una investigación más detenida deberá aquilatar.

IV. EL DERECHO REPUBLICANO Y EL JURISTA HISTORIADOR

La persona del Rey es inviolable y no está sujeta a responsabilidad. Sus actos estarán siempre refrendados en la forma establecida en el artículo 64, careciendo de validez sin dicho refrendo, salvo lo dispuesto en el artículo 65.2.

No hace muchos días expliqué en las aulas que la única fuente de derecho es la doctrina. Al margen de clásicas teorías y de las disposiciones del Título preliminar³⁶³, quise transmitir a mis oyentes una honda convicción que reserva al intérprete el papel protagonista en la formulación de la norma jurídica. La norma de esta especie, cualquier norma en realidad, resulta simplemente *inscripción*: es un poco de tinta escrita

³⁶⁰ “*Mundo religioso. Boletín canónico litúrgico. Del matrimonio civil*”, en *El Siglo futuro*, 27 de septiembre, 1932, p. 4.

³⁶¹ “*Algunas cuestiones con ocasión del matrimonio civil*”, en *El Siglo futuro*, 2 de agosto, 1932, p. 1. Acaso lo denunciado por Margarita Nelken tuvo que ver con la conciencia comprometida del juez oficiante.

³⁶² *Ibid.* legajo 494, expte. n.º 1501. Ruego del diputado Francisco López de Goicoechea, con el problema surgido en su ejercicio como abogado; el clérigo con quien trató le respondió “que así verían España y el pueblo español las dificultades que habrían de encontrar por separar la Iglesia y el Estado, añadiendo que estaba dispuesto en absoluto aquel Tribunal, de orden del propio Tribunal, a obstruccionar toda la labor de los Juzgados de primera instancia” (23 de marzo, 1933). Cf. DSCCRE 22 de marzo, 1933, pp. 11990 ss, con la breve intervención del ministro de Estado prometiendo estudiar el ruego de Goicoechea.

³⁶³ Como muestra de una actividad incesante desplegada sobre estas materias, es suficiente recordar un clásico de los tiempos que aquí nos han interesado: Felipe Clemente de Diego, *Fuentes del Derecho civil español*, Publicaciones de la Residencia de Estudiantes, Madrid, 1922.

sobre papel³⁶⁴. Aunque a veces se escriben enunciados performativos (las famosas palabras de Austin que hacen cosas por sí solas), la lectura consigue que lo escrito vuelva al mundo de los vivos y desarrolle sus efectos; y no tanto los concebidos por el que escribió el papel, cuanto los que presupone quien procede a leerlo. Pero la doctrina forma al aprendiz que luego trabaja de juez, notario, legislador, y lo acompaña en su ejercicio como tal. Condiciona de ese modo, con empleo de categorías heredadas, de otras –más rara vez– inventadas y de algunas más que se toman del derecho comparado, la aplicación de las reglas jurídicas y aun su misma producción. Qué hubiera sido de Juan Carlos de Borbón, ciudadano de dudosa trayectoria, si los constitucionalistas españoles no hubiesen interpretado como vienen haciendo, me temo que *contra legem vel rationem*, el art. 56.2 de la Constitución vigente.

4.1. El Código y la República

La anterior digresión viene a cuento de los juristas profesionales, tanto prácticos como teóricos, que vivieron el advenimiento de la República. En lo atinente al derecho privado, a excepción de posiciones minoritarias y nunca demasiado radicales, la Constitución se leyó como un tesoro de mandatos y directrices dirigidos al legislador, situados así fuera del alcance del común; “las previsoras disposiciones” (De Castro) de la ley del Tribunal de Garantías (cf. su art. 44) excluyeron del amparo los derechos sociales –los *principios* de la doctrina– que contenían los preceptos constitucionales que más nos interesaron (arts. 43-44 CRE). De ese modo ineficaces “como normas de obligatoria aplicación y observancia, por la sencilla razón... de que falta el precepto, revestido de la indispensable autoridad delimitador del significado y alcance del principio embrionario o básico incorporado a la Constitución”, según confesó aquella orden tardía (24 de enero, 1936, *Gaceta* del 25) del ministerio de Hacienda, los Códigos civil y de comercio continuaron vigentes, no obstante llamativas antinomias, hasta que las Cortes aprobasen las leyes que los modificaran. Solamente en casos raros, por ejemplo el *status civitatis*, se aceptó la sustitución directa del Código por el dictado constitucional (arts. 23-24); “norma hipotética [la Constitución] necesaria para la construcción lógica de una teoría del Derecho”, inadecuada entonces para disciplinar el tráfico jurídico ordinario, la intangibilidad de los grandes textos legales de la Restauración se salvó, para contento general, por tratarse el vínculo nacional de un asunto de derecho público, presente en ley civil al compás de la Carta política (cf. art. 1, Constitución de 1876); su abrogación en la República conllevó también la derogación de los artículos correspondientes del Código civil (arts.

³⁶⁴ Rafael Hernández Marín, *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986, pp. 30 ss.

17 ss). Un recurso excepcional, como digo, que nadie extendió a otros supuestos³⁶⁵.

La entrada en vigor de la Constitución republicana –según opinaron influyentes hombres de leyes³⁶⁶– sumió el ordenamiento en “una situación caótica” que exigía de inmediato “la solución que ya se ha seguido con respecto al Código penal, o sea, publicar por de pronto una nueva edición con las reformas más imperiosas, dejando para luego la ardua empresa de la reforma total”³⁶⁷. Pero el coro de los juristas españoles, contrario a un nuevo proceso codificador, conspiró contra esa especie de texto refundido, que en efecto nunca llegó, de manera que el sistema privatístico combinaba el rígido armazón del derecho codificado, fruto y herencia de la cultura “monoclase” del Estado liberal³⁶⁸, con un abanico de leyes extravagantes, que además lo eran en doble sentido: *especiales* por razón de la materia –aquí nos ocuparon las leyes de reforma agraria, matrimonio, divorcio, entre otras previstas, proyectadas, aprobadas³⁶⁹– pero también *especiales* al permanecer ajenas, en su vocación constitucional, a las analogías y criterios interpretativos del Código civil; la construcción del derecho agrario propuesta por Sánchez-Román desde la tesis de la especialidad aporta un ejemplo diáfano del rechazo a las categorías del derecho civil común en el mejor entendimiento de las leyes republicanas. En propiedad, la legislación de la República superó el presupuesto subjetivo del individuo abstracto e incoloro que habitaba pacíficamente entre los artículos del Código, con aquella igualdad puramente formal que permitía, en la célebre ironía de Anatole France, tanto a ricos

³⁶⁵ Federico de Castro, “*El Derecho civil y la Constitución*”, *op. cit.*, p. 39; también, del mismo, “*La Constitución española y el Derecho internacional privado*”, *op. cit.*, p. 74.

³⁶⁶ No empleo aquí el masculino genérico. La orden de 16 de noviembre, 1934 (*Gaceta del 20*), instada por Teresa Argemí Meliá, “licenciado [sic] en Derecho, solicitando se declare si las mujeres pueden o no opositar a las Carreras fiscal, judicial y de Secretarios judiciales”, cerró a cal y canto el acceso la judicatura a las mujeres, por ser “doctrina comúnmente admitida por los tratadistas de Derecho público la de considerar las disposiciones de los Códigos fundamentales del Estado divididas en dos grandes grupos: unas, las de carácter preceptivo, que adquieren plena eficacia desde el momento de promulgarse la Constitución, y otras, de índole normativa, que en realidad no son más que textos programáticos para ulteriores reformas legislativas y significan una orientación y un límite para las leyes futuras en que adquieran su debido desarrollo”.

³⁶⁷ José Castán, *Hacia un nuevo Derecho civil*, *op. cit.*, p. 61.

³⁶⁸ La plástica expresión de Massimo Severo Giannini ha sido rescatada últimamente por Manuel Martínez Neira, “*Del estado monoclase al constitucional. A propósito de una giornata*”, en Livio Antonelli – Giacomo Demarchi (curs.), *Le arterie e il sangue della democrazia. Teoria, pratica e linguaggio costituzionale fra Italia e Spagna (1931-1948-1978)*, Edizioni Dell’Orso, Alessandria, 2019, 111-120, pp. 112 ss.

³⁶⁹ Cf. “*Leyes complementarias de la Constitución*”, en *Ahora*, 28 de noviembre, 1931, p. 1, con referencias a una ponencia de Fernando de los Ríos presentada en consejo de ministros: “califica de urgentes el Estatuto de Cataluña y las leyes de Reforma Agraria, Jurado, Presupuestos, Electoral, Orden público, Congregaciones y Cultos; y matrimonio civil, divorcio y secularización de cementerios. Las menos urgentes son las leyes Municipal, Provincial, Instrucción pública y orgánicas del Poder Judicial, Consejos asesores y Consejo económico”. No hubo tiempo para todo en el Bienio.

como a pobres dormir debajo de los puentes³⁷⁰. Pero en la España republicana el sujeto de derecho se había convertido en jornalero, en hombre y mujer casados o divorciados, en menor de edad, en pescador, en obrero, en empresario capitalista o terrateniente... Adquiría, en pocas palabras, atributos específicos dentro de una sociedad de masas donde los inevitables conflictos tenían que encauzarse según reglas (igualitarias) democráticamente consentidas.

El paso del Código civil a la Constitución –esto es, al ordenamiento jurídico que sus artículos diseñaban– se vio fatalmente condicionado por la acción concorde de los privatistas. Quienes regentaban las cátedras continuaron en sus puestos –algunos asumieron altas responsabilidades judiciales (el influyente auxiliar Jerónimo González, los catedráticos de Civil Demófilo de Buen y José Castán Tobeñas, el historiador del Derecho Juan Salvador Minguijón)– y nunca fueron demasiado exigentes al valorar en sus futuros colegas, presentes opositores, el espíritu constitucional y el conocimiento de las leyes de la República. Otros, muy pocos, comentaron el Código o sacaron exposiciones de conjunto con escasa o ninguna noticia del derecho republicano. El privado y sus cultivadores demostraron aquella “capacidad de resistencia pasiva” que les atribuyó De Buen (cf. II), más dura y correosa de cuanto pudo imaginar la mayoría de los constituyentes.

Se trataba del ‘estado natural’ de las cosas, admitido en las instancias oficiales. “Las necesidades sociales, recogidas por los jurisconsultos y los políticos, traen las leyes que quedan en la *Gaceta* afectadas de momentánea ceguera”, declaró un flamante ministro al inaugurar el año judicial en 1934. “Después, merced a los Tribunales de Justicia, se ponen en contacto con la vida, como volviendo a su hogar”. Las palabras de Vicente Cantos, publicadas, vimos antes, en la Revista crítica de derecho inmobiliario³⁷¹, describen con rara eficacia la inoperancia de la ley (la “ceguera”) que yacía muerta en la *Gaceta* y que solamente regresaba “a su hogar” –el universo de “las necesidades sociales”– cuando era leída y aplicada en los tribunales, último eslabón de la cadena de producción de normas jurídicas, que iniciaban, y por este orden, “los jurisconsultos y los políticos”³⁷². La definición política del derecho prevista en la Constitución democrática (art. 51 CRE) salía entonces malparada del discurso de un ministro en relación con las instancias puramente técnicas, sin otra legitimidad que la simple condición profesional. Antes se comprobó que los programas de los opositores a cátedras y los temarios de aspirantes a la judicatura o al ingreso en los cuerpos de la Administración mantuvie-

³⁷⁰ Anatole France, *Le lis rouge* (1894), A. Romagnol, Paris, 1902, p. 87.

³⁷¹ “¿Función automática o función creadora?”, *op. cit.*

³⁷² Y no dejo de recordar, relejendo estas frases, el estudio pionero de Édouard Lambert, “*Une réforme nécessaire des études de droit civil*”, en *Revue internationale de l'enseignement* n° 40, 1900, pp. 216-243.

ron en vigor un saber jurídico traslaticio, verdadero arsenal de conceptos y categorías –siempre particularmente peligrosa la *seguridad jurídica*– que sirvió para reescribir las innovaciones republicanas de acuerdo con los principios del Estado liberal. Y ahí residía el problema³⁷³.

Massimo S. Gianni ha enseñado que el Estado “monoclase” descansó en la homogeneidad socio-cultural de representantes políticos y ciudadanos burgueses, unidos en un estrecho maridaje por la restricción del derecho de sufragio; la inevitable extensión del voto mostró entonces, con la participación política, la pérdida de densidad de ese rocoso y viejo Estado. En España, desde tiempos de Sagasta (1890) la ampliación del derecho de sufragio había abierto las puertas a las clases populares, mediante partido y sindicato; a mitad de camino entre la anécdota y la historia, el socialista Indalecio Prieto (1883-1962) declaró con orgullo haber llevado “la primera boina que entró en el Congreso [1918]”³⁷⁴. Ahora bien, de la gorra del obrero bilbaíno o el sombrero de ala ancha del jornalero andaluz a la redistribución de la tierra no había más que un paso; y una cohorte de notarios y registradores, con la ayuda impagable de ciertos profesores, como aquel Francisco de Pelsmaeker en cabeza de la Junta de Reforma Agraria sevillana, envolvió en mil dificultades –no fue la menor la invocación, más o menos informada, del espantajo del derecho soviético– el art. 44 de la Constitución y la ley agraria (1932) que lo desarrollaba. La República hizo además posible la aparición de otra clase de tocados en el salón de las Cortes³⁷⁵. En 1931 tuvieron por fin derecho de voto las mujeres españolas para participar en la asamblea constituyente (cf. art. 3, decreto de 8 de mayo, 1931, *Gaceta* del 10); la Carta finalmente elaborada aseguró sus libertades positivas con la consagración del sufragio igualitario (art. 36 CRE). Votantes aunque sometidas todavía a los maridos, unidas a ellos por un lazo indisoluble y ajenas a la vida económica y profesional cuando abrazaban el estado matrimonial, los preceptos constitucionales chocaron de inmediato contra el Código civil, y el legislador republicano, a expensas de una casta profesional predominante, hubo de reconocer “que prestigiosos comentaristas de la Constitución no estiman que los principios que ésta establece constituyan reglas ejecutivas por sí

³⁷³ Manuel Martínez Neira, “*Del Estado monoclase al constitucional*”, *op. cit.*, p. 115, ha sido el más reciente lector de Gianni. Encierra el mayor interés la anécdota que relata este autor, testigo de una sesión académica en la Universidad Carlos III de Madrid con intervenciones de juristas destacados que acreditaron “el protagonismo que el proyecto liberal había concedido al Estado en lugar de la constitución y que en pleno siglo XIX se manifestó en dos direcciones fundamentales: el código civil y la administración pública”. El “protagonismo estatal” aún se mantenía en puertas del siglo XXI si un célebre civilista, y magistrado del Tribunal Constitucional, recomendó en esa ocasión que a “los alumnos [de Derecho] había que enseñarles a arrodillarse ante la ley”.

³⁷⁴ Indalecio Prieto, *De mi vida*, 1968, que consulto en Luis María Cazorla, *La Oratoria parlamentaria*. Prólogo de Francisco de Ayala, Espasa-Calpe, Madrid, 1985, pp. 55 ss.

³⁷⁵ Con el debido respeto a las pioneras feministas que optaron por descubrirse la cabeza. Cf. Tânia Balló, *Las sinsombrero*, Espasa, Madrid, 2016.

solas, creyendo sea menester un desarrollo complementario que pueda darlas verdadera efectividad” (resolución de 15 de diciembre, 1933). Salieron adelante, a pesar de todo, varias e importantes reformas, pero no hubo tiempo –excepto en Cataluña– para lograr la plena igualdad en el seno de la familia. Primera entre las fuentes del derecho, la doctrina no ayudó demasiado, según costumbre, a mejorar la situación³⁷⁶.

De te fabula narratur, dicen que decía Horacio. Después de la sangrienta y larga Dictadura que aniquiló la República hemos vuelto a la cultura del Estado social y democrático que España perdió en 1939 (en versión algo degradada, eso sí: cabe afirmar, jugando con palabras de los constituyentes de 1873, que ha sido cosa arriesgada y difícil fundar nuestra existencia política sobre el sembrado de ruinas que dejó el franquismo). Nuestro deber de juristas e historiadores nos constriñe, entonces, al estudio de esas odiosas ruinas para identificar los restos de un pasado reprochable –pensemos en la institución de la Corona (arts. 56-65 CE) o en la inconfesa confesionalidad del Estado (art. 16 CE)– que fueron tenazmente utilizados al edificar las estructuras que gobiernan hoy día la cosa pública. Como si tuviéramos en las manos el famoso palimpsesto de Verona, no costará mucho esfuerzo descubrir el torturado texto de Gayo –las prácticas y las leyes, tan recientes, de la Segunda Dictadura– bajo el superficial epistolario jeronimiano de la celebrada Transición.

Lo mismo valdrá para el derecho privado. Una constelación de leyes igualitarias –varias aún muy recientes³⁷⁷, y no siempre escrupulosamente cumplidas– ha modificado el Código civil... como no quisieron o no supieron hacer los legisladores republicanos, partidarios según se ha visto de aprobar normas especiales que derogaban el derecho codificado de modo tácito o implícito; que tal proceder abrió la puerta a las disquisiciones restrictivas de la doctrina fue evidente, y sobre ello no volveré³⁷⁸. Además, tanto ayer como ahora los estudios de facultad siguen atrapados en el horizonte educativo de la Restauración: nuestras ‘áreas de conocimiento’

³⁷⁶ Federico de Castro, “El Derecho civil y la Constitución”, pp. 33 ss; Francisco Delgado Irigoyen, “El derecho de familia en la Constitución”, pp. 70 ss. También José Luis Díez Pastor, “La familia y los hijos habidos fuera del matrimonio”, pp. 210 ss sobre “la futura organización de la familia”, aquí descrita a partir del anteproyecto de ley de investigación de la paternidad; un texto que “orienta nuestras futuras leyes de familia por el rumbo del Derecho soviético, que representa el regreso a etapas de la organización familiar superadas por la civilización occidental”.

³⁷⁷ Elena López Barba, *Capacidad jurídica. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y las medidas no discriminatorias de defensa del patrimonio*, Dykinson, Madrid, 2020, donde destaca, a modo de histórico *ritornello*, la agilidad del legislador catalán, cf. pp. 80 ss; de la misma, “Reflexiones sobre el art. 12 de la Convención de Naciones Unidas de 2006 y su controvertida exégesis por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 16 bis (2022), 636-637. Sobre el asunto vuelve la reforma del art. 49 de la Constitución, 15 de febrero, 2024 (*Boletín oficial del Estado* del 17).

³⁷⁸ Véase de nuevo Federico de Castro, “El Derecho civil y la Constitución”, pp. 38-39 para el art. 43 CRE.

recogen la sustancia del Plan de Germán Gamazo... casi siglo y medio después de su introducción. Por cierto, es divertido comprobar, en otra recurrencia del símil del palimpsesto³⁷⁹, que la ley General de Educación de José Luis Villar Palasí (1970) estuvo más próxima del intento reformista del ministro Fernando de los Ríos (1933) que la ley para la Reforma Universitaria de José María Maravall (1983). Y temo que estas continuidades de fondo nos lleven aún a enseñar, según las sugerencias de aquel insigne magistrado que escuchó Manolo Martínez Neira, las formas más efectivas de arrodillarnos ante la ley. Si tal es la situación presente –y esto vale desde luego para la historia jurídica, con contadas excepciones– dirigir una mirada a la Segunda República y su obra legislativa puede tener un efecto liberatorio.

Enviado el (Submission Date): 6/4/2024

Aceptado el (Acceptance Date): 3/5/2024

³⁷⁹ Para su escritura inferior *vid.* Antonio Molero Pintado, *La reforma educativa de la Segunda República. Primer bienio*, Madrid, Santillana, 1977, pp. 370 ss, pp. 452 ss para las bases del plan de Derecho