

PARADOJAS DEL SUJETO

Jesús Vallejo

UNIVERSIDAD DE SEVILLA

SUMARIO: 1. LA AMENAZA DE LOS MUERTOS VIVIENTES. 1.1. LOS ESPAÑOLES EN EL SEXENIO. 1.2. LOS MUERTOS CIVILES EN EL TRIENIO. 2. HETERONOMÍA DEL INDIVIDUO. 2.1. EL UNIVERSO DEL SUFRAGIO. 2.2. MATRIMONIO CIVIL Y DISENSO PATERNO. 3. COLOFÓN.— ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA. FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA.

1. LA AMENAZA DE LOS MUERTOS VIVIENTES

1.1. LOS ESPAÑOLES EN EL SEXENIO

En abril de 1869, un oscuro e indignado jurista dedicaba sus ocios a escribir una serie de artículos de prensa sobre el proyecto de Constitución que por entonces se discutía en las Cortes españolas. Se hallaba en la plena madurez de sus 44 años, llevaba más de veinte ejerciendo la abogacía, conocía las entrañas de la administración estatal por haber servido en el Tribunal de Cuentas del Reino, había puesto a prueba su vocación política con el desempeño reciente de un cargo electivo en el Ayuntamiento de una capital de provincia y no era nuevo en el mundo del periodismo. Militaba desde joven en el partido progresista, en cuyas filas y a contracorriente había soportado el predominio político moderado de las décadas centrales del siglo. Con toda coherencia, profesaba y predicaba la fe republicana durante el periodo recién abierto con la llamada Revolución Gloriosa de septiembre de 1868, que a él, como a tantos, le pareció esperanzadora. En sus convicciones y actitudes pesaba el ascendiente familiar, puesto que su padre consiguió acta de diputado durante el Trienio Liberal (1820-1823) y siguió en la política y en la administración a su vuelta del casi inevitable exilio en Inglaterra, ocupando un escaño en las Cortes desde las constituyentes de 1836-37 y una poltrona ministerial en 1843, pocos meses antes de su muerte.

Nuestro ocasional constitucionalista, Miguel Ayllón Altolaguirre, se empeñó en su tarea con una lucidez digna de su causa y merecedora de mejor memoria. Supo ver las sutiles cortapisas con las que el proyecto constitucional iba mermando los ideales revolucionarios y quiso desvelarlas para avivar y extender la oposición a un texto que consideraba nefasto. Reunió sus artículos en un libro al que puso el inequívoco título de *Examen del funesto proyecto de Constitución sometido a la deliberación de las Cortes*. Bajo su agudo escrutinio, las disposiciones del Título primero de la futura ley fundamental, relativo a los derechos, se revelaban impermeables al principio de ilegislabilidad que había venido defendiéndose en proclamas y manifiestos. Afirmaba que estaba en marcha todo un proceso de reinstauración constitucional que volvía a anclarse en la tradición de las formas políticas (la monarquía, con funciones y prerrogativas similares a las de la derrocada Isabel II), que olvidaba proclamar principios básicos (el de igualdad, por ejemplo) y que no se atrevía a proscribir lacras abominables (la esclavitud, nada menos). Con unas Cortes “omnipotentes”, capaces de “imponernos la ley a medida de su placer”, lo que se venía encima era la entera disponibilidad legislativa de derechos y libertades, embozada y acechante en algunos de los artículos del proyecto. Los mismos argumentos de Miguel Ayllón fueron esgrimidos semanas después, sin éxito alguno, en las Cortes por sus correligionarios republicanos durante el transcurso de unos debates cuya reconsideración historiográfica se ha mostrado recientemente muy fecunda para la comprensión de aspectos básicos del constitucionalismo decimonónico.¹

Puede llamar la atención al lector de hoy que el vehemente autor del *Examen* prestara recurrente atención a la amenaza de la muerte civil, esto es, a las posibilidades que el proyecto abría para que llegara a disponerse por vía legislativa una privación de derechos que arrebataste al individuo “ciudadanía y personalidad social” a perpetuidad, y en tal grado, que quedase reducido a la condición de un muerto en vida.² Para conjurar el peligro, propugnaba Miguel Ayllón el pronunciamiento constitucional expreso, que ofrecía ya textualmente resuelto: “No pueden imponerse en los dominios españoles las penas de muerte natural, muerte civil y confiscación de bienes; pero se entenderá en suspenso el ejercicio

de los derechos de ciudadanía durante el tiempo marcado en pena impuesta por ejecutoria de tribunal competente”.

Sólo una negación tan diáfana como ésta en el articulado impediría, según sabía hacer ver nuestro autor, que quedaran portillos abiertos al eventual establecimiento de esa muerte de derechos, de esa vida sin ciudad y sin estado, fuera del mundo civil, que tan decididamente rechazaba. Pero ningún compromiso parecido incluía el proyecto constitucional, la eficacia de cuya declaración de derechos pendía de decisiones que podrían tomarse con posterioridad a la puesta en vigor de la Constitución. Más aún: no se había previsto, en el proyecto de 1869, pronunciamiento constitucional alguno sobre “los medios de adquirir o perder perpetua o temporalmente los derechos de ciudadano”. Con respecto a lo primero, la adquisición, no se le había pasado por alto a nuestro analista que el texto omitiese cualquier referencia a la edad a partir de la cual podían ejercerse los derechos de ciudadanía; era un silencio que el constitucionalista republicano denunciaba, que en efecto hubo de resolverse en la inmediata legislación de desarrollo, y que sugiere mucho sobre la misma concepción, todavía por entonces dominante y que seguiremos más adelante reconsiderando, del sujeto de derechos. Y en cuanto a la pérdida, también la previsión faltaba: Miguel Ayllón utilizaba aquí en su favor el pie que le daba el tenor literal del artículo 29 del proyecto, según el cual “será lícito todo lo que no esté expresamente prohibido por la Constitución y por las leyes”; así, ciertamente, quedaba “abierto el campo para imponer la muerte civil, que no sólo no está anatémizada, sino que ni siquiera definida en el texto fundamental”. Como es sabido,³ tal declaración de licitud de lo no prohibido desapareció en el texto definitivo de la primera norma, que la sustituyó en el artículo 29 por una manifestación del principio de supraconstitucionalidad de los derechos concebida en estos términos: “La enumeración de los derechos consignados en este título no implica la prohibición de cualquiera otro no consignado expresamente”. Este enunciado ya no hubiera servido a nuestro jurista a los fines de cimentar su argumento, pero lo cierto era que el texto articulado que analizaba no dejaba de brindarle asideros.

De hecho, nada menos que el novedoso inciso final del artículo 1 del proyecto, que sí se conservaría en el texto definitivo, le ofrecía incluso más sólida base para lo que pretendía remachar: “La calidad de español se adquiere, se

¹ Clavero, *Razón*, 1991; Vallejo, “Orden”, 1997; Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005.

² Para lo que sigue, Ayllón, *Examen*, 1869, pp. 45-46, 52-54, 72-73.

³ Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005, pp. 56-57.

conserva y se pierde con arreglo a lo que determinen las leyes”, proclamaba la Constitución. Esto sí podía hacer que se llegara, según el comentarista, “al límite de la más caprichosa autocracia”, poniendo en manos de los poderes públicos “el arbitrio absoluto para la muerte civil”. El razonamiento era simple: si la formulación del artículo 1 implicaba la disponibilidad legislativa de la condición de español, y ésta, según cabía colegir de la misma rúbrica del Título primero (efectivamente “De los españoles y sus derechos”), era la determinante para la asignación de derechos, en realidad se estaba dejando que las Cortes decidieran y fijaran por el procedimiento legislativo ordinario las condiciones de adquisición, conservación y —sobre todo— pérdida de aquéllos. Habilitar de tal modo al poder legislativo para fijar los atributos del sujeto de derechos podía provocar los efectos más indeseables, pues sería como “si se dijera: *A pesar de lo dispuesto en los precedentes párrafos, podrá mediante una ley alterarse, modificarse o destruirse el principio que sirve de base a este artículo, determinándose según pareciere prudente, con arreglo a las circunstancias, las condiciones [de] adquisición y pérdida de la cualidad de ciudadano español*”.

El argumento, basado en un pasaje tan expuesto que, paradójicamente, resulta difícil de ver, y de tan directo tenor que casi bastaba con señalarlo sin añadir glosa alguna, conservaba toda su validez en relación a la muerte civil incluso en el caso de que pudiera achacarse a su autor descuido en el uso de los términos. Y es que sobre la base del artículo 16 (“Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles podrá ser privado del derecho de votar en las elecciones de Senadores, Diputados a Cortes, Diputados provinciales y Concejales”), y también sobre la que ofrecían planteamientos constitucionales, normativos y doctrinales ya con bastante peso en décadas pasadas, cabía separar como categorías distintas la de los derechos civiles y la de los políticos o de ciudadanía, distinción de la que Miguel Ayllón en estos pasajes de su *Examen* se desentendía completamente. Latía, en cualquier caso, en su análisis la idea de que la condición de español era la que en el texto identificaba al titular de derechos, al menos de los civiles (o de la “personalidad social”, según sus propios y expresivos términos), lo cual, además de ser coherente en el marco del constitucionalismo anterior y coetáneo, era desde luego posible a la vista del articulado en proyecto: el matiz determinante es que la de español era condición que en este contexto se definía frente a la de ciudadano, no frente a la de extranjero, pues era impronta de atribución de derechos, no de mera adscripción de nacionalidad.

Parece que esto último podía estar tan a la vista para el jurista decimonónico como oculto, a no ser que nos hagan caer en la cuenta, para quienes leemos siglo y medio después. Que la cualidad de español fuese constitucionalmente sustantiva, designando al sujeto titular de derechos, y no meramente indicativa de nación, conformando en este último sentido uno de los componentes del más tradicional y plural estado civil, era lo que podía justificar esa particular invariabilidad literal del artículo 1 en constituciones anteriores de signo diverso.⁴ En efecto, en los compases iniciales de ese Sexenio Revolucionario en los que escribía Miguel Ayllón, se hacía evidente la continuidad de las definiciones constitucionales: en las leyes fundamentales de 1837, 1845 y 1869 eran españoles, según los respectivos artículos iniciales, las personas nacidas en los “dominios de España” (1837, 1845) o en “territorio español” (1869), los hijos de padre o madre españoles, los extranjeros que hubieran obtenido carta de naturaleza y los que, sin ella, hubieran ganado vecindad en cualquier pueblo “de la Monarquía” (1837, 1845) o “del territorio español” (1869). La Constitución de 1845 preveía expresamente una ley posterior para determinar los derechos de quienes llegaran a ser españoles por naturalización o vecindad. Mas, haciendo abstracción de esta singularidad, en lugar del inciso final de 1869 al que antes nos referíamos, las dos constituciones precedentes disponían la pérdida de “la calidad de español” por “adquirir naturaleza en país extranjero y por admitir empleo de otro Gobierno sin licencia del Rey”.

Es claro que las citadas normas constitucionales podían dar pie a consideraciones —políticas, normativas y doctrinales en su tiempo e historiográficas en el nuestro— sobre la atribución de derechos a los extranjeros.⁵ Pero la lectura de nuestro exaltado y combativo constitucionalista republicano no era una extravagancia: la persistente alusión constitucional a semejante causa de pérdida de la calidad de español se había venido leyendo, también antes de 1869 y por juristas cuya obra había alcanzado mucha mayor proyección, como indicativa de muerte civil. El *Febrero, o librería de jueces, abogados y escribanos* que a mediados de siglo circulaba bajo autoría de tratadistas de renombre como Florencio García Goyena, Joaquín Aguirre, Juan Manuel Montalbán y José Vicente y Caravantes, señalaba de forma tan concisa como inequívoca y con expresa cita del correspondiente precepto constitucional, que “se consideran

⁴ Para las citas, utilizo Rico, *Constituciones*, 1999.

⁵ Por ejemplo Serván Reyes, *Laboratorio*, 2005, pp. 40-41.

muertos civilmente [...] los que adquieren naturaleza en país extranjero, o admiten un empleo de su gobierno sin licencia del Rey”, esto es, los que dejaban de ser españoles.⁶

1.2. LOS MUERTOS CIVILES EN EL TRIENIO

¿A qué privación de derechos conducía o podía conducir la muerte civil? ¿Cuáles eran los que se venían considerando derechos de los españoles, aquéllos cuya pérdida les convertía en muertos vivientes? Mirando hacia el pasado desde la primavera de 1869, lo primero que cabía constatar era que a asunto tan constitucional pocas respuestas habían dado las constituciones. Las de 1837 y 1845 comenzaban con sendos títulos “De los españoles”, así rubricados, secamente, sin el añadido “y sus derechos” que ostentarían textos fundamentales posteriores. Y tan secos como los epígrafes eran los correspondientes articulados, dos escuetos conjuntos de once artículos, estrictamente paralelos, literalmente coincidentes en grandísima parte de su contenido (la mayor diferencia estribaba en la omisión de los jurados en 1845) y no muy expresivos en punto a derechos. Entre la inicial definición de españoles (art. 1, según sabemos) y el compromiso con la Iglesia y la religión católicas (art. 11), se intercalaban la imposición obligatoria de servicios militares y contributivos (art. 6) y la previsión de códigos uniformes (art. 4); reducido así el espacio reservado al señalamiento de derechos, no podían éstos mostrarse ni por extenso ni en detalle. El reconocimiento en todo caso abarcaba, normalmente con referencia expresa a su posterior condicionamiento legal, desde algunos de honda raigambre, como el de petición a las Cortes y al Rey (art. 3) y el de admisión a cargos públicos según mérito y capacidad (art. 5), a otros de más marcada contemporaneidad, pero, en términos generales, puede decirse que los derechos seguían contemplándose como manifestaciones diversas de la tríada clásica de libertad (específicamente la de prensa, art. 2), propiedad (art. 10) y seguridad (arts. 7 y 9, estableciéndose garantías contra actuaciones arbitrarias o abusivas por parte de los titulares de las potestades estatales), sin comprometer la del Estado (art. 8).

Poco hace a nuestro intento este conjunto de disposiciones: sin presentarse la relación de derechos como completa o abierta (¿eran sólo los que estaban?; ¿había más, tal vez no expresos?...), sin calificarse los reconocidos (¿se conside-

raban políticos, o quizá genéricamente civiles?; ¿no se había recibido o no importaba esta distinción?...), y sin que se prestase atención a la condición del titular (¿era categoría única la de español?; ¿cabía pensar en alguna otra por diferencias en la atribución al sujeto de uno o más derechos?...), no hay más remedio que ampliar la búsqueda a otros textos. Todavía podemos hacerlo entre las leyes fundamentales. Tan atenta la de 1845 al precedente de 1837, y presentándose ésta en su preámbulo como revisión de la anterior de 1812, es lógico suponer que la parquedad expresiva con la que hasta ahora nos hemos encontrado pueda compensarse acudiendo a la Constitución de Cádiz, punto de referencia obligado de nuestro primer constitucionalismo. No es descabellado esperar que en el momento originario estuviese, patente y a la vista, lo que luego pudiera quedar inadvertidamente oculto, asumido sin alusión expresa, como sucede con las convicciones básicas cuya modulación o alteración no se ha pretendido con posterioridad a su formulación primera.

Lo que en la Constitución de 1812 podemos encontrar se sabe bien, y por eso lo recordaremos con brevedad. Su título primero, “De la Nación española y de los españoles”, se dividía en dos capítulos: el inicial, “De la Nación española”, la definía como “reunión de todos los españoles de ambos hemisferios” (art. 1) y la obligaba “a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad, y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen” (art. 4); el segundo, “De los españoles”, los definía (art. 5: los hombres libres nacidos y avecinados en las Españas y sus hijos; los extranjeros mediante naturalización y vecindad prolongada; los libertos) y les señalaba obligaciones (amor de la patria, art. 6; fidelidad a la Constitución y obediencia a las leyes, art. 7; contribución a los gastos del Estado, art. 8; defensa de la patria, art. 9). En el título segundo, un capítulo “De los ciudadanos españoles” definía a éstos, a los ciudadanos, como españoles en quienes se cumplían determinadas condiciones, fundamentalmente la de traer su origen, “por ambas líneas [...] de los dominios españoles de ambos hemisferios” (art. 18); eran los ciudadanos los que participaban, mediante elecciones, en la formación de las Cortes, que eran “la reunión de todos los diputados que representan la Nación” (art. 27).

Es también poco, aunque significativo. A partir de esta pequeña serie de formulaciones sabemos que era abierta (“y los demás”) la relación de derechos (“la libertad civil, la propiedad...”); que se calificaban, o al menos así se hacía con alguno de ellos (libertad *civil*); que la de español no era categoría única de titularidad de derechos, pues ahí estaban también los ciudadanos, españoles que en

⁶ *Febrero*, 1852, t. 1, pp. 122-123.

su cualificado haber de sujetos contaban con el derecho de participar en los procesos electorales. Y podemos saber bastante más si, además de incluir algún que otro precepto en nuestro breve repaso, atendemos a otros colegas que nos acompañan en estas páginas y que han dirigido ya agudas miradas a este tan conocido conjunto de normas constitucionales: que la nación era cuerpo integrado por aquéllos en quienes se dieran ciertos requerimientos de estado natural o civil (sexo masculino, libertad, vecindad...), cuyos derechos eran los que la nación se comprometía a conservar y proteger;⁷ que esa corporación de españoles había concebido constituirse como nación católica⁸ y así lo había hecho (art. 12), integrándose dicho credo en el conjunto de requerimientos recién señalado; y que en el seno de esa nación incorporada se reconocían y ejercían potestades (la de hacer las leyes, art. 15; la de hacerlas ejecutar, art. 16; la de aplicarlas en las causas civiles y criminales, art. 17) que, incluso con su proclamada vinculación, no necesariamente excluyente, al gobierno nacional y con su atribución separada, no podían entenderse desligadas de su raíz jurisdiccional.⁹

Con todo, tampoco parece que encontremos aquí la base de los temores que se expresaran ante las carencias del proyecto constitucional de 1869. ¿Dónde quedaba la muerte civil? ¿Dónde la expresión de esos derechos de españoles cuyo elenco, apenas comenzado, se diluía en una remisión genérica? No hay respuesta directa en la Constitución, pero, aunque tengamos que salir de ella, no nos quedamos tampoco esta vez sin texto al que acudir. En 1821, durante el llamado Trienio Liberal y bajo la vigencia de la ley fundamental gaditana, una comisión de las Cortes proyectó un código civil que quedó incompleto. Que se frustrase no importa a nuestro propósito, pues nos interesan las concepciones que en él se manifestaron. Quienes lo redactaron pretendían mantenerse con toda rigidez dentro del marco constitucional. Así concibieron los comisionados el objeto de su tarea: “El *Código civil* no es otra cosa más que el desenvolvimiento de los artículos 4, 6, 7, 8, 9, 12, 15, 16 y 17 de la Constitución”.¹⁰ Son casi todos los que hemos destacado en los dos párrafos anteriores, y los que en efecto ordenaban la estructura de aquel intento de código. Se quiso que éste lo fuera “de los derechos y de las obligaciones”, y esta

determinación se reiteró tanto en los epígrafes de las dos partes en que se dividió su texto como en los de los libros, títulos y capítulos que las integraban.

Los redactores del proyecto se enfrentaron abiertamente a los problemas que nos ocupan. En el “Discurso preliminar” resolvieron de este modo la calificación de los derechos:¹¹

La ley crea los derechos e impone las obligaciones. Los derechos y las obligaciones que dimanen inmediatamente de la ley fundamental se llaman *políticos*, y se hallan marcados en la misma. [...] Hay otra clase de derechos que emanan de la ley fundamental para el bienestar individual de cuantos componen el estado mismo, y que podrán llamarse *civiles*. El artículo 4.º los enumera así: “libertad civil, propiedad y demás derechos legítimos”. La Comisión se consideró obligada a expresar en grande la índole, extensión y duración de estos derechos, para tener una base segura sobre la cual pudiese en las restantes partes del Código llevar a debido cumplimiento lo ofrecido en dicho artículo 4.º; a saber, “que se protegerían con leyes sabias y justas los derechos expresados”.

No sólo la libertad era civil, sino que también lo eran la propiedad “y demás derechos legítimos”, todos aquellos que el artículo 4 de la Constitución consideraba propios de los integrantes de la nación, de los españoles. El código prometía “expresar en grande” tales derechos. Y comenzaba a hacerlo en lugar destacado, en el artículo 34, primero del título primero (“De la naturaleza de los derechos y de las obligaciones”) del libro primero (“De los derechos y obligaciones de los españoles en general”) de la parte primera (“De los derechos y de las obligaciones individuales”):

Art. 34. La *libertad civil*, la *propiedad*, la *seguridad individual*, y la *igualdad legal* componen los principales derechos *legítimos* de los españoles.

Los derechos *políticos* de los españoles como ciudadanos se hallan determinados por la Constitución.

Salta a la vista hasta qué punto se quiso evidenciar, incluso con esa proliferación de cursivas, el entronque de este artículo con su precedente constitucional, enriqueciendo el artículo 4 de la ley fundamental gaditana. Es obvio

⁷ Clavero, “Cádiz”, 2000, pp. 88-108.

⁸ Portillo, *Revolución*, 2000.

⁹ Martínez, “Ley”, 2002, “Juzgar”, 2006; Clavero, *Orden*, 2007, pp. 124-132.

¹⁰ *Proyecto*, 1821, que es la edición que sigo. La definición, en el “Discurso preliminar”, p. 17. El texto del *Proyecto* es también accesible al lector en Lasso, *Crónica*, 1970, vol. II, pp. 7-71.

¹¹ *Proyecto*, 1821, pp. 17-18.

también que la partición en especies diversas de derechos que pretendía reflejar el artículo 34 debía ponerse en relación con las categorías, también diversas, de español y de ciudadano, cualificada la segunda respecto de la primera. Los derechos políticos eran los de los ciudadanos, y quedaban al margen del código por tener su terreno de regulación propio en la misma Constitución. Los derechos civiles, los de los españoles integrantes de la nación, eran los que incumbían al código.

El articulado del proyecto los iba enumerando y definiendo. La libertad (art. 40), derecho del individuo miembro de la nación tanto como condición necesaria para serlo, entendida como “propiedad personal” y comprensiva, entre otros, del derecho a la vida, a hacer lo no prohibido, a la manifestación del pensamiento...; la propiedad (art. 42), insistiéndose en la disposición libre de las cosas; la seguridad individual (art. 49), como protección de persona, honor y bienes; la igualdad legal (art. 51), cifrada en cuanto a las obligaciones en su cumplimiento, y reconocida en cuanto a derechos no en la titularidad, sino en la reclamación. Finalmente, el artículo que cerraba el capítulo cuya rúbrica era la cláusula de remisión general del artículo 4 de la Constitución (“De los demás derechos legítimos”, capítulo III del título I), redondeaba la enumeración, nunca exhaustiva:

Art. 52. Son en general derechos legítimos todos aquellos que dimanen de autorización de la ley; como el ejercicio de la potestad patria, de la tutela y otros semejantes; los que habilitan para ejercer cargos públicos, o para otros actos civiles, como testar, contratar, comparecer en juicio, adquirir o transmitir bajo las ampliaciones o modificaciones que prescribe la ley.

Los que se agrupaban en este artículo, más los que se contemplaban en los artículos 40 y siguientes, más otros no expresos, eran los derechos que podían perderse por muerte civil, que el proyecto efectivamente preveía como consecuencia posible de condena. En el mismo libro primero de la parte primera, el capítulo I (“De la pérdida de los derechos civiles por delito”) del título III (“De la pérdida, suspensión o preservación de los derechos”) comenzaba de este modo:

Art. 81. Los derechos civiles en general se pierden por la muerte *civil* desde que la sentencia causó ejecutoria, según el Código de procedimientos criminales [...].

Así, con la calificación en cursiva y con puntual remisión técnica a código distinto,¹² estaba previsto que reapareciera la muerte civil en el ordenamiento español contemporáneo. Además de su definición en el proyecto de Código civil, su régimen se completó en el Código penal de 1822, donde inevitablemente hubo de ser contemplada.¹³ Debió de pesar el precedente de una muerte civil castellana prácticamente desactivada desde el siglo anterior y aún presente en la Novísima Recopilación,¹⁴ pero el contexto en el que había de situarse la vetusta institución de origen romano había de darle nuevos perfiles.

Los tenía, y de la índole precisamente que podía preocupar, andando el siglo, a un comprometido republicano ante un proyecto constitucional de tenor equívoco. Pudiera o no volver a ocurrir en 1869, lo que sucedía en 1821 era que el Código civil del que se pretendía dotar la nación, esto es, una de las principales de entre aquellas “leyes sabias y justas” con las cuales debía proteger y conservar los derechos legítimos —no menos constitucionales por ser civiles— de los españoles, preveía su posible supresión, tan drástica que podía equipararse a la pérdida de la misma vida, y es que no renunciaron los redactores del proyecto a explicitar el modelo con respecto al cual se había ido construyendo históricamente la muerte civil: “La pérdida de los derechos civiles en el caso del artículo anterior produce los mismos efectos que la muerte natural para el traspaso de las cosas, cesación de la tutela o curaduría, disolución de la potestad patria y otros actos semejantes” (art. 82).

Sin embargo, tal vez también por el peso del señalado precedente castellano, que registraba una notable suavización del régimen jurídico de la muerte civil desde época tardomedieval, el artículo 81 preveía excepciones. Esto era lo que seguía al párrafo más arriba transcrito:

Art. 81. [...]

Se exceptúan los derechos individuales.

La ley declara derecho individual: 1º el de ser alimentado por el cónyuge, por los hijos o sucesores: 2º el de la propiedad del trabajo que permitan las horas y la naturaleza de la condena: 3º el de la libertad individual y consiguientes reclama-

¹² Sobre el coetáneo proyecto de Código procesal criminal, véase Lasso (con la colaboración de), *Crónica*, 1975, pp. 29-54.

¹³ *Código*, 1822. Puede consultarse también en Lasso, *Crónica*, vol. II, pp. 7-133. Interesan sobre todo los arts. 47, 50, 52 y 53.

¹⁴ Vallejo, “Vida”, 2004,

ciones que permita la naturaleza de la condena: 4.º el de la disposición de sus bienes anteriores por causa de muerte dentro del término que señala la ley: 5.º el de igual disposición de la propiedad que adquiriese según el caso 2.º de este artículo.

¿Qué eran, en términos que fuesen más allá de los meramente descriptivos, estos “derechos individuales”? Las categorías ya definidas de derechos civiles y derechos políticos parecían cubrir todo el espectro de derechos que podían reconocer y garantizar las normas constitucionales y legales. No es que no pudiese caber en un ordenamiento así definido la denominación “derecho individual”, sobre todo cuando tenía tal carácter, individual y no colectivo, la atribución de las dos especies de derechos establecidas. Lo que no cabía en modo alguno era un tercer género de derechos, habida cuenta del planteamiento al que respondía el proyecto de código en conexión con la misma Constitución. La redacción del artículo venía a mostrarlo, desde luego: los derechos individuales que aquí aparecían eran derechos civiles, un subconjunto de los mismos que podía exceptuarse de la regla general establecida en el primer párrafo.

Pero la calificación que se dio a tales derechos es reveladora. Tradicionalmente, en la sociedad corporativa preconstitucional, la muerte civil se había concebido como una institución que expulsaba al civilmente difunto del *corpus* al que perteneciese, operando así la amputación de un miembro del cuerpo social. El ser humano individual tenía consideración para el derecho no como individuo aislado, sino en la medida en que formase parte de los *corpora* que constituían y articulaban el universo social del Antiguo Régimen; ser excluido de ellos equivalía a dejar de ser o existir para el derecho, asimilándose tal situación a la muerte. En 1821, un cuerpo de nación integrado por españoles, titulares de derechos civiles, pretendió dotarse del instrumento institucional preciso para operar exclusiones similares mediante una privación de derechos civiles que significaba la de la condición de español, resultando de ello la radical individualidad del excluido.

Las consecuencias son dignas de ser destacadas: si esa radical individualidad recibía desde el derecho similar valoración a la que la misma muerte merecía, ¿era ésta entonces la consideración de quienes estaban al margen del cuerpo de nación no por haber sido expulsados de él, sino por no haber ni siquiera entrado? Recuérdense los condicionantes de estado requeridos para que alguien fuese considerado español (art. 5 de la Constitución de 1812, con su a estos efectos complementario art. 12) y viese así conservados y protegidos sus derechos legítimos. Los individuos que deambulaban por aquella España constitucional y

bihemisférica sin tales requerimientos de estado, ¿se equiparaban entonces a los muertos civiles? Era ésta la condición del esclavo, claro está, paradigma plurisecular del muerto civil; pero para ser español no sólo se precisaba ser libre.

Y aún más: si la radical individualidad, esto es, el disfrute de un insoslayable mínimo de derechos, equivalía a la muerte, ¿no hemos de deducir que el mundo de los vivos no era un mundo de seres radicalmente individuales? El muerto civil, en la codificación proyectada en el Trienio, no era quien carecía de derechos civiles, sino quien sólo los tenía individuales. Los párrafos segundo y tercero del artículo 81 antes transcrito, y también las previsiones del Código penal al que más arriba hicimos referencia, definían un nivel mínimo de reconocimiento jurídico que suponía para el muerto civil una dependencia de subsistencia (derecho de alimentos), un trabajo de cuyos frutos, a los mismos efectos, se apropiaba, y una libertad también mínima de movimientos; el muerto podía comenzar su muerte con un cierto patrimonio propio, y terminarla con disposiciones sucesorias. Perdida la patria potestad y la tutela, y el resto de derechos civiles, los derechos individuales eran los que correspondían al individuo del que no dependía nadie, al individuo en el más estricto sentido del término, a la unidad última del orden social.

La muerte civil es institución marginal que se sitúa en los límites del ordenamiento, atendiendo a situaciones extremas. Y por ello, paradójicamente, puede contribuir a definirlo con mayor precisión que instituciones más centrales. Al contemplar la configuración de la muerte civil en el seno de cualquier ordenamiento, estamos atendiendo, en sentido negativo, a lo que tal ordenamiento entiende relevante para considerar que alguien está jurídicamente vivo o, visto desde otro ángulo, a lo que se considera determinante desde el punto de vista jurídico para que alguien, por carecer de ello, pueda asimilarse a un muerto. En la contemporaneidad que observa la eclosión del sujeto individual, podríamos haber esperado que la institución de la muerte civil funcionase de otro modo. Si los derechos civiles eran aquellos cuya negación evocaba la idea de la muerte, habían de situarse en el nivel más básico de reconocimiento individual desde el punto de vista jurídico. Sin otros derechos, como los políticos o de ciudadanía, el individuo era persona civil, aun disminuida o con capacidades limitadas. Sin derechos civiles, el individuo nada había de ser para el derecho.

Y sin embargo sí lo era. ¿Por qué? Una posible solución al enigma es ésta: la persona civil no era individual. O más exactamente: no se concebía en los términos de estricta individualidad en los que, cuando nos asomamos a la historia constitucional, solemos considerarla.

2. HETERONOMÍA DEL INDIVIDUO

2.1. EL UNIVERSO DEL SUFRAGIO

La conclusión a la que acabamos de llegar nos obliga a cambiar de enfoque. Lo que hemos de buscar ahora no son los predicados, esto es, los derechos, sino el sujeto, esto es, el titular, pues se nos acaba de convertir en una incógnita que exige ser despejada. Y ya que nos ha resultado fecundo para identificar problemas, partamos de nuevo del *Examen* de Miguel Ayllón sobre el proyecto constitucional de 1869. Si la futura Constitución pretendía abordar la configuración del sujeto individual a través de una declaración de derechos sin precedentes en cuanto a extensión y profundidad, y este intento podía ser críticamente observado desde posiciones aún más comprometidas, la lectura del *Examen* promete.

Y cumple. Razonando lo alejado que se encontraba el proyecto de la predicada ilegislabilidad de los derechos,¹⁵ se fijaba nuestro autor en su artículo 16, el que pretendidamente iba a consagrar el sufragio universal masculino, y lo reproducía intercalando en cursivas lo que, a su juicio, resultaba imprescindible para comprender el real alcance de la disposición. El artículo, intencionadamente manipulado, quedaba de este modo: “Ningún español que se halle en el pleno goce de sus derechos civiles, *los cuales se regulan por leyes especiales*, podrá ser privado del derecho *que, según la ley electoral, pueda tener* de votar en las elecciones de Senadores, Diputados a Cortes, Diputados provinciales y Concejales”.

Sin las cursivas estaba en el proyecto, y tal cual, sin las cursivas, quedó en el texto definitivo de la Constitución. Examinando las leyes posteriores podemos comprobar hasta qué punto resultaba acertado el pronóstico del crítico jurista al que seguimos, no tanto porque tales leyes restringiesen, sino más bien porque revelaban los presupuestos desde los que habían de ser leídos los preceptos constitucionales.¹⁶

Se elaboró y promulgó una ley electoral en 1870, cuyo artículo primero rezaba de este modo: “Son electores todos los españoles que se hallen en el

pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo a la legislación de Castilla”.

Habida cuenta de la indeterminación constitucional de la mayoría de edad, que Miguel Ayllón también había criticado, según ya sabemos, no ha de extrañar esta remisión a la legislación histórica. Se había frustrado en 1869 un nuevo proyecto de Código civil que pretendía introducir la mayoría de edad a los 21 años, así que era necesario todavía cumplir los 25 para llegar a la mayoría. Mas las vicisitudes propias del agitado Sexenio Revolucionario llevaron a que se hiciesen efectivas muy pronto las previsiones tanto de la ley electoral como del código intentado. Hubo que proceder a la convocatoria de Cortes constituyentes en 1873, y la ley a través de la cual se hizo fijó para el sufragio la mayoría de edad en los 21 años. Así decía su artículo 3º: “Las elecciones se verificarán con arreglo a las leyes vigentes; debiendo considerarse para los efectos de esta ley como mayores de edad a todos los españoles de más de 21 años [...]”.

Ya no había necesidad de atender a “la legislación de Castilla”. A la luz de esta disposición, el artículo primero de la ley electoral de 1870, antes reproducido, habría de leerse en 1873 como sigue: “Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de edad con arreglo a la ley de 11 de marzo de 1873 de convocatoria de Cortes constituyentes”.

O más concisamente: “Son electores todos los españoles que se hallen en el pleno goce de sus derechos civiles, y los hijos de estos que sean mayores de 21 años”.

Con esta formulación, lo que se evidencia es que el español que se hallaba en el pleno goce de sus derechos civiles no era, sin más, el mayor de edad, sino el padre de familia. Para que un derecho que se había definido como personal o individual en la Constitución no fuese entendido como de titularidad y ejercicio paterno, la ley tenía que decirlo expresamente. Lo hacía sin desbaratar la atribución originaria, sino reafirmando, pues no dejaba de evidenciarse que los mayores de 21 años, aunque pudiesen votar en las elecciones, no se hallaban en el pleno goce de sus derechos civiles por haber llegado a tal edad. Y eso es algo que no estaba sólo en estas leyes, sino que había de encontrarse ya en la propia Constitución. Más allá de que las leyes, para los más críticos coetáneos, deformasen, desfigurasen o limitasen los derechos constitucionalmente reconocidos, lo que desde luego hacen es transparentar a nuestros ojos el modo en el que se concebía su titularidad, sacando a la luz al sujeto al que se atribuían.

¹⁵ Ayllón, *Examen*, 1869, pp. 25-40.

¹⁶ Salvo indicación específica, las leyes que se irán citando pueden consultarse en distintas sedes: *Constitución*, 1870 y 1873; *Colección*, 1870, tt. CIII y CIV; *Boletín*, núm. 42, 1873.

Si lo era el padre de familia, esto es, si la posición de titular pleno de derechos civiles dependía de la de ser cabeza del cuerpo familiar, he aquí ya perdida la individualidad de la persona civil. No es que no fuesen individuos los padres de familia, pero otros individuos había, mujer e hijos, bajo su dependencia, no reconocidos plenamente fuera del ámbito doméstico, obligados a asumir la mediación del cabeza de familia para las relaciones que trascendieran del estrecho círculo en el que estaban incorporados.

2.2. MATRIMONIO CIVIL Y DISENSO PATERNO

No se trata de conclusiones ligeras basadas en el examen apresurado de unas pocas normas. La comprobación puede seguir haciéndose si se mira a las más significativas para la materia familiar en la que vamos entrando, las leyes matrimoniales. Las hubo, y trascendentes, en este periodo de constitucionalidad madura en la historia decimonónica en el que nos hemos situado. Si el matrimonio era vía de acceso a la condición de padre de familia, estado al que se asociaba el pleno goce de los derechos civiles, su regulación nos importa.

Empecemos considerando la ley de matrimonio civil de 1870. Resulta para nosotros doblemente relevante: lo es por su objeto y lo es también porque había venido a terminar con la carencia de efecto emancipatorio de la mayoría de edad, ya por entonces reconocida como anómala. Era uno de los logros de la ley, del que podían enorgullecerse quienes la redactaron.¹⁷ Su artículo 64 determinaba que había de reputarse “emancipado de derecho, el hijo legítimo desde que hubiere entrado en la mayoría de edad”. ¿Significaba esta emancipación la asunción radical de la posición del hijo como persona civil, con el goce pleno de los derechos susceptibles de tal calificación? Puesto que más arriba ya veíamos que en 1873 las convicciones que seguían conformando el ordenamiento eran otras, podemos adelantar que no, pero el carácter tan terminante de la declaración del artículo 64 recién transcrito nos obliga a un más detallado examen.

Veamos. La ley de 1870 establecía, en el párrafo 3º de su artículo 5 (Capítulo II, Sección I a., “De las circunstancias de aptitud necesarias para contraer matrimonio”), que “no podrán contraer matrimonio [...] los hijos de familia y los menores de edad que no hayan obtenido la licencia o solicitado el consejo

de los llamados a prestarlos, en los casos determinados por la ley”. Se trataba de un impedimento que podía como tal ser denunciado, aunque, a diferencia de otros, la legitimación activa para hacerlo estaba claramente limitada: “No será admisible, sin embargo, la [denuncia] que se refiere al impedimento expresado en el núm. 3º del art. 5º, si no fuere hecha por la persona llamada por la ley a dar la licencia o el consejo para el matrimonio intentado” (art. 21). Pero, en cualquier caso, la prohibición habría de surtir efectos por la imposibilidad de autorizar al juez la celebración del matrimonio sin que fueren entregados en la secretaría del Juzgado “los documentos que demuestren haber obtenido la licencia o solicitado el consejo, conforme a la ley, cuando se trate de matrimonios de hijos de familia y de menores de edad” (art. 31.4), incurriendo el funcionario judicial, de hacerlo, en la responsabilidad determinada en el artículo 493 del Código penal de 1870; el decreto de 16 de agosto del mismo año, dictando determinadas providencias para la entrada en vigor de la ley de matrimonio civil, obligaba directamente al juez a examinar “los documentos a que se refiere el art. 31 de la ley para cerciorarse de su validez y autenticidad”; por último, una circular de 26 de agosto de la Dirección General de Registros dando instrucciones a los jueces para la aplicación de nueva legislación, señalaba el momento procesal oportuno para la presentación de tales documentos, previendo además una posibilidad más ágil: “Cuando los que deban prestar consentimiento o dar consejo a los contrayentes o a alguno de ellos, manifestaren que se proponen otorgárselo en el acto de la celebración del matrimonio, se expresará así en la diligencia, firmándola los manifestantes [...], y no se les exigirán los documentos expresados en el núm. 4º del art. 31 de la ley”; finalmente, la misma circular indicaba que “se expresará en el acta el consentimiento o la solicitud del consejo que la ley de 20 de Junio de 1862 exige para contraer matrimonio a los hijos de familia y a los menores de edad”.

No puede resultar más claro el hecho de que la ley de 1870 ordenaba su regulación sobre la base de la citada de 1862; si en el articulado de aquella las referencias a “la ley” podían no ser inequívocas, las disposiciones de desarrollo eran explícitas, y a la coetánea y más inmediata doctrina no le cabían dudas.¹⁸ El dato es relevante porque hace imposible una interpretación común de la normativa transcrita en el párrafo anterior. En ella, las expresiones “hijos de

¹⁷ Roldán, *Ley*, 1980, p. 256.

¹⁸ Por ejemplo, Paso y Delgado, *Novísimo*, 1870, p. 175.

familia” y “menores de edad” no son equivalentes, como tampoco son sinónimos “consejo” y “consentimiento”. Leídas las disposiciones de 1870, como se debe, a la luz de las de 1862, los “menores de edad” son los que necesitan “consentimiento” paterno para contraer matrimonio, y los “hijos de familia” son los mayores de edad obligados a pesar de ello a solicitar “consejo” paterno para casarse.

La ley de 20 de junio de 1862, llamada de disenso paterno, había servido para terminar desde esa fecha con lo que se venía considerando una inadmisibile intromisión del poder público en el ámbito de la casa, campo propio y que se pretendía exclusivo del poder paterno. El régimen vigente hasta entonces, que arrancaba de una bien conocida pragmática de Carlos III de 1776, que fue modificado por otra de Carlos IV de 1803 (Novísima Recopilación 10, 2, leyes 9 y 18, respectivamente), y que se fue perfilando en disposiciones posteriores, obligaba a los hijos menores a obtener licencia o consentimiento paterno (o de otros ascendientes o guardadores, en un orden de llamamientos que no es necesario ahora detallar) para su pretendido matrimonio, sometiendo a los contraventores a sanciones diversas, civiles y penales. No era eso, por supuesto, lo que se pretendió cambiar en 1862, pues enaltecía los poderes del padre de familia. El régimen de 1803 se objetaba por haber eliminado el requisito, previsto en la ley anterior para los hijos mayores de edad, de solicitar el consejo paterno, y, sobre todo, por haber mantenido los recursos llamados de irracional disenso, ya instaurados en 1776.

En origen, estos recursos habían sido establecidos como un intento de dotar a los hijos de las armas suficientes para evitar forzados matrimonios desiguales y satisfacer sus pretensiones de matrimonio justo e igual, cuando hubieran de sostenerlas en contra de la voluntad paterna. Su conocimiento y resolución se atribuyó a las Audiencias, pero no en veste de tribunales ejercientes de jurisdicción, sino como órganos actuantes del paterno o “económico” poder regio. Un no muy convencido intento de abrogar esta normativa carolina, eliminando con ella los recursos, no había llegado a buen puerto en los primeros tiempos constitucionales, los de vigencia de la Constitución de 1812; pero al menos se cambió su atribución, pues siguiendo principios enunciados en el mismo texto constitucional (arts. 17, 242, 245) y reiterados en la normativa inmediatamente posterior (Reglamento de Audiencias y Juzgados de primera instancia, aprobado por Decreto de 9 de octubre de 1812), las Audiencias habían de ceñirse a asuntos de justicia; los recursos se

residenciaron entonces en sede gubernativa, todavía expresamente concebida como “paternal”, recayendo en el ámbito de competencias propio de los jefes políticos (Decretos de 14 de abril y 23 de junio de 1813),¹⁹ y quedando luego (a través de la Instrucción para el gobierno económico-político de las provincias de 3 de febrero de 1823, restablecida “en su fuerza y vigor” por ley de 15 de octubre de 1836, de la Ley para el gobierno de las provincias de 2 de abril de 1845, y del Real Decreto de 28 de diciembre de 1849 creando una sola autoridad superior civil en cada provincia)²⁰ en manos de los gobernadores civiles.

Tal y como se venían resolviendo en las décadas centrales del ochocientos, los recursos eran un arma eficaz en manos de los menores para eludir la oposición paterna al matrimonio. Se incoaban mediante simple solicitud, dirigida por el hijo o hija contrariados por el injusto o “irracional disenso” de sus padres, al gobernador de la provincia, quien en una rápida tramitación por vía de expediente, limitada por lo común a la petición de informes al alcalde y al párroco correspondientes, decidía en la inmensa mayoría de los casos a favor de los hijos, supliendo el consentimiento paterno requerido. Olvidada ya la naturaleza paternal de la atribución gubernativa, hasta el punto de encontrarse prácticamente desterrada del discurso político, doctrinal y normativo, el instrumento que Carlos III había puesto en manos de los hijos que anhelaban un matrimonio igual, justo y racional, había llegado a convertirse, a ojos de la sociedad burguesa que sesenta, setenta u ochenta años después sufría las consecuencias, en una injustificable habilitación a las autoridades públicas dependientes del poder del Estado, facultándolas para impugnar una decisión paterna que había de entenderse soberana.

Por si fuera poco, las autoridades civiles (los jueces o los alcaldes, pues la competencia fluctuó entre ambos) podían también proceder, a petición del recurrente y como trámite ligado a interposición del mismo recurso, al depósito de la hija desobediente, poniéndola bajo custodia hasta que recayese resolución, se celebrase el matrimonio o desistiese de su intento. En realidad también al hijo varón se le podía depositar, pero ya que estas diligencias se concibieron con el fin de proteger a la parte más débil de la posible coacción que pudiera recibir del padre, solía hacerse referencia a la hija. Era ésta, además, la que, en el ima-

¹⁹ Los Decretos que se van citando, en *Colección*, 1987 [1813], 2 vols.

²⁰ Son normas que pueden consultarse en Fernández, *Legislación*, 1977.

ginario del burgués acomodado, mayor peligro de seducción corría por parte de cualquier desaprensivo cazador de fortunas, a cuyo servicio, con este complejo de recursos de irracional disenso y depósitos, se había rendido el ordenamiento desapoderando y desautorizando a los padres de familia. Claudio Moyano y Samaniego, impulsor en las Cortes del cambio en la legislación, argumentaba en sus intervenciones parlamentarias con toda la expresividad de que era capaz:

Una señorita, una niña de la edad de 12 años, y por eso me hice cargo antes de esa cuestión, por ser rica, que a las ricas es a las que suele suceder estas cosas, por ser rica es pretendida por un hombre entendido, por un hombre de esos que pudiéramos llamar en el lenguaje de hoy, listo, hábil, la deslumbra, pide su mano, se la niega su padre, su padre, señores, tan interesado en su suerte, en su felicidad, que tiene tantas razones para no dejarla casar con ese individuo, y se ve sin embargo sorprendido con que su hija, sin saberlo él, sin haberlo sentido siquiera, porque a su hija le han dado un memorialito con la firma en blanco, y hasta rayando el sitio donde ha de poner la firma; ese individuo recoge el pliego de papel sellado con la firma, va a la autoridad, pide el depósito, y el padre, repito, se encuentra con esta novedad. Una noche, que frecuentemente estas cosas se suelen hacer por la noche; una noche, digo, el padre y la madre están con sus hijos en la mayor tranquilidad, dedicados tal vez a prácticas religiosas; llaman en su casa y es la autoridad que viene, ¿a qué? A arrancar a los padres su hija, porque un Fulano de Tal, precisamente el individuo con quien no quiere el padre casarla por las doscientas mil razones que puede tener un padre, y de que después también me haré cargo, ha presentado un memorial a la autoridad, memorial de la clase que he dicho, pidiendo el depósito de la hija, y la lleva depositada.

Desde el punto de vista en el que se situaba Moyano, y con el pie forzado de un ordenamiento canónico que fijaba tan bajas las edades mínimas para contraer matrimonio válido y que desde Trento venía anatemizando a quienes defendiesen la nulidad de los contraídos por menores sin consentimiento paterno, la situación podía resultar realmente grave. La preocupación del prócer, que puede decirse estaba en general sintonía con la de la clase a la que las Cortes en términos reales representaban, le llevó a presentar una proposición de ley que, tras una discusión seguida con interés por la opinión pública y que evidenció más coincidencias de fondo que diferencias o reservas, fue aprobada en ambas cámaras, sancionada por Isabel II el 18 de junio de 1862 y promul-

gada dos días después.²¹ Su contenido puede resumirse en pocas palabras, pero su trascendencia en el orden de cuestiones que aquí abordamos resultó considerable.

En virtud de esta ley, el consentimiento paterno era necesario para el matrimonio de los hijos menores de 23 años y las hijas menores de veinte (art. 1), sin que el llamado a prestarlo estuviera obligado a expresar las razones en que se fundara para rehusarlo, y sin que hubiera posibilidad alguna de recurso contra su decisión (art. 14); los mayores quedaban obligados a solicitar el consejo, cuya negativa tenía efectos suspensivos sobre el matrimonio pretendido (art. 15); naturalmente no se hacía cuestión de la validez sacramental de los matrimonios contraídos al margen de lo dispuesto en la ley, cuyos contraventores, sin embargo, quedaban sujetos a las sanciones fijadas en el Código penal. Se discutió en el Congreso por extenso si el hijo desobediente incurría por ello en causa justa de desheredación; así lo propuso el promotor de la ley, pero finalmente la medida no llegó a aprobarse.

La posición paterna quedaba a partir de 1862 tan reforzada que realmente la ley consagraba el señorío doméstico del padre de familia, quien podía controlar de manera efectiva el acceso a tal condición por parte de aquellos que, hasta su matrimonio, continuarían siendo hijos de familia. No se consideraba en la ley exclusión alguna a las obligaciones de consentimiento y consejo por vía de emancipación, haciéndose notar la dependencia familiar en tanto viviesen los llamados a otorgar licencia o a dar consejo. La significación, a este respecto, del matrimonio, la concepción de la familia y el poder del padre en su seno, podían expresarse con meridiana claridad:

El varón, si fuese hijo de familia, *ipso jure* se emancipa [por el matrimonio] de la autoridad paterna, y, adquiriéndola a su vez, viene a formar una familia separada e independiente de aquélla a que antes pertenecía. Con esa potestad de que se liberta, y de que el matrimonio le reviste, se convierte en legislador, tutor, juez y señor de una nueva sociedad, de un pequeño Estado, digámoslo así, en que se ven representadas, si bien en proporciones diminutas, todas las prerrogativas y todos los atributos del poder social, de que el paterno, dada la existencia de la sociedad, es una derivación y modificación. Constituido en padre de familia, el marido dicta, como legislador doméstico, la regla que ha de seguirse en el gobierno interior

²¹ *Gaceta de Madrid*, 24 de junio de 1862. También en *Colección*, 1862, pp. 741-743.

de su grey: contrae como tutor de los seres a él confiados el deber de la alimentación, protección y educación: premia y castiga, como juez, las acciones meritorias o punibles que sus subordinados cometen, aplicando las correcciones que a su alcance coloca la ley, para hacer respetable su autoridad: y se aprovecha, como señor, de las adquisiciones que su esposa e hijos hicieren constante el vínculo matrimonial.²²

No puede haber más convencida descripción de la corporación familiar, de una familia efectivamente incorporada, hecha cuerpo bajo la cabeza paterna, representada por el padre hacia el exterior y gobernada por él en su interior, terreno doméstico en el que se desenvuelven quienes forman parte de ella bajo el poder paternal. No se trataba de un lenguaje marginal ni meramente anticuado, ni de planteamientos aislados. De las convicciones a las que respondía la ley de 1862 quedaron patentes y repetidas muestras en el discurso coetáneo, despuntando una y otra vez la equiparación de las potestades paternas a las públicas, asimilándolas así a las estatales, y presentándolas como ejercidas en su ámbito corporativo por quien era su cabeza, persona plenamente civil que ejercitaba derechos de titularidad propia y servía de centro de referencia para los reconocidos a sus individuales dependientes: “En el seno propio de la familia existe en primer lugar un Magistrado, que es el padre, al cual corresponde gobernar y dirigir esa pequeña sociedad, puesto que tiene que proveer a su subsistencia”.²³

Cuando estos planteamientos se hicieron ley, el magistrado que gobernaba esa pequeña sociedad quedaba apoderado para tomar decisiones que iban más allá de los deberes de protección, que no respondían sin más a razones de suplencia de un entendimiento imperfecto o no bien formado, y que eran incluso difícilmente justificables a través del concepto de patria potestad, como se puede constatar examinando la literatura jurídica de aquellos años. Para el hijo de familia mayor de edad, el trámite del consejo establecido en la ley podía no traducirse sin más en el relativo retraso de sus propósitos matrimoniales. Su cumplimiento había de ser acreditado por el llamado a prestarlo, lo que llevó, en casos, a abusivas prácticas dilatorias. El posible conflicto entre padres e hijos a propósito del consejo convenció a algunos tratadistas de la necesidad de

²² Ayllón, *Examen*, 1862, p. 5.

²³ Santarén, “Observaciones”, p. 168.

estimar operante como medida de amparo el trámite del depósito, ya en rigor sin objeto desde la entrada en vigor de la ley por depender de los suprimidos recursos de irracional disenso.²⁴ No hay más gráfica expresión del cambio que supuso el régimen de 1862 que la que puede encontrarse a veces buscando en los archivos de protocolos: el 23 de febrero de 1865, mediante escritura notarial, don Angel María Dacarrete y Hernández obtuvo de su padre el consejo requerido para casarse con doña Valentina Álvarez y Unzueta, en la que “concurren las circunstancias de igualdad y demás apreciables”, según estimaba quien iba a ser su suegro; el cumplidor hijo de familia y futuro contrayente tenía 37 años de edad y era gobernador civil de la provincia de Valladolid, donde, sólo tres años antes, podía haber estado supliendo el consentimiento paterno de hijos menores recurrentes por irracional disenso contra sus padres.²⁵

La ley de disenso paterno de 1862 atravesó, llevando consigo sus concepciones de fondo, las décadas posteriores hasta diluirse a fines de siglo en el Código civil que acogió, modificándolas, algunas de sus líneas básicas; no en vano nuestra ley había sido en su momento concebida como un urgente adelanto de un Código proyectado que llevaba ya tiempo en vía muerta y cuya terminación no se preveía cercana.

Desplegó, intacta, sus efectos desde 1862 hasta 1889, incluso después de la Revolución Gloriosa, incluso bajo el régimen de la esperanzadora Constitución de 1869, incluso modulando la ley de matrimonio civil de 1870..., e incluso con la aquiescencia de quienes, enarbolando la bandera de la revolución y de los derechos ilegislables, tacharon de reaccionario el orden constitucional del Sexenio: Miguel Ayllón Altolaquirre, el agudo y crítico constitucionalista con cuyos planteamientos abrimos estas páginas, fue apologista convencido de la ley de disenso paterno, elogió un ensayo que acerca de la materia escribió su hermano Emilio, también jurista —uno de cuyos pasajes acabamos de citar en estas páginas—, y sobre su base compuso una obra teatral, titulada *Un error social*, donde se mostraban, con el patetismo propio del género, los trágicos efectos de la normativa anterior a 1862.²⁶

²⁴ Vicente y Caravantes, *Tratado*, 1858 (pero 1863), pp. 364-365 y 376-379; Paso y Delgado, *Novísimo*, 1870, pp. 173-176.

²⁵ Archivo Histórico Provincial de Cádiz, Notaría de Narciso M. Lozano, Protocolos Cádiz, pr. 5619, f. 99-100, núm. 39.

²⁶ Ayllón, *Error*, 1861.

3. COLOFÓN

Muertos civiles naturalmente vivos, personas civiles que no son radicalmente individuales, individuos carentes de personalidad plena y que necesitan, heterónomamente, la mediación de otros, son algunas de las paradójicas especies en las que se descompone el sujeto al que contempla el constitucionalismo decimonónico. No son claramente distinguibles, por lo general, cuando se mira a los textos de las leyes fundamentales en los que sólo se advierte su común y arrojada sombra individual. Normas menores, en vigor o en proyecto, y el discurso político, doctrinal o literario surgido en torno a ellas, se manifiestan no pocas veces como mejores vías de acceso para la comprensión de aspectos básicos de una sustancia constitucional no vulnerada, sino simplemente desvelada, por estas aparentes anomalías.

ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

Integro en estas páginas algunos de los resultados de investigaciones realizadas desde hace años, algunas publicadas y otras aún en curso de elaboración, cuya estrecha relación sólo en ocasiones como ésta puede hacerse evidente. En la primera parte del presente capítulo, el estudio de la vida y de la obra de Miguel Ayllón Altolaguirre (VALLEJO, en prensa) dio el argumento de arranque para la reconsideración del sujeto de derechos a la luz de los planteamientos de la primera codificación liberal (VALLEJO, 2007a); para la cabal valoración del proyecto de código civil de 1821 constituyen imprescindible entrada los pioneros trabajos de un renombrado especialista (PESET REIG, 1972 y 1975) que pueden ahora leerse desde la perspectiva de más recientes acercamientos (MORA CAÑADA, 2005). En la segunda parte se ponen en conexión algunas de las constataciones hechas en un añejo trabajo sobre la concepción de los derechos individuales en la Primera República española (VALLEJO, 1997), que tocaban ya a la posición del hijo de familia y a la determinación del sujeto con el condicionamiento de la ley de disenso paterno de 1862, con algunos de los planteamientos de una más amplia monografía en curso de elaboración sobre dicha ley, que aquí adelanto. Al señalado condicionamiento se ha acercado también SERVÁN REYES (2005) desde la perspectiva constitucional de 1869. Es asunto sobre el que, en términos generales, ayudan a la reflexión las investigaciones de

Marco CAVINA (1995 y 2007), y sobre cuya dimensión española han venido aportando datos CRESPO DE MIGUEL (1992) y LAÍNA GALLEGO (1992), sin que pueda pasarse por alto, en atención a su objeto, la obra de ROLDÁN VERDEJO (1980).

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Ayllón Altolaguirre, Emilio, *Examen histórico crítico filosófico de la doctrina del consentimiento paterno para la celebración del matrimonio. Lecciones pronunciadas en el Ateneo de Cádiz en el curso académico de 1860 a 1861*, Cádiz, Imprenta de la Revista Médica, 1862.
- Ayllón Altolaguirre, Miguel, *Un error social. Drama en dos actos y en prosa, escrito expresamente para la Academia de declamación del Ateneo de Cádiz, por el Presidente general del mismo D. Miguel Ayllón y Altolaguirre. Estrenado por dicha Academia en la noche del 21 de julio de 1861*, Cádiz, Imprenta de la Revista Médica, Federico Joly y Velasco editor, 1861.
- , *Examen del funesto proyecto de Constitución sometido a la deliberación de las Cortes. Colección de artículos publicados por M. Ayllón Altolaguirre, en abril de 1869*, Zaragoza, Establecimiento Tipográfico de Calisto Ariño, 1869.
- Boletín de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 42, 1873.
- Clavero, Bartolomé, *Razón de Estado, razón de Individuo, razón de Historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- , “Cádiz como Constitución”, en AA.VV., *Constitución política de la Monarquía española. Estudios*, Sevilla, Fundación El Monte — Universidad de Cádiz — Ayuntamiento de Cádiz — Casino Gaditano, 2000.
- , *El Orden de los Poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Madrid, Trotta, 2007.
- Código Penal Español, decretado por las Cortes en 8 de junio, sancionado por el rey, y mandado promulgar en 9 de julio de 1822*, Madrid, en la Imprenta Nacional, año de 1822.
- Colección de Decretos y Órdenes de las Cortes de Cádiz*, Madrid, Cortes Generales, 1987 (edición facsimilar de la de Cádiz, Imprenta Nacional, 1813), 2 vols.
- Colección Legislativa de España, primer semestre de 1862*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y Justicia.
- Colección Legislativa de España*, Madrid, Imprenta del Ministerio de Gracia y

- Justicia (primer y segundo semestres de 1870), 1870, tt. CIII, CIV.
Constitución y Leyes orgánico-administrativas de España, Madrid (edición oficial), Imprenta Nacional, 1870; y 3a. ed., 1873.
- Febrero, o *Librería de jueces, abogados y escribanos, comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig editores, 1852, t. I.
- Fernández Rodríguez, Tomás Ramón y Juan Alfonso Santamaría Pastor, *Legislación administrativa española en el siglo XIX*, Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1977.
- Lasso Gaité, Juan Francisco, *Crónica de la Codificación Española, 4: Codificación Civil (Génesis e historia del Código)*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1970, vol. II.
- , *Crónica de la Codificación Española, 5. Codificación penal*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, s. a., vol. II.
- , *Crónica de la Codificación Española, 3. Procedimiento penal*, Madrid, Ministerio de Justicia-Comisión General de Codificación, 1975.
- Martínez Pérez, Fernando, “*Ley expresa, clara y terminante. Orden normativo y paradigma jurisdiccional en el primer constitucionalismo español*”, en *Historia Constitucional. Revista electrónica*, núm. 3, 2002 <<http://hc.rediris.es/tres/indice.html>>.
- , “*Juzgar sin ser juzgado. El constitucionalismo gaditano como constitucionalismo jurisdiccional*”, en Manuel Chust (coord.), *Doceañismos, constituciones e independencias. La Constitución de 1812 y América*, Madrid, Fundación Mapfre, 2006, pp. 79-97.
- Paso y Delgado, Nicolás de, *Novísimo manual de práctica forense, arreglado a la vigente legislación de procedimientos, o sea Formulario completo y razonado de los escritos que se pueden presentar, tanto en los juicios civiles como en los criminales, en todos los tribunales y juzgados, instancias y recursos*, Granada, Imprenta de Don Paulino Ventura y Sabatel, 1870.
- Portillo Valdés, José María, *Revolución de nación. Orígenes de la cultura constitucional en España, 1780-1812*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Bolletín Oficial del Estado, 2000.
- Proyecto de Código Civil que presenta la Comisión Especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820. Impreso de orden de las mismas. En la Imprenta Nacional. Año de 1821.*
- Rico Linage, Raquel (ed.), *Constituciones históricas. Ediciones oficiales*, Sevilla, Universidad, 3a. ed., 1999.
- Roldán Verdejo, Roberto, *La Ley de Matrimonio Civil de 1870. Historia de una ley olvidada*, Granada, Universidad, Instituto de Historia del Derecho (Opera Iuridica ad Iurisprudentiam Expectantia-Series Maior IV. Prólogo de José Manuel Pérez-Prendes), 1980.
- Santarén, Norberto, “*Observaciones sobre la inteligencia y aplicación de la ley de disenso paterno, respecto a los matrimonios de los menores de edad*”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 26, 1865, pp. 163-200, 355-381, 417-450 y 522-540; edición exenta, Madrid, Imprenta de la Revista de Legislación, 1866.
- Serván Reyes, Carmen, *Laboratorio constitucional en España: el individuo y el ordenamiento, 1868-1873*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.
- Vallejo, Jesús, “*Orden, libertad, justicia. Figuración constitucional republicana (1873)*”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 67 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Francisco Tomás y Valiente), 1997, pp. 821-845.
- , “*Vida castellana de la muerte civil. En torno a la ley cuarta de Toro*”, en *Historia. Instituciones. Documentos*, núm. 31 (Homenaje al Pfr. Dr. D. Manuel González Jiménez), 2004, pp. 671-685.
- Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento; con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta y Librería de Gaspar y Roig, 1858, vol. IV.

Siglas

AHPC, Archivo Histórico Provincial de Cádiz.