

# *Avatares del Código Civil en el último tercio del siglo. Historia de la propia descodificación*

José E. CASTAÑEDA MUÑOZ

*Profesor titular EU de Derecho Civil de la EUEE de la UCM*

## **RESUMEN**

En este trabajo el autor pone de manifiesto la principal problemática que afecta al Código Civil en este fin de siglo, y que intenta romper su unidad y su sistema.

El primer problema a plantear es el que produce la promulgación de una Constitución, la del 78, que responde a unos principios distintos a los del Código, con su consiguiente adaptación, que podría hacerse a través de la reforma del Código o a través de leyes especiales. Primera forma de ruptura de la unidad del Código. Esta misma situación ya se planteó con la Constitución de 1931, aunque las soluciones adoptadas fueran distintas. En cualquier caso, no podemos ignorar el valor constitucional, de constitución material, que tiene el Código en su Título preliminar, así como el hecho de ser integrador y garante de los derechos de los ciudadanos, aun antes de la Constitución de 1978.

La segunda cuestión importante a destacar se refiere a la comprobación de la existencia del fenómeno descodificador apreciado en Italia. Tras un análisis de los antecedentes patrios se puede afirmar que este fenómeno no es nuevo en España y que no ha sido extraño el panorama jurídico civil de la España de la edad moderna, en el que el propio Código vigente supone una solución de compromiso con la existencia del Derecho Foral y su propia idiosincrasia. Por último se señalan los nuevos caminos de desarrollo por los que pueda ir el Derecho Civil y su Código común, tras la publicación de la Constitución vigente.

## 1. INTRODUCCIÓN: ¿MOMENTO DE CRISIS DEL CÓDIGO?

Una vez cerrada la época codificadora, se abre un período de tranquilidad doctrinal en la asendereada historia del Derecho Civil. Ello quiere decir que la doctrina no se plantea cuestiones esenciales sobre el concepto y materias que conforman el Derecho Civil, ya que se encuentra el mismo centrado en el Código. Valdría, a este respecto, recordar el dicho de BUGNET: «No enseñe Derecho Civil, sólo conozco el Código de Napoleón».

Sin embargo, hay que señalar cómo, en este período de tranquilidad, el ideal codificador está vivo, resolviendo problemas de unidad de fuentes y dando una seguridad jurídica a las relaciones entre particulares en el campo civil, que es el de nuestro interés<sup>1</sup>.

Muestra de esta vitalidad, y a pesar de que se pueda pensar que el fenómeno codificador está cerrado, son tres nuevos códigos civiles, ya de este siglo, a los que Díez Pícazo denomina Códigos de segunda generación<sup>2</sup>. Son los casos del Código Civil holandés, que entró en vigor en dos momentos distintos, los dos primeros libros en 1976 y los tres siguientes en 1992; el Código Civil portugués de 1967 y el Código Civil italiano de 1942. Llamo la atención sobre el hecho de que este Código sea anterior en seis años a la Constitución de 1948, actualmente en vigor, ya que aquí se encuentra el germen de la descodificación o la existencia del polisistema *versus* el monosistema, al intentar adaptar los principios codificados a los principios constitucionalizados, aspecto éste elaborado por la doctrina italiana en los años 60, como se verá en las páginas que siguen.

Las líneas de desarrollo del Derecho Civil han estado presididas por la lucha entre la unidad y la pluralidad legislativa, encarnada y manifestada en

<sup>1</sup> No entraremos en la división del Derecho en público y privado, con la consecuente asignación a uno de los dos campos del Derecho Civil. Tampoco pasaremos revista a los diversos movimientos registrados de publicación del Derecho privado, privatización del Derecho público o a la moderna solución italiana de la interdisciplinariedad. Para una más amplia ilustración, y sin ánimo de exhaustividad, sobre este aspecto ver ULPiano D.1.1.2, punto de arranque de la división. ÁLVAREZ SUÁREZ, *Curso de Derecho Romano*, Madrid 1955, pp. 83 y ss.; D'ORS, *De la lex privata al Derecho privado y Derecho público*, en *Bol. Fac. Dir. de Coimbra*, 1949, ejemplos de la interpretación de la romanística moderna; GÓMEZ DE LA SERNA, *Elementos de Derecho Civil*, Madrid, 1889, pp. 263 y ss., como claro exponente del pensamiento decimonónico; DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Reedicción de 1984; *Revista de la Facultad de Derecho de la U.C.M.*, 1942, pp. 223 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, *Concepto de Derecho Civil*, en sus *Obras Completas*, Tomo I, Madrid, 1987, pp. 267 y ss. *Del Derecho como Derecho Civil al Derecho Civil como Derecho privado*, en *Estudios Castan*, Pamplona, 1969, pp. 352 y ss.; DE LOS MOZOS, *Metodología y ciencia del Derecho privado moderno*, Valladolid, 1971 pp. 193 y ss.; Díez Pícazo, *Sentido histórico del Derecho Civil*, R.G.L.J., 1959, pp. 601 y ss.; AMORÓS GUARDIOLA, *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho Civil*, Libro homenaje a Ramón M.<sup>º</sup> Roca Sastre, Madrid, 1976; pp. 528 y ss.; HAYEK, *Principes of a liberal social order* en *El político*, 1966, pp. 601 y ss.; HART, *El concepto del Derecho*, Turín 1965; pp. 65 y ss.; BOBBIO, *D'ell uso delle grandi dicotomia nella teoria del Diritto*, en *Studi Grosso* IV, pp. 621 a 630 y 915 y ss.

<sup>2</sup> Cfr. Díez Pícazo, *Codificación, descodificación y recodificación*, A.D.C., 1992, p. 474.

recopilaciones y fueros. Pues bien, a lo largo de todo el pasado siglo y en lo que va de éste, esta misma dialéctica sigue actuando, sin que se haya encontrado una solución de continuidad, como pareció que iban a ser los diversos Códigos del siglo pasado o los hoy vigentes.

La expresión moderna de esta pugna va a girar en torno a la codificación del siglo XIX y su contrapartida en el XX, encarnada en un fenómeno de dispersión y atomización que se registra en las fuentes de manifestación del Derecho Civil. Así pues, a la unidad a la que tiende el fenómeno codificador se va a oponer la pluralidad, a través de una fragmentación de las fuentes del Derecho Civil. Esto es a lo que la doctrina italiana llama «Descodificación» del Derecho privado<sup>3</sup>.

Dispersión, atomización, fragmentación de fuentes o descodificación serán, entre otros, los adjetivos que podrían calificar la llamada crisis del Derecho Civil, más bien de su Código, en este último tercio del siglo XX.

En el análisis de esta crisis, y siempre desde una perspectiva panorámica, hay que destacar dos vías de actuación. Por un lado, lo que podríamos llamar los elementos técnicos de la misma. Por otro, los cambios normativos que han sido provocados por la mutación de valores sociales. Ambos son aspectos de un mismo fenómeno, cual es la evolución del concepto de Derecho Civil. Enunciaremos y analizaremos los primeros<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> La profundización del fenómeno descodificador del Derecho privado a través de la legislación especial se debe a RODOTA, en su «Ipotesi sul Diritto privato» en «El Diritto privato nella società moderna», Bolonia, 1973, así como también a IRTI en su «Le età della decodificazione». Hay otro sector de la Doctrina italiana que coincide en acentuar la actualidad del Codice Civile de 1942 (GIORGIANI; SANTORO-PASARELLI). Entre nosotros pone de manifiesto esta actualidad del Código del 42 DÍEZ PICAZO en su conferencia pronunciada en Bolonia el 15 de mayo de 1992 y publicada en el A.D.C., donde habla de recodificación o Códigos de segunda generación, como ya hemos visto.

<sup>4</sup> Indicaremos aquí, sin entrar en su estudio, los cambios normativos más importantes. Así, por ejemplo, en el ámbito de la persona y sus derechos, se afirma el principio de igualdad (Ley de 2 de mayo de 1975 sobre derechos y deberes de los cónyuges; o la Ley de 18 de octubre de 1990, que desarrolla parte del art. 14 de la Constitución, sobre la discriminación por razón de sexo); se intensifica la protección de los individuos más desfavorecidos (Ley de 24 de octubre de 1983 sobre tutela); se protege de una manera más enérgica los derechos inherentes a la personalidad (plétora legislativa que comienza con la Ley de 26-XII-78 sobre protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; R.C., de 20-II-79 en su desarrollo; L.O. de 5 de mayo de 1982 sobre protección al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen; Ley de 21 de marzo de 1984 que suprimió la interdicción civil, L.O. de 26 de marzo de 1984, sobre derecho de rectificación, L.O. de 29 de octubre de 1992, sobre regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal). Se reforma la mayoría de edad (R.D. de 16 de noviembre de 1978) y la nacionalidad (Ley de 13 de julio de 1982 y Ley de 17 de diciembre de 1990).

Las relaciones familiares han variado sustancialmente, lo cual ha tenido su constancia normativa tanto en el aspecto personal como en el patrimonial, fiel reflejo de esto son las leyes de 2 de mayo de 1975 sobre situación jurídica de la mujer casada y los derechos y deberes de los cónyuges; Ley de 26 de mayo de 1978 sobre despenalización del adulterio y amancebamiento; Ley de 13 de mayo de 1981 sobre filiación, patria, potestad, régimen económico del matrimonio, ley 30 de 7 julio 1981 sobre nulidad, separación y divorcio. Surge la necesidad de una nueva consideración de las uniones de hecho y de las relaciones de familia extramatrimoniales. Las relaciones paterno-

Dentro de éstos hay que destacar, en primer lugar, *la lucha mantenida entre Constitución y Código y la necesaria adaptación de éste a los principios constitucionales vigentes, que a través de leyes especiales derrocan al Código de*

filiales se van a ver afectadas tanto en la nueva regulación de viejas instituciones, con su Ley de adopción de 11-IV-87, como en la acogida normativa de los desarrollos científicos, impensables en la época del Código Civil, como reproducción asistida, con la Ley de 11 noviembre 1988.

En el ámbito de la contratación, la profunda alteración de las estructuras económicas y sociales (sociedad de consumo, tráfico en masa), y de los planteamientos políticos (Estado social, Estado de Bienestar) va a encontrar su reflejo en la necesidad de replantear, en determinados aspectos, la concepción tradicional del Derecho de obligaciones: aumento de la intervención pública en la economía, restricciones a la autonomía privada (proliferación de contratos forzosos y de contratos reglados, regulación de las condiciones generales de los contratos), tutela de determinados sectores sociales y económicos como consumidores, arrendatarios, que encuentra su cauce legislativo en la Ley de Arrendamientos Urbanos, de 24 de diciembre de 1964, y su actual y reciente reforma a través de la nueva Ley 32 de 8 de noviembre de 1994, de arrendamientos urbanos; Real Decreto-Ley de 30 de abril de 1985, sobre medidas de política económica; Ley de Arrendamientos Rústicos, de 31 de diciembre de 1980; Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos, de 10 de febrero de 1992; Ley General para la Defensa de los Consumidores ley 26 de 19 de julio 1984; Ley sobre venta de bienes muebles a plazos, de 17 de julio de 1965; Ley de 21 de noviembre de 1991, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; así como el mismo funcionamiento de la economía de mercado (disciplina de la competencia, publicidad) con reflejo legislativo en la Ley de Defensa de la Competencia, de 17 de julio de 1989; Ley de 10 de enero de 1991, sobre competencia desleal; Ley General de Publicidad de 11 de noviembre de 1988; etc.. Aparecen nuevas formas contractuales, difícilmente encajables en los moldes de los contratos típicos tradicionales, y que en algún caso son objeto de una específica regulación legislativa, por ejemplo en la Ley de Contrato de Agencia, de 27 de mayo de 1992; al mismo tiempo que se actualiza la regulación de tipos contractuales ya existentes, en un sentido más acorde con las necesidades actuales del tráfico (Ley del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980 y la Ley de Arbitraje, de 5 de diciembre de 1988, que deroga a la anterior de 22 de diciembre de 1953). Se abre una profunda brecha en el principio de responsabilidad por culpa, adquiriendo un desarrollo cada vez más amplio el recurso a la idea de creación de riesgo como criterio objetivo de imputación de responsabilidad en determinados ámbitos, como por ejemplo Ley de Caza de 4 de abril de 1970; Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960; Ley sobre Energía Nuclear de 29 de abril de 1964; Real Decreto legislativo de 28 de junio de 1986, sobre Adaptación de la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor al Derecho de las Comunidades Europeas; Real Decreto sobre Delitos de Terrorismo de 5 de marzo de 1982; Real Decreto sobre Vigilancia y Seguridad de 26 de enero de 1979, así como la Ley de 7 de enero de 1991, sobre responsabilidad civil del profesorado, llegándose en determinados casos a una verdadera colectivización (por medio del seguro obligatorio) o socialización (indemnización por el Estado de los daños personales derivados de la actuación de bandas armadas y terroristas, o de los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos) de los riesgos inherentes al actual sistema de vida; por último, tiende a reconocerse la oportunidad de abordar la regulación de determinadas materias a partir de un método basado en el llamado «análisis económico del Derecho».

En la esfera de los derechos reales, asistimos a la superación de algunas concepciones tradicionales que encontramos su reflejo en el propio Código: el poder económico ya no se funda hoy en día en la propiedad de la tierra; la propiedad mobiliaria adquiere cada vez más un papel preponderante, frente al principio tradicional «res mobilis res vilis»; el fenómeno de la sociedad anónima, especialmente, determina una cierta disociación entre la propiedad de los accionistas y el poder de decisión económico de los gestores. De todo lo cual se deduce que el poder de decisión económico no viene vinculado a la idea de propiedad sino a la idea de crédito. Por otra parte el mismo derecho de propiedad encuentra un límite interno sobre la concepción liberal absoluta del mismo, cual es su función

la primacía jurídico-legislativa de la que había gozado. Desde siempre se había mantenido la equiparación entre Código y Derecho Civil, siendo ambos una misma cosa. Y al mismo tiempo el Código se consideraba el centro del *Ordo iudicis*. Bien es verdad que esta idea sufrió diferentes embates antes, en el segundo tercio del presente siglo. Bastaría recordar el comienzo de una legislación especial de tipo intervencionista y con marcado matiz social,<sup>5</sup> o la mercantilización de las relaciones civiles, o la publicación del Derecho privado, y la adaptación a los principios constitucionales con la pérdida de su lugar central en el Ordenamiento.

En segundo lugar, el hecho de que esta pugna lleva a la doctrina italiana de los 70 a considerar, superado el Código Civil, y a hablar de la descodificación, como veremos más adelante.

Por último, y por lo que se refiere a nuestro país, hay que destacar dos tipos de causas que van a extender esta idea de crisis del Derecho Civil. A las primeras las llamaremos causas internas, externas a las segundas.

Entre las primeras destacaremos el hecho de que en 1978 se aprobara la Constitución, en vigor, con lo que vino a reproducirse el fenómeno de adaptación a través de leyes especiales, sin que se llegara a recoger la idea de la descodificación, que ya entonces empezaba a estar superada en Italia<sup>6</sup>. La Cons-

social, fijada en la Constitución española (art. 33,2.) Hemos dicho que la función social es un límite a la propiedad, esta declaración comporta un desarrollo de la tradicional teoría de los límites del derecho de propiedad en el sentido de que dichos límites pasan de ser algo excepcional a formar parte de su contenido. Esta nueva conceptualización del contenido del derecho de propiedad tiene un ámbito en su actuación que afecta a diversos aspectos de la infraestructura económica, y que se manifiesta en el ámbito rústico a través de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario 12-I-1973, cuya reforma se ha llevado a cabo por la Ley 19, de 4 de julio de 1995, como así mismo en el ámbito de la propiedad urbana a través del texto refundido de 26 de junio de 1992, de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Este mismo contorno limitado del derecho de propiedad da una nueva orientación a los antiguos derechos de propiedad que existían sobre aguas o minas pasando a ser derechos de explotación de los mismos (Ley de Minas de 1980, Ley de Aguas de 1985).

La aparición de nuevos fenómenos como la multipropiedad, y la utilización a efectos fiscales en el ámbito del tráfico jurídico económico de instituciones cuya finalidad es distinta al ejercicio de la empresa, caso de la comunidad de bienes, ha planteado la necesidad de una revisión de los principios fundamentales en comunidad de bienes y derechos.

Es el vértigo existente en el tráfico jurídico económico actual, junto con la necesidad de garantías adaptadas al mismo, lo que ha puesto de manifiesto la falta de adecuación de las garantías tradicionales del código a esta situación mencionada.

El Derecho de sucesiones también se ve afectado por las consecuencias derivadas de la afirmación del principio de igualdad de trato en la filiación.

<sup>5</sup> Buena muestra de ello son, entre nosotros, las leyes de 8 de septiembre de 1939, que modificaba el Código en materia de ausencia; Leyes de 20 de diciembre de 1952; de 24 de abril de 1958; sobre la situación jurídica de la mujer casada; Ley de 15 de julio de 1954, sobre nacionalidad; Ley de 22 de diciembre de 1953 sobre arbitraje; Ley de 24 de abril de 1958 y de 4 de julio de 1970 sobre adopción; Ley de 24 de diciembre de 1964 sobre Arrendamientos Urbanos; Ley de 17 de julio de 1965 sobre venta de bienes muebles a plazos; en gran medida todas estas leyes han tenido modificaciones posteriores nuevamente por leyes especiales, ver nota anterior.

<sup>6</sup> Muestra de que en Italia estaba superado este movimiento es el Congreso celebrado en Roma el 27 y 28 de octubre de 1979, que versó entre otras cosas sobre «Il tramonto del codice civile» y

titución española incidía en materias que afectan al Código Civil, pensemos en los Derechos de la persona o en el Derecho de familia, y en menor medida en Derecho patrimonial con el surgir de una nueva institución: los consumidores.

Al mismo tiempo, la Constitución recogía una idea que nunca fue extraña en Derecho español. En efecto, hemos indicado como en España no se hizo sentir la polémica italiana y ello quizá fuera debido a que antes del Código se optara por leyes especiales y se reconociera, de alguna manera, la existencia de particularidades territoriales de Derecho Civil. Pues bien la Constitución eleva a la categoría jurídica lo que era una realidad en el panorama jurídico patrio, permitiendo la actualización del Derecho Foral, forzándose un poco por nuestro Tribunal. Constitucional el anclaje histórico del Derecho Foral. Por otra parte, surge con la creación del Estado de las Autonomías una legislación de origen y ámbito autonómico, que incidiendo en gran medida sobre el Derecho Civil, plantea con otras perspectivas el sempiterno pluralismo legislativo.

Dentro de las causas externas la principal a destacar en nuestra entrada en la CEE en 1986, y ello por varios tipos de motivos. En primer lugar, porque supone incorporar una jerarquía normativa distinta a la propia del Ordenamiento jurídico, con los problemas de competencias que ello plantea. En segundo lugar, la incorporación del «acervo comunitario», con sus principios, al sistema español.

Quizá donde más se haya hecho notar este cambio producido por nuestra incorporación a la UE haya sido en el campo del Derecho patrimonial, y más concretamente en el ámbito de esa parcela civilística, que es el Derecho Agrario, en la actualidad en España sin autonomía normativa. Hay que tener en cuenta que la regulación del Derecho Agrario en la UE presenta una gran especialización, que, en algunos casos, es susceptible de aplicación directa en nuestro país, pues se produce a través de reglamentos.

Dentro del panorama del Derecho Civil en este último tercio del siglo, y por sí no fuera poco, hay que hacer mención a corrientes, que de la mano del Derecho Comunitario, tienden a una armonización convergente de los diversos ordenamientos civiles de nuestro entorno geográfico. Esta convergencia empieza por el Derecho patrimonial y se manifiesta en el renovado, con nuevos bríos, movimiento sobre unificación del Derecho de obligaciones que no sabemos dónde puede acabar.

Al mismo tiempo, no nos podemos olvidar de que los cambios de comportamiento social han hecho notar su influencia en el campo civil. No podemos perder de vista que el Derecho Civil es, como decía CLEMENTE DE DIEGO, «el

---

en donde SANTORO-PASARELLI, en su discurso final, que ensalzaba el Código Civil como mantenedor de los valores esenciales que encierra el ordenamiento civil como fundamento de la libertad privada, viene a dar la puntilla al movimiento descodificador desde una óptica doctrinal. El propio N. IRTI abandona su idea descodificadora cuando en otra conferencia, en la jornada inicial, nos habla de la incógnita del Derecho privado en el inicio de una nueva época. De todo este Congreso se editó en Padova, en 1981, las actas del mismo bajo el título "Temî della cultura giuridica contemporanea".

cómputo de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y más generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal, es decir, como sujeto de Derecho y de patrimonio y miembro de una familia para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro de su entorno social». Ello nos lleva a una revisión de los principios e implicaciones del Derecho Civil, que no permite su identificación con los emanados del proceso codificador, y mantenidos con pocos cambios hasta hace bien poco.

## 2. CÓDIGO CIVIL Y CONSTITUCIÓN: LUCHA POR LA PRIMACÍA

Como un reflejo más de la dinámica del cambio social que afecta al mundo jurídico, se va a producir, en el momento del siglo que nos ocupa, un nuevo contencioso consistente en la adaptación de dos cuerpos legislativos, que cuentan con principios de problemático encaje legislativo. Hay que hacer hincapié sobre esta idea, de adaptación del Código a los principios de la Constitución, ya que es el punto de arranque de la corriente descodificadora en Italia. Esta polémica adaptación es la expresión quintaesenciada, por lo que de sutil tiene, del intervencionismo estatal en que nos encontramos a final de este siglo, en contraposición paradójica con los finales del siglo pasado liberal y no intervencionista.

En el siglo pasado no hubo problemas en esta interrelación, ya que cuando se daba una Constitución en donde había un Código, no se generaban tensiones pues ambos protegían a la sociedad, uno desde un aspecto privado, desde un aspecto público la otra. Se trataba de proteger un mismo esquema social y político<sup>7</sup>. La trascendencia social real del Código era muy superior, y, por eso, más que de *influencia de la Constitución*, se podía hablar de *influencia en la Constitución*. Ambos documentos se movían en campos distintos: privado el uno, público la otra, reguladora de una forma de gobierno, garantía de las libertades. En definitiva, fuente del Derecho público.

Esta fase quiebra con la Constitución de Weimar, que asumió, en materia de Derecho de la persona y familia, la fijación de las líneas directrices del Estado, afirmando así su supremacía. De esta manera comienza el influjo de la Constitución en el Derecho privado. Si hacemos cuestión de este influjo, no es porque se ponga en tela de juicio el valor fundamental de la Constitución, sino porque al admitir esta interdependencia, hay quien pretende hacer de aplicabilidad directa la Constitución y puede salir quebrantada la seguridad jurídica del ciudadano, máxime si se pretende configurar el Tribunal Constitucional como última instancia judicial de temas ordinarios, haciendo una interpretación forzada de la LOTC, como ha sucedido recientemente en España.

<sup>7</sup> En el mismo sentido ver ARCE y FLÓREZ VALDÉS, *El Derecho Civil Constitucional*, Madrid, 1986, pp. 27 y 89.

Si seguimos el devenir de nuestras Constituciones, pasajeras en relación con el Código Civil<sup>8</sup>, podemos identificar la convivencia del Código con cuatro órdenes constitucionales distintos, a saber, C. 1876; C. 1931; Leyes Fundamentales, y C. 1978. De entre estos cuatro períodos la fricción entre ambos cuerpos legales se produce en el de la Constitución de 1931 y en el momento presente. Todo ello debido al hecho de que el Código estaba en sintonía con la Constitución de 1876, es decir, con las ideas propias de la Restauración, de claro individualismo de corte liberal. Por lo que toca el período de las Leyes Fundamentales, los principios inspiradores de las mismas eran similares a los de la Restauración, a los que había que añadir la ausencia de planteamientos clásicos a este respecto.

Por el contrario, es con la Constitución del 31 cuando se va a producir un enfrentamiento entre Código y Constitución, no sólo en cuanto la diversidad de principios, sino también en lo relativo a la unidad del Ordenamiento jurídico privado.

En ese momento se producen las primeras aportaciones doctrinales en donde se detectan muchas de las cuestiones que se vuelven a plantear en la Constitución 78, con la incorporación de nuevos valores al Ordenamiento. El propio DE CASTRO muestra su preocupación por este asunto magnificando su importancia, cuando escribe en 1935 que «ninguna otra cuestión de Derecho ha tenido en España tan amplia y extensa resonancia, como ésta del influjo de la nueva Constitución sobre las relaciones jurídico-civiles»<sup>9</sup>.

El problema fundamental que se planteó en aquel momento fue, al igual que cuarenta y siete años más tarde, el vigor de la norma constitucional. Es decir, si la vigencia de los preceptos constitucionales, que no son una mera declaración de principios programáticos, es inmediata, derogando todo aquello que sea contradictorio con la Carta Magna, o, por el contrario, necesitan de un desarrollo legislativo ulterior para su vigencia.

Las soluciones que se plantearon a este problema, entre otros, y contrariamente a lo que pasó con la vigente Constitución, fueron efectuadas desde un campo privatista, civilista por más señas, ya que los publicistas no dijeron nada importante, como precisa SERRANO Y SERRANO<sup>10</sup>.

Para la exposición del estado de la cuestión, seguiremos el esquema que

<sup>8</sup> Ver en el mismo sentido el esquema trazado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE en *El Derecho Civil a finales del siglo XX*. Madrid, 1991, pp. 76 y ss.

<sup>9</sup> Ver DE CASTRO Y BRAVO, *El Derecho Civil y la Constitución*. RDP 1935 n.º 257, p. 3 y ss. También ver BATLLE VÁZQUEZ, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho privado*. Madrid, 1933; CASTAN TOBEÑAS, nota bibliográfica a la obra de BATLLE en RDP 1933 n.º 237, pp. 189 y ss.

<sup>10</sup> Ver SERRANO Y SERRANO, Ignacio, *El fuero del trabajo. Doctrina y comentarios*. Valladolid, 1939, p. 37, donde leemos: "... JIMÉNEZ DE ASÚA sólo escribe unas afirmaciones de extraordinaria vaguedad y PÉREZ SERRANO niega la aplicación de un precepto constitucional a un caso tan concreto y de tan poca dificultad, que ni aun por indicios se puede inferir el pensamiento de este erudito del Derecho Político».

traza SERRANO Y SERRANO<sup>11</sup>. Este autor clasifica las opiniones vertidas en tres grupos.

Un primer grupo encabezado por DE BUEN Y POLO. La pregunta que se hacen estos autores a este respecto es si ¿los preceptos constitucionales son normas jurídicas o simples enunciados programáticos cuyos destinatarios son los legisladores? La contestación de DE BUEN es tajante. Los preceptos que dentro de la Constitución vienen referidos a Derecho privado, redactados de forma imperativa, deben reputarse vigentes de modo inmediato, aunque contradigan todo el sistema legislativo y deben considerarse derogados en lo que a ellos afecte.

Se fundamenta esta opción en la doctrina tradicional de la derogación de las normas y en el hecho de que al ser preceptos que responden a un nuevo concepto de justicia, no pueden subordinarse al sentido tradicional de los Tribunales que les haría ineficaces.

El segundo grupo, entre los que se encuentran CASTAN Y BATLLE, si bien este último con una opinión más radical, entiende que en el caso de que dichos preceptos encierren una norma de Derecho privado, concreta y terminante, habrá que entender derogada la Ley civil contradictoria; cuando sea un principio, como el de igualdad ante la Ley o de sexos en el matrimonio, deberá ser la ley posterior quien lo traduzca en preceptos concretos y obligatorios.

El último de estos tres grupos, representado por DÍAZ PASTOR<sup>12</sup>, propugna que sólo en el caso que la Constitución contenga una norma concreta y contradictoria de preceptos del Código, éstos se entenderán tácitamente derogados. No se puede entender derogados por uno o dos artículos de la Constitución, la regulación normativa de una parte del Derecho Civil, ya que éstos no resuelven la complejidad de los problemas que se plantean en la práctica. El papel de estas declaraciones generales puede servir para rellenar lagunas del Derecho positivo, para rectificar la jurisprudencia o la práctica judicial, debiendo hacerse una interpretación favorecedora de la adaptación del Derecho privado en consonancia con los principios constitucionales.

En cualquier caso, no se les puede negar a estos autores que hayan puesto de manifiesto una relación problemática entre ambos órdenes jurídicos, o como dice ARCE, «haber detectado una cierta esfera de operatividad, si no definitiva, sí impactante»<sup>13</sup>. Al mismo tiempo destacaremos cómo, se opte por cualquiera de las tres posiciones mencionadas, el Código quiebra en su unidad, produciéndose una adaptación a través de normativa no codificada o descodificada.

Con la Constitución de 1978 vuelven a replantearse los temas iniciados con la Constitución del 31 e interrumpidos con las Leyes Fundamentales, exten-

---

<sup>11</sup> Ver SERRANO Y SERRANO, *op. cit.*, pp. 38 y ss., y allí bibliografía.

<sup>12</sup> Ver DÍAZ PASTOR, *La familia y los hijos habidos fuera de matrimonio según la Constitución*. RDP 1933, pp. 135 y ss.

<sup>13</sup> Ver ARCE y FLORES VALDÉS, *Derecho Civil*, cit., p. 14.

diéndose este influjo a diversas materias del campo privado. No se puede negar la incidencia de la Constitución en el Derecho Civil, lo que ha supuesto la modificación del Código de numerosas materias al estar ésta en la cúspide normativa del Estado.

El núcleo del problema radica en cuál sea la eficacia de esas formulaciones de máximo rango en tanto no sean plasmados en normas ordinarias, que sean aplicadas por los tribunales ordinarios, porque lo que no se puede pretender es la sustitución del Código por la Constitución como elemento unificador del sistema civil. Por este motivo, habrá que adaptar, si no lo estuviera, el uno a los principios que de la otra le afectan. Esto no obstante, habrá que convenir con PERLINGIERI que «la norma constitucional asume una función promotora de la transformación de las instituciones del Derecho Civil»<sup>14</sup>, aunque estas ideas, como hemos apuntado anteriormente, no son nuevas en España.

Con la incorporación a la Constitución de 1978, de materias del Derecho Civil que tenían su sede en el Código se produce una constitucionalización del Derecho Civil que ha recibido la denominación de Derecho Civil Constitucional.

Del hecho de que nuestra Magna Carta incorpore, con ánimo de puesta al día conceptual, materias civilmente tradicionales como Fuentes del Derecho; persona y personalidad; el Derecho de propiedad y su función social; la civilidad del matrimonio; los tipos de filiación; el ejercicio de la patria potestad; la herencia; o dé entrada a nuevas materias como Derecho de los consumidores; de este hecho, repito, no se puede deducir que el Código haya sufrido una desconstitucionalización, que no es sino una forma de descodificación<sup>15</sup>.

Ciertamente el Código Civil, y ésta es una de las líneas de evolución del Derecho Civil en este aspecto, está desdibujado en su papel. Ha pasado de ser el centro positivo de todo el Ordenamiento, a ser un cuerpo legislativo más. De suma importancia, eso sí.

Es innegable que hay que alterar los esquemas mentales que los civilistas tienen, o tenían, sobre el lugar del Derecho Civil, y por ende del Código, como «alma mater» del Ordenamiento jurídico. Pero con todo y con esto, si sometemos a un análisis crítico aspectos de esta constitucionalización del Derecho Civil, no podemos dejar de observar un cierto valor constitucional, *primus inter pares*, de Código Civil.

No podemos seguir adelante por este camino, sin *hacer hincapié en el valor constitucional que siempre ha tenido nuestro Código Civil con su Título Preliminar*. Muestra de ello es el hecho de que *en él*, y bajo una formulación amplia y *sin distingos* —«De las normas, su aplicación y eficacia»—, *se recoja con carácter general la regulación, aplicable a todo el Ordenamiento*

<sup>14</sup> PERLINGIERI, *Por un Derecho Civil Constitucional español*, ADC 1983, pp. 14 y ss.

<sup>15</sup> En el mismo sentido ver MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho Civil*, cit. pp. 82 y ss., y allí bibliografía sobre las diversas posturas doctrinales al respecto. IRTI es defensor de la categoría de la desconstitucionalización del Código, punto de arranque de la descodificación.

*jurídico*, de: las fuentes del Derecho; el principio de jerarquía normativa; el momento de vigencia de las normas; los criterios, antes Principios Generales que, recogidos por la C78, fueron después Principios Constitucionales, que con formulación normativa son básicos en la interpretación y aplicación de las normas; El cómputo de plazos, del que de alguna manera se hace partícipe el texto constitucional. Para qué seguir... Diremos por último, que este Título Preliminar, desarrollado en todo el texto legal codificado, tanto en su actual como en su primitiva redacción, confirma el valor del mismo como precursor de unas pocas normas, que sin ser formalmente Constitución, materialmente sí tiene ese carácter. Algo a lo que posteriormente, y en época reciente, se ha denominado por la doctrina «Derecho Civil constitucional»<sup>16</sup>. No en balde, el propio Tribunal Constitucional ha subrayado de manera dubitativa el carácter estrictamente civil del Título Preliminar del Código Civil ya que «los preceptos que integran dicho Título son aplicables a todo el ordenamiento y sólo por tradición histórica, sin duda respetable, causan en el Código su encaje normativo», como se recoge en la sentencia de 26-III-1987<sup>17</sup>.

Por otra parte, si el Código Civil siempre ha tenido la consideración de ser garante de las libertades particulares, ese claro valor constitucional del Código, lo sigue manteniendo tanto por su contenido como por su eficacia institucional. No por el hecho de que la Constitución entre en materias civiles debemos pensar que se ha sustraído al Código la materia, se ha descodificado ésta. Una cosa puede ser la fijación de los nuevos valores sociales, de los que ya participaba el Código, y otra que el desarrollo de los mismos no sea materia propia del Código.

### 3. LOS INTENTOS DISGREGADORES DEL CÓDIGO CIVIL: LA DESCODIFICACIÓN

«Si antes de publicarse el Código Civil resultaba complicado conocer la legislación vigente [...], (esa complicación), ahora no es menor, sino probablemente mayor, por la suma de textos, que en progresión creciente van apareciendo en el *BOE*. Además están sujetos a continuos cambios, en tanto que los de antaño regía normalmente muy largos períodos de tiempo, sin sufrir variaciones.»<sup>18</sup>

VALLET nos señalaba de esta manera, no hace mucho tiempo, en qué consistía el fenómeno de la legislación especial en su relación con el Código: la llamada descodificación. Este fenómeno, que ha rebrotado con un cierto vigor

<sup>16</sup> Ver en sentido parecido, MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Derecho Civil*, cit., pp. 83 y ss.

<sup>17</sup> No es éste el único pronunciamiento del T.C. sobre esta materia, pueden verse también a este respecto las sentencias 4/81 sobre el valor informador de los P.G.D.; 36/82 sobre la derogación de la ley anterior por la posterior; 43/82 sobre la irretroactividad de las leyes; 3/83 sobre interpretación de las normas jurídicas; 120/83 sobre el principio de buena fe como límite del ejercicio de los derechos.

<sup>18</sup> Ver VALLET DE GOYTISOLO, *Influjo de la Revolución Francesa en el Derecho Civil. Su incidencia en la codificación española*. ADC, 1989-2, p. 290.

crítico antiburgués en Italia, heredero de los movimientos sesentayochistas, no es nuevo en la historia del Derecho. Tiene un carácter cíclico ya que a períodos de complicación legislativa, segufan momentos de clarificación y unificación de las materias, para volverse a repetir el ciclo con posterioridad.

Sin embargo, el enfoque que se le quiere dar ahora a este movimiento es algo nuevo. En efecto, la doctrina italiana pensaba que se estaba ante el punto de ocaso del fenómeno codificador y ante el nacimiento de una nueva época. Se trataba de poner en consonancia el Código de 1942, con la Constitución, posterior al mismo en sólo seis años. *Se habla de desconstitucionalización del Código Civil y se resuelve la constitucionalización de las materias civiles a través de leyes especiales, interpretando esto como vaciar de contenido al Código Civil.* Esto es, la descodificación.

Dentro del esquema general del movimiento descodificador, podríamos fijar las siguientes causas de dicho movimiento<sup>19</sup>. Recordemos que se da una hiperproducción de leyes especiales, extracodiciales como las llama LACRUZ<sup>20</sup>, cuya terminología adoptaremos a partir de ahora. ¿A qué se debe esta proliferación de leyes extracodiciales? Al alejamiento del Código de los procesos socio-económicos (causa primera) y a la configuración de la Constitución como piedra clave del Ordenamiento jurídico (causa segunda), contestan IRTI y demás codoctrinarios<sup>21</sup>. Se podría objetar que esa diáspora de leyes especiales es una legislación de urgencia. Pero lo cierto, y según pretende la dicha doctrina italiana, es que estas leyes extracodiciales responden a principios contenidos y finalidades distintos a los del Código. Esto es el síntoma de que el Código tiene unos principios distintos a los de la Constitución, a los que debe adaptarse, perdiendo así su papel central del Ordenamiento, en favor de la Constitución. Se pasa así, en terminología de IRTI, del monosistema centrado en el Código, al polisistema centrado en la Constitución con las leyes especiales en su desarrollo, superándose el Código<sup>22</sup>.

Lo cierto es que la polémica resulta bastante estéril. En Italia se extingue por sí sola como da buena fe de ello el Congreso celebrado en Roma en 1979, en donde los partidarios del «tramonto del codice civile» (PIGA; SCHLESINGER) optan por una retirada digna de la idea de superación del Codice civile, dando una solución de continuidad a la misma, cuando se afirma que el código con su patrimonio conceptual continuará teniendo gran relevancia también desde

<sup>19</sup> Seguimos en este punto el esquema trazado por MARTÍNEZ DE AGUIRRE en su *Derecho Civil*, citado, pp. 49 y ss.

<sup>20</sup> Ver LACRUZ, *Elementos*, de D. Civil I, Barcelona, 1988, p. 72.

<sup>21</sup> En realidad no se entiende del todo, y desde una perspectiva técnica, este planteamiento en la doctrina italiana, sobre todo si tenemos en cuenta el escaso margen cronológico entre ambos cuerpos legales, y el hecho de que el Código del 42 incorpore conceptos nuevos, como el de empresa, que le hacen ser el Código de una sociedad industrial y no de corte agrícola. Quizá éste sea el motivo de los Códigos de segunda generación de los que habla DíEZ PICAZO en su *Codificación...*, cit., ADC, 1992, *passim*.

<sup>22</sup> Ver IRTI, *Leggi speciali: del mono-sistema al poli-sistema*, Riv. Dir. Civ., 1979-1, p. 641.

una perspectiva de profunda renovación. Vuelta al predominio de lo privado y general frente a la politización defensora del interés individual de clase dominante. Es el propio FRANCO PIGA, quien acaba su intervención, la más larga de todas, de manera paradójica cuando dice: «La edad de la descodificación, en la sociedad inquieta y en transformación, inicia, al día siguiente, la entrada en vigor del código. [...] Pero un código redimensionado en sus objetivos y en la idea de la existencia de lagunas e insuficiente regulación en alguna de sus partes»<sup>23</sup>.

En España se recogió esta corriente doctrinal de manera general muy tardíamente, pero sin reflejo polémico. (Pensemos que la traducción de la obra de IRTI, *L'età della decodificazione* se produce en 1992.) Quizá fuera debido a que aquí siempre hubo leyes especiales que llenaban la carencia del Código en el momento precodificador. Que después, ya leyes extracodiciales, iban de la mano del Código por el panorama legislativo español. Que no se registraba la idea de unidad completa y cerrada sobre sí, que en otros países hubo del Código. Que no existía un monosistema centrado en el Código, sino varios monosistemas, por la existencia del Derecho Foral. Que si el uno era de corte agrícola, liberal y preindustrial, los otros eran la conservación del vestigio histórico de particularidades legislativas. Que si uno, el Centenario Código, está inadaptado a la Constitución, imaginemos los otros, y también que todos juntos formaban el polisistema ordenado del Derecho Civil nacional.

Ciertamente la reacción doctrinal frente a estos planteamientos desintegradores del Código va a ser general, reivindicando la importancia del Código; poniendo de manifiesto la inseguridad jurídica y la asistematicidad derivada de la existencia de leyes especiales, dando una solución de continuidad en realce del Código Civil, como sitio común que permita integrar e interpretar la diversa normativa extracodicial. Esto hace preciso, como dice LACRUZ, la reinterpretación de los textos del Código a la luz de los preceptos y principios constitucionales<sup>24</sup>.

En definitiva, la llamada descodificación supone la superación de igualdad formal propia del liberalismo, y la afirmación del estado de opinión sobre el fin de la utopía napoleónica, que suponía el agotamiento del Derecho Civil en el contenido de éste; su autosuficiencia sistemática que llevaba a considerar la regulación que hacía de los problemas sociales permanente y definitiva.

La descodificación, dentro de este ámbito conceptual en el que nos estamos moviendo, se puede entender de dos maneras:

<sup>23</sup> Las actas de este Congreso se publicaron en Milán como se ha dicho, bajo el título de *Temì della cultura giuridica contemporanea*. En donde intervinieron, además de los citados en el texto, IRTI y Santoro Pasarelli, entre otros. Las citas hechas en el texto son de esta edición, pp. 6 y ss., respecto de IRTI y el cambio de la politización a lo privado; pp. 71 y 72, respecto a la cita de PIGA. Si bien la idea de superación de la polémica se encuentra en toda la publicación, sobre todo en la sesión de clausura a cargo de SANTORO PASARELLI, cuyo título fue: *Il codice civile e il mantenimento dei valori essenziali*, pp. 135 y ss. de la mencionada edición.

<sup>24</sup> Ver LACRUZ, *opus cit.*, *loc. cit.*

Lo que se ha llamado «descodificación de principios rectores» que no es desintegradora del Código, pues supone una reforma del articulado. Se respeta el sistema del Código, incorporando principios nuevos a su vieja regulación enmendando ésta. En definitiva, se respeta la integridad temática y sistemática del Código. Gil Rodríguez llama a esta forma legislativa «recodificación», ya que es legislar «desde el Código», «para el Código»<sup>25</sup>.

El otro sentido en que se puede entender la descodificación, su sentido propio y al que nos hemos venido refiriendo en las páginas que preceden, implica una ruptura por la legislación especial de la unidad interna del Ordenamiento jurídico civil, capitaneada por el Código, al responder a sistemas y principios distintos. De triunfar esta tendencia, la asistematicidad, el caos y las contradicciones legislativas a las que estaríamos abocados, serían las características definitorias de una nueva etapa en la que se daría buena cuenta de la seguridad jurídica<sup>26</sup>.

Pero la descodificación se ha manifestado de otras maneras. Con Díez Picazo señalaremos las cuatro formas en las que se ha manifestado esta descodificación, a saber:

- 1.º Como ruptura de la unidad del Código por leyes extracodiciales.
- 2.º La interpretación selectiva que de las diversas variantes ofrecidas por el Código fue realizada por doctrina y jurisprudencia, integrando el sistema codificado ante el surgimiento de nuevos problemas sociales, partiendo del desarrollo de las cláusulas generales contenidas en el mismo (abuso del derecho; ejercicio del derecho de buena fe; doctrina del enriquecimiento injusto; etc...). Todo esto hace que el ámbito del Código en su interpretación haya que completarlo con la integración de las líneas de la interpretación hecha por la doctrina y la jurisprudencia. Este complemento del Código se hace desde un método.
- 3.º La tercera forma de descodificación tiene su punto de arranque en los inicios de los años 60, en Estados Unidos, de la mano de la Escuela del Derecho Libre. Busca una justicia justa, valga la redundancia, sin que esa búsqueda se vea inquietada por cuestiones metológicas. Se trata de una simplificación de la justicia, o justicia salomónica, que quizá se vea provocada como reacción natural ante tal desarrollo normativo, entre otras razones. De seguir el pensamiento jurídico por este camino, el sistema del Código saltaría por los aires, como lo haría igualmente

<sup>25</sup> Ver GIL RODRÍGUEZ, *Acotaciones para un concepto de Derecho Civil*, en ADC, 1989, p. 341.

<sup>26</sup> En nuestro país se ha optado por el primero de los sentidos mencionados que se pueden atribuir a la descodificación. Ello ha evitado nuevas fricciones en nuestro sistema jurídico civil, ya tan baqueteado. Curiosamente la puesta al día de nuestro Código se ha hecho en el respeto a las materias y a su sistema. En efecto, las materias que estaban dentro del Código, se han reformado dando nuevo contenido a los artículos que la regulaban en el mismo, poniendo así el Código al día. Las materias extracodiciales, cuya regulación ha sido promovida o por las nuevas técnicas o por la nueva problemática social, en la mayoría de los casos ha tomado la senda de las leyes extracodiciales. Todo esto viene a demostrar la idea, que ya existía en la codificación, de que el Código no era un todo cerrado y único.

la justificación del papel central que ha desempeñado hasta ahora, como fuente de principios generales y construcciones técnico-metodológicas, capaces de garantizar la unidad dogmática del sistema jurídico civil.

- 4.º La posibilidad que se ha abierto constitucionalmente, de juzgar el acomodo constitucional de las normas ordinarias a través del tribunal correspondiente. Todo esto permite la posibilidad de declarar inconstitucional algún precepto del Código Civil. Esta posibilidad es un arma de doble filo, ya que si por una parte permite adaptar, vía derogación, partes del Código Civil, supone, por otra, poner en tela de juicio todo el sistema del Código. Las consecuencias del empleo desmedido de este arma son imprevisibles para el sistema.

Nos resta hablar de una quinta vía de descodificación, y es la derivada de la entrada de España en la CEE, actual Unión Europea, con lo que ello conlleva de adaptación de nuestro Ordenamiento a lo prescrito por el poder legislativo de la Unión Europea. Por el momento, el campo privado civil no se ha visto muy afectado, aunque recientemente ha sido necesario adaptar, vía ley extracodicial, lo relativo a la responsabilidad por daño causado por productos defectuosos, por ley publicada en el *BOE* el 7 de julio de 1994<sup>27</sup>.

Hay que hacer notar que la materia, de entre las comprendidas en el Código Civil, que, por lógica, primero se va a ver afectada, es el Derecho de obligaciones, por ser el más común entre los Estados miembros de la UE. En otro orden de cosas, habrá que señalar también el movimiento doctrinal sobre unificación de obligaciones que se viene gestando en la doctrina.

Se impone en este momento una reflexión final valorativa sobre lo que se ha dicho al respecto de la descodificación. ¿Supone todo este movimiento la crisis definitiva del Código o su vigorización? No se trata de que el irresoluble problema entre estabilidad del Código y movilidad de la vida, como dijera Lacruz<sup>28</sup>, se haya solucionado en contra del Código a través de las leyes extracodiciales. No se trata de monosistema *versus* polisistema, no. Al contrario, estamos ante el tránsito de un sistema simple a otro más complejo, que se va acomodando a las nuevas demandas sociales, a las nuevas realidades técnicas. A pesar de todo, el Código siempre será el punto de integración de la regulación del pluriforme mundo de la persona humana y los criterios interpretativos de la normativa civil. Por eso, el Código es insustituible ya que coordina y complementa el sistema uniforme del Derecho Civil.

Unido sistemáticamente a este fenómeno descodificador, se encuentra lo que podríamos denominar disgregación o movimientos disgregadores, descodificadores en definitiva, del Código.

Tres son los temas propios y esenciales del Derecho Civil: persona, fami-

<sup>27</sup> Ver DÍEZ PICAZO, *Codificación*, cit., p. 478 y ss.

<sup>28</sup> Ver LACRUZ, *opus cit.*, p. 70.

lia y patrimonio. Junto a estos temas hablamos de otros que se encuentran en el marco del Código Civil, y ello por razones históricas, más que sistemáticas. Nos estamos refiriendo al Título Preliminar o a la regulación de la prueba, entre otros.

Hoy en día se registra una tendencia a disgregar esta unidad temática, en campos nuevos, por la vía de la legislación especial, sobre todo en el campo del Derecho Patrimonial. Es por este camino por el que materias como el Derecho del Trabajo, Derecho de la Agricultura, arrendamiento de cosas, Derecho de daños, Derecho de consumos, Derecho de la publicidad, etc., se han intentado configurar como una situación intermedia entre lo público y lo privado.

Ha sido la existencia de la legislación especial sobre estos temas la que ha configurado un llamado *Derecho Social*, al ir enmendando los aspectos excesivamente liberales del Código. Ciertamente la realidad legislativa es otra bien distinta, ya que aunque esta legislación especial existe, no se trata de una mera esfera normativa, sino de comprender el significado del Derecho nuevo, sirviendo (esta legislación) para poner de relieve el desacuerdo entre un cuerpo de doctrina (en torno a la codificación) y una realidad social ajena a él, recibida por el Ordenamiento, que aún no ha sido totalmente asimilado en el plano dogmático<sup>29</sup>.

Con la *moderna intervención del Estado* a la hora de la *ordenación de la economía*, la legislación especial se ha hecho sentir con especial fuerza, tanto por su aspecto cuantitativo como por su aspecto cualitativo, viéndose afectado el campo patrimonial del Derecho Civil fundamentalmente. Ello ha dado lugar a que se hable del *Derecho de la economía o Derecho económico*. Así entre nosotros, y dentro de un criterio estricto, POLO habla del Derecho de la economía como el sector del Ordenamiento que regula la actuación del Estado en la actividad económica. La doctrina italiana nos da un marco mucho más amplio a este Derecho de la economía, al configurarles como conjunto de instituciones ligadas al desarrollo del capitalismo, prevaleciendo los de índole privada, ya que sobre los particulares recae el mayor peso de la actividad productiva. Entrarían dentro de este campo normas fiscales, laborales, mercantiles, industriales, civiles, referentes a la actividad económica, configuradoras de un Estado de bienestar o estado social, actualmente en crisis<sup>30</sup>.

*Más que una unidad estructural con propia autonomía*, esta legislación espe-

<sup>29</sup> DE LOS MOZOS, *Derecho Civil*, cit., p. 113.

<sup>30</sup> Ver POLO, *El nuevo Derecho de la Economía*, en RDM 1946, pp. 373 y ss. y *El Derecho Económico como mera disciplina jurídica*, en RDP 1953, pp. 253 y ss. Para lo relativo a la doctrina italiana, ver por todos a RODOTA, *Diritto pubblico, Diritto privato e Diritto dell'Economia*, en *Il Diritto dell'Economia*, 1967, pp. 275 y ss. Para una visión más amplia y concreta de la cuestión, ver entre nosotros, SANTOS BRIZ, *Derecho Económico y Derecho Civil*, Madrid, 1963. ROMO, *El Derecho económico como categoría sistemática*, en R.G.L.J. 1980, pp. 249 y ss. PICAZO-PENADES, *Derecho privado y sistema económico*, Madrid, 1976. AA.VV., *Constitución y economía*, Madrid, 1977. OJEDA MARÍN, Alfonso, *El contenido económico de las constituciones modernas*, Madrid, 1990. Dentro de la configuración del Estado Bienestar y su crisis, son interesantes las siguientes monografías: FERRANO TRIANA, *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado Bienestar*, Madrid, 1983, y OJEDA MARIN, *Estado Social y crisis económica*, Madrid, 1993.

cial a la que se ha llamado Derecho económico *es una especialización funcional de aquellas disciplinas que tienen algo que ver con el mundo de la economía*. Hay una parte del Derecho Civil que se va a ver afectada por este Derecho de la economía y es el Derecho Patrimonial, ya que está ligado directamente con la economía y su funcionamiento. Pero esta afectación, que no alteración, se va a producir a la hora de la especialización a novedosas figuras concretas, no en las líneas generales del Derecho Patrimonial, cuya sede ha sido, es y será el propio Código.

Pero este fenómeno de la legislación especial, no acaba aquí. Hay múltiples casos que señalan su continuación; citaremos a modo de ejemplo: Ley de Arrendamientos Urbanos, Ley de Arrendamientos Rústicos, Prenda sin desplazamiento, etc.. A pesar de esta realidad desgajadora del Derecho Civil, que tiene carácter normal y que no parece llamada a reintegrarse en el Código Civil, no se desarticula, por ello, la unidad propia del Derecho Civil y su generalidad que aparece recogida en el artículo 4.3 del «Código» por excelencia, el Código Civil.

#### **4. DERECHO CIVIL COMÚN Y DERECHO FORAL: HISTORIA DE LA PROPIA DESCODIFICACIÓN**

El Ordenamiento jurídico español, no ha sido ajeno a lo que se ha denominado por la doctrina italiana descodificación. Antes al contrario, este fenómeno ha sido algo implícito en el Ordenamiento jurídico civil español. Así la realidad, de lo que debido a MAIANS I SISCAR se denominó Derecho foral, venía a corroborar la existencia de varios polisistemas civiles, que, aunque dominante uno de ellos, el Derecho común, nunca fue un mono sistema, dicho sea esto al itálico modo terminológico de IRTI.

El Derecho foral surge como problema en el siglo pasado de la mano del proceso codificador, al intentar hacer tabla rasa de las diversas particularidades de instituciones civiles territoriales, referidas, por lo general a temas de familia y sucesiones. Habrá que *convenir* con DE LOS MOZOS,<sup>31</sup> que puede ser equivocado hablar del problema foral en términos de pugna entre centralismo y regionalismo o foralismo, y en nuestra opinión, excesivamente simplificador.

##### **4.1. El Proyecto de 1851, la idea codificadora *per excellentiam***

Por lo que toca a Derecho foral, hay que parar mientes, aunque breve sea la parada, en el proyecto de 1851, (en adelante P51) y ello por tres motivos: porque es donde se plantea el Derecho foral como conflicto ante su supresión, por el alcance que tiene el mismo al ser el primer proyecto oficial de código, y por su trascendencia ulterior.

El hecho de que el P51 sea un remedo del Código de NAPOLEÓN, no se va

<sup>31</sup> Ver DE LOS MOZOS, *Introducción a la publicación de los Debates Parlamentarios del Código Civil*, publicada por el Senado en Madrid, 1989, p. 41.

a reflejar sólo en la estructura o el articulado del mismo, sino también en que incorpora al panorama de política legislativa la idea unificadora del Derecho Civil, que no deja de ser una muestra más, quintaesenciada eso sí, del espíritu centralista francés. Dicho proyecto, a través de su artículo 1.992, que no era sino una disposición derogatoria de amplio calado, pretendía dar al traste con todo el Derecho foral, al decir: «*Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la publicación de este Código, en todas las materias que son objeto del mismo y no tendrán fuerza de ley aunque no sean contrarias a las disposiciones de este Código.*»

Lo cierto es que el P51 no fue aceptado, ni por el propio gobierno que lo encargó, ni por gran parte de la doctrina contemporánea al mismo, que mostró su oposición a este recubriéndose con la veste de la Escuela histórica.<sup>32</sup> Esto no obstante también hubo defensores del P51, entre los que cabe destacar a nombres como FALCÓN, MALUQUER, FABIE, ORTIZ DE ZARATE O DANVILA, autor este de la proposición de Código Rural. Igualmente hay que registrar apoyos en las contestaciones a la información pública abierta al respecto por el Gobierno, en las que dentro de críticas concretas lo que se alaba es el hecho de contar con un código ya que era absolutamente necesario.

Hoy en día la doctrina es bastante coincidente en señalar que una, no la única, causa del fracaso del Código fuera la supresión de los derechos forales<sup>33</sup>, así como la falta de voluntad política y la carencia de leyes sobre los procedimientos judiciales, que en aquel momento se estaban discutiendo en el Parlamento. DE LOS MOZOS, por su parte, estima que «*la dificultad de los Derechos Forales, cuya existencia nadie discutía y, de la que no derivaba necesariamente una dificultad insuperable para la codificación, no hubiera sido obstáculo y hubiera podido superarse, como se superó después razonablemente, conservando las particularidades que debían conservarse en cada una de las provincias afectadas*»<sup>34</sup>.

No obstante lo hasta aquí dicho, no podemos perder de vista que esa idea de Código único para el reino español tenía un reflejo constitucional en todas las cartas magnas españolas del siglo pasado<sup>35</sup>. Se podría establecer una clasi-

<sup>32</sup> En sentido parecido ver DE LOS MOZOS, *opus* ant. cit., p. 37 y ss.

<sup>33</sup> Ver por todos GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *Actualidad y perspectivas del pluralismo legislativo en el Derecho Civil español*. Lección inaugural del curso 1993/1994. Universidad de Valladolid, 1993.

<sup>34</sup> Ver DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 38.

<sup>35</sup> Ya en el propio ESTATUTO DE BAYONA de 8 de julio de 1808 se lee en su art. 96: «Las Españas y las Indias se gobernarán por un solo Código de Leyes civiles y criminales». Igualmente en el art. 258 de «LA PEPA» establece que: «El Código Civil, el criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones, que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». No hay ninguna mención en el proyecto de Constitución de ISTURIZ de 1836, ni en el Estatuto Real de 1834, que más bien parece un reglamento de funcionamiento de la Cámara con sus 50 artículos y bajo la forma de Real Decreto. La Constitución de 1837 opta por el único Código y Fuero cuando en su art. 4 dice: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, y en ellos no se establecerá más que un solo Fuero para todos los españoles en los juicios comu-

ficación de las Constituciones del siglo pasado, en virtud de su tratamiento del Código único, entre las que posibilitan el reconocimiento extracodicial del Derecho Foral, y las que hacen tabla rasa de estos particularismos civiles de índole territorial, centrándose en un Código único sin ambages. Entre las primeras hay que destacar la Constitución de 1812, que inaugura dicho reconocimiento con una fórmula muy amplia, «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes», que va a ser reproducida por las otras dos Constituciones que se sitúan en este grupo: la de 1869 y 1876. Entre las segundas, desde el ESTATUTO DE BAYONA hasta la no nata de 1856, pasando por el proyecto de Constitución de ISTURIZ de 1836, la Constitución de 1837 y la Constitución de 1845, en las que mezclando el fuero con el Código, les unifican a ambos, en una posición bastante conservadora, aunque teñida de aires de modernidad.

Este obstáculo constitucional debía ser salvado por los codificadores si de alguna manera querían llevar a buen fin su tarea, ya que impedía el reconocimiento de otras órdenes civiles fuera del Código.

La Constitución de 1845, vigente en ese momento del P51, era tajante al respecto, en el sentido de que «unos mismos códigos regirán en toda la Monarquía», con lo que se estaba cerrando el paso a cualquier Derecho que no estuviera codificado, explicándose así el amplio espectro de la disposición final derogatoria y la idea general de P51. Por lo tanto, el mandato constitucional, contenido en el artículo 4 de la Constitución de 1945, impedía no sólo el desarrollo ni tan siquiera el reconocimiento de los Derechos Forales, al ser realidades extracodificales. Lo cual, unido a otro tipo de razones: centralismo, escuela histórica, etc., explicaría el retraso codificador hasta el presente Código a finales del siglo. Es la Constitución de 1869 la que deja la puerta abier-

nes, civiles y criminales». La Constitución de 1845 ofrece un sesgo de modernidad a la idea de Código único. Así leemos en el Dictamen de la Comisión que «...proclamamos el solemne principio de la unidad de legislación, tan hondamente grabado en las sociedades modernas». Ver Colección de Leyes Fundamentales, edición de Ramón Sainz de Baranda, Zaragoza, 1957, p. 189. Para después en su art. 4 sentar el principio de unidad de Código sin concesiones al decir: «Unos mismos Códigos regirán en todas las Monarquías». En este breve repaso a la regulación constitucional de este tema hay que destacar el hecho de que BRAVO MURILLO, en su proyecto de Leyes Fundamentales de 2-XII-1852, no hace ninguna referencia al Código único. Quizá sea por el fracaso que tuvo el P51, del que él fue uno de los redactores, miembro de la Comisión General de Codificación. El art. 5 de la no nata de 1856 es fiel copia del art. 4 de la Constitución de 1837. Por su parte, la Constitución de 1869 en su art. 91, 3.º y 4.º y la Constitución de 1876 en su art. 75, tienen la misma redacción, a saber: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias, determinen las leyes. En ellos no se establecerá más que un solo Fuero para todos los españoles en los juicios comunes civiles y criminales». A partir de ese momento y tras la publicación del Código se abre una vía independiente para el Derecho catalán que comenzando en la Ley de Bases de MANRESA, de 29-III-1892, en su Base 6.ª indica que Cataluña «cuidará de su legislación civil», pasa por los arts. 14 y 15 de la Constitución de 1931 y desemboca en los arts. 11 y 13 del Estatuto Catalán de 15 de septiembre de 1932, en donde se confiere competencia exclusiva a la Comunidad catalana para la regulación del Derecho Civil y Ley hipotecaria, a excepción de las formas de matrimonio y la ordenación del Registro Civil.

ta a la codificación sin conflictos forales, ya que da un nuevo sentido a la fórmula entronizada por «La Pepa», puesto que exceptúa de la codificación a las instituciones forales, como ha puesto de relieve DE LOS MOZOS<sup>36</sup>.

Desde el tantas veces mencionado P51, hasta la discusión y publicación del Código Civil, se va a estar en un momento de leyes especiales –descodificación sustancial– ante lo que curiosamente se da una protesta de las regiones forales ya que se malpiensa en esta situación como una treta para anular los Derechos especiales, como indica GUILARTE<sup>37</sup>.

#### 4.2. El Código Civil o la solución de compromiso

En realidad, y aunque pueda parecer lo contrario, el Código Civil no realiza su finalidad de unificación legislativa, sino que supone una transacción para el logro de una pluralidad legislativa ordenada.

Con el R.D. de 2-II-1880, y con los Congresos de Zaragoza y Barcelona en donde se manifestaron, de manera transigente (en Zaragoza) y un tanto intransigente (en Barcelona), la existencia e identidad propia de los Derechos Forales, se incorporan a la Comisión de codificación representantes de los territorios forales, con el encargo de redactar sumarios sobre las instituciones civiles de dichas regiones, que por su importancia debieran comprenderse en el futuro Código General, aunque como excepción al mismo. Comienza así, por la vía de la legislación ordinaria, el último episodio precodificador del Derecho Foral. Redactadas las memorias, Alonso MARTÍNEZ, entonces presidente de la comisión, elaboró una Ley de Bases en virtud de la que se trasladaban al Código todas las instituciones forales posibles y las que fueran muy arraigadas, pero de imposible asimilación general, se mantendrían con carácter excepcional, para regularse después por una Ley especial.

Dicha Ley fue recibida de manera hostil por las Cortes, que querían conocer el texto íntegro del Código. Alonso MARTÍNEZ, a la sazón ministro de Gracia y Justicia, presentó los dos primeros libros del futuro Código (personas y bienes), no teniendo éxito.

A pesar de todo esto, había un punto de partida sobre el que recaía un acuerdo general y era el procedimiento de la Ley de Bases. Esto permite a Francisco SILVELA, ministro de Justicia, plantear un Proyecto de Ley de Bases el 12 de enero de 1885, en el que se liman los dos obstáculos principales para que ésta prosperase, a saber: la forma de matrimonio, que se ensambla de manera armónica el carácter católico del Estado y la tolerancia de cultos; y el respeto a los territorios forales de su propio Derecho supletorio, siendo el futuro Código un Derecho supletorio de 2.º grado. Este espíritu estaba recogido en el artículo 5 de dicha Ley de Bases, que establecía: «*Las provincias y territorios en que subsiste el Derecho Foral lo conservarán por ahora en toda su*

<sup>36</sup> Ver DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 41.

<sup>37</sup> Ver GUILARTE ZAPATERO, *Actualidad*, cit., p. 17 y allí referencias.

*integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código que regirá tan sólo como supletorio*». Hay que destacar la claridad con que COLMEIRO, miembro de la Comisión de las Cortes que aprueba dicha Ley, defiende de manera contundente este espíritu cuando dice. «Tratemos de formar un Código general, pero respetemos la legislación foral, es decir, (hagamos) un Derecho General que tenga el carácter de supletorio de la legislación foral.»<sup>38</sup> El problema se resuelve con la conservación y ulterior redacción de apéndices de Derecho Foral.

Por los avatares de la vida, muerte del monarca, y de la política, consiguiente disolución de las Cortes, es de nuevo Alonso MARTÍNEZ quien presenta para su aprobación la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888. En ella se redacta de un modo diferente, más amplio, el antiguo artículo 5.º. Así: *Las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código Civil, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas por sus leyes especiales. El Título Preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio en todas las provincias del reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base tercera, relativa a las formas de matrimonio.*

Muestra del reconocimiento y buena voluntad del poder legislativo, con respecto a los Derechos Forales es el artículo 7, que disponía que la entrada en vigor del Código para Baleares y Aragón se produciría al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se opusiera a sus disposiciones forales y consuetudinarias.

Así, en cumplimiento de la Ley de Bases, que declara subsistente el Derecho Foral en aquellas provincias que lo conserven, se redacta el antiguo artículo 12, que era una copia casi literal de la disposición respectiva de la Ley de Bases. Después de la reforma del Título Preliminar, el nuevo artículo que refleja el cumplimiento de la Ley de Bases es el artículo 13, que es un fiel remedo, puesto al día y de acuerdo con la nueva situación, del antiguo artículo 12, ya mencionado.

La solución a la cuestión foral se encuentra con el reconocimiento de la

<sup>38</sup> Ver en los *Debates Parlamentarios*, edición del Senado citada, Tomo I, la intervención del COLMEIRO en la sesión de 20-II-1885, p. 1261/38. Por su parte, Benito GUTIÉRREZ, en una sesión anterior, la de 19-II-1885, y desde unos planteamientos algo más académicos, distingue en pro del Código, entre reforma, codificación y unificación, y para este autor no es asumible la idea de que no hay codificación si no hay unidad, que él modifica en el sentido de que el Código no trata de unidad, sino de uniformar el panorama civil español, por lo que, citando a Alonso MARTÍNEZ, recomienda el respeto al régimen foral, diciendo que si sería de desear que no existiera, no puede enmendarse en un día la obra de siglos. (...) la Constitución vigente, a imitación de la de 1812, al trasladar a su art. 75 la promesa de que unos Códigos regirán en toda la Monarquía, añadió, con exquisita previsión: «sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes». Ver. *Debates* cit. Tomo I, sesión de 19-II-1885, p. 1250/29.

duplicidad legislativa en coexistencia, al que hay que añadir el nombramiento de representantes forales en la Comisión General de Codificación. Como dice GUILARTE<sup>39</sup>, «... suponen también, al reproducirse exactamente en los artículos 12 y 13 del Código, la consolidación de la diversidad legislativa y el abandono definitivo de la unificación civil en un solo texto legal y sin que el matiz por ahora, añadido a la conservación de los derechos especiales, representara otra cosa que una fórmula más o menos habilidosa de no abdicar llanamente de aquel propósito mantenido, aunque con poco vigor, a lo largo del siglo».

...Quedaba cerrada, al fin y a la postre, la idea de unidad del Derecho Civil, aunque ello, desde una perspectiva técnica, supusiera un retroceso, ya que, como dijo DE CASTRO: «la solución del Código Civil significa el abandono de las aspiraciones unificadoras del Derecho nacional, admitiendo como solución transaccional la pluralidad legislativa, con la esperanza de recopilar las arcaicas instituciones forales en unos futuros apéndices. Fue además un retroceso en la evolución jurídica, al desconocerse el valor que había logrado el Derecho común (de origen castellano) e imponer forzosamente las reglas romanas, contra cuya vigencia se defendieron los antiguos juristas»<sup>40</sup>.

En cualquier caso, habrá que convenir con DE LOS MOZOS que, si bien el juicio de DE CASTRO es riguroso desde un punto de vista técnico, sin salirnos del estricto marco jurídico, donde también juega el criterio de la oportunidad, el optar por esta solución se tradujo en la posibilidad y viabilidad de llevar a cabo la codificación<sup>41</sup>.

Las relaciones entre ambos polisistemas quedaron configurados de la manera siguiente: Los Derechos Forales subsisten y su régimen se mantiene, sin que sufran alteración alguna por la publicación del Código. Conservación, por tanto, de los mismos; el Código aparece como Derecho general y en la misma situación que tienen las demás leyes generales en cuanto a su eficacia, pues establece los efectos de las leyes y las reglas generales de su aplicación; el Código aparece como un Derecho supletorio de segundo grado, en defecto de Derecho supletorio propio, caso catalán, o como Derecho supletorio de primer grado. Por último la idea de la codificación de los Derechos Forales a través de apéndices tiene la puerta abierta para su ejecución.

Resta, pues, la idea de codificar los Derechos Forales pero no independientes, sino como partes de un todo. Esto es, como Apéndice que se uniera al Código Civil. Al menos éste es el mandato que encierra en el artículo 6 de la Ley de Bases.

La primera fase, de los apéndices, es breve, y nos muestra la inmadurez de la cuestión foral, que se encuentra lejos de la unidad legislativa.

El R.D. de 24-IV-1899 crea las comisiones especiales compuestas por letrados forales, para la redacción de los correspondientes apéndices.

<sup>39</sup> Ver GUILARTE ZAPATERO, *Actualidad*, cit., p. 20.

<sup>40</sup> Ver DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil*, cit. 1, p. 248.

<sup>41</sup> Ver DE LOS MOZOS, *Introducción*, cit., p. 52.

En realidad, lo que se llega a demostrar es gran lentitud en sus trabajos y muestra de ineficacia, puesto que el único Apéndice que llegó a ser leído fue el de Aragón, veintiséis años más tarde por R.D. de 7-XII-1925.

Consta de 78 artículos, una disposición transitoria, y va a ser la expresión del Derecho Foral aragonés, hasta que la Compilación le derogue en 1967. Ciertamente este Apéndice ha sido criticado por ser un cuerpo fragmentario que recoge instituciones reformándolas, de manera no siempre acertada.

#### 4.3. La Constitución de 1931: reconocimiento de la pluralidad legislativa

El tercer tramo a considerar está marcado por la actividad legiferante de la Segunda República, pero con una orientación completamente distinta, ya que la Constitución del año 31 permitió, en su artículo 11, la creación de regiones autónomas con su cuota de poder legislativo independiente del Estado. El único Estatuto que llegó a aprobarse fue el catalán, y en utilización de su cuota de poder legislativo, publicó una ley de mayoría y habilitación de edad y una ley sobre capacidad civil de la mujer y de los cónyuges.

Claramente este período es un período que marca un significado carácter disgregador de la unidad legislativa en el campo civil en España. Las diversas regiones tenían competencia civil con una escasísima reserva para el Estado: *formas de matrimonio, registros e hipotecas, bases de obligaciones y normas de conflicto*, con independencia de su pasado foral. Se estaba ante un régimen antiforalista pero por carta de más. Se trataba de un régimen autonomista.

#### 4.4. Afirmación del Derecho Foral en busca de la unidad de Código, el nacimiento de las compilaciones

La tercera etapa, como reacción al régimen anterior y, en realidad hija de la guerra civil, va a tener en su primer momento un aspecto derogatorio de amplio contenido. Se deroga desde la Constitución de 1931, hasta el Estatuto catalán, y esto con «efectos retroactivos», ya que la Ley de derogación de 5 de abril de 1938 retrotrajo el momento en el que dejó de tener validez dicho cuerpo legal al 17 de julio de 1936. Otra ley posterior, de 8 de septiembre de 1939, es de más amplio aspecto, ya que dejó sin efecto ni aplicación toda la actividad legislativa del Parlamento catalán y las resoluciones del Tribunal de Casación. Esto supone el fin de la legislación anterior, de cariz netamente independentista, de fuerza centrípeta, y el restablecimiento del régimen del Código Civil, retomándose el asunto del Derecho Foral.

El segundo momento tiene como norte la unificación del Derecho Civil. Su punto de arranque es el Congreso Nacional de Derecho Civil de Zaragoza, que a instancias del Consejo de Estudios de Derecho Aragonés se autorizó por Orden de 3 de agosto de 1944, y tras largos trabajos preparatorios se llevó a cabo del 3 al 9 de octubre de 1946.

Realmente estamos ante un Congreso de unificación del Derecho Civil que

pretende la elaboración de un Código General de Derecho Civil, que recoja las instituciones de Derecho común, las de Derecho Foral y las peculiaridades de algunas regiones, según su forma y espíritu tradicional –intento de depuración de las instituciones–. Esta intención, se manifiesta de una manera progresiva que mira al futuro, ya que, para un mejor acomodo, deben tenerse en cuenta las exigencias de la evolución jurídica y social.

Pero ésta era una tarea compleja y de realización demediada por el tiempo. Así, se señalan las diferentes fases por las que debe pasar la realización de este Código General de Derecho Civil Español, para un mayor eco de las instituciones nacionales. En primer lugar, deben reunirse y compilarse las instituciones forales según su vigencia, su uso y las necesidades del momento. Después deberán de publicarse para su conocimiento y arraigo. Una vez publicadas entrarán en vigor y se procederá a su estudio, perfilando la manera en que deban quedar recogidas en el mencionado Código General. Por último, habrá que someter a estudio todas las fuentes e instituciones vivas nacionales, para, hallando el fondo jurídico común de todo el territorio nacional, fundar sobre él, doctrinalmente, el futuro Código General. Dos tareas más, simultánea una y posterior otra, completaban el cuadro de actuaciones para el logro de ese utópico Código nacional. Simultánea era la publicación de una ley general que resolviera los problemas existentes de derecho interregional. Aspecto este que de alguna manera fue recogido en la modificación del Título Preliminar de 1974, en su capítulo IV y en su artículo A 16. Posterior, y cierre de este proceso, sería la reunión de un nuevo Congreso Nacional, para examinar el futuro Código General, siendo el estudio y redacción de las instituciones forales encomendado a los juristas de los dichos territorios. Curiosa herencia, ésta, del pasado inmediato.

Así las cosas, el Gobierno puso manos a la obra, y por Decreto de 23 de mayo de 1947 dispuso la constitución de comisiones que redacten los anteproyectos de compilación. Poco tiempo más tarde, por dos órdenes de 24 de junio y 23 de julio de 1947 se nombran las comisiones de Aragón, Cataluña, Baleares, Galicia, Álava y Vizcaya. La Comisión de Navarra espera a que por Orden de 10-XI-1948 se autorice a la Diputación Foral a realizar los nombramientos.

Las comisiones, una vez finalizados los anteproyectos<sup>42</sup>, les remiten al Gobierno, quien a su vez les envió a la Comisión General de Codificación, en cumplimiento del mandato del artículo 6 de la Ley de Bases. Fijadas las correcciones pertinentes por la Comisión, fueron devueltos al Gobierno, que los aprobó, pasando a las Cortes como proyecto, donde con las modificacio-

<sup>42</sup> Podemos encontrar los textos íntegros de los citados anteproyectos en las siguientes publicaciones: PACUAL Y GONZÁLEZ, *Derecho Civil de Mallorca*, Mallorca, 1951; el catalán fue publicado en un número extraordinario dedicado monográficamente al mismo por la *Revista Jurídica de Cataluña* de 1956, núm. 5; el novísimo proyecto de apéndice foral gallego, en *Revista de Estudios Políticos* XXIV, 1949; la Comisión de Aragón, publicó el «Anteproyecto de Compilación de Derecho Civil de Aragón», Zaragoza, 1962; Fuero recopilado de Navarra. Pamplona, 1959.

nes pertinentes, introducidas por la Comisión de Justicia de las Cortes, encontraron la luz como Ley<sup>43</sup>.

Las compilaciones han significado un avance decisivo para el Derecho Foral dándole una certeza, al fijar sus instituciones, y permitiéndole una mayor incidencia en el orden jurídico nacional. Por otra parte, al estar las instituciones ya fijadas, permite y posibilita una actualización y depuración de las mismas, además de su práctica en su ámbito territorial.

Otro aspecto a destacar es que la existencia de este tipo de codificación foral permite y facilita la unificación legislativa, y ello en base a dos motivos. De una parte, se posibilita la incorporación de las instituciones forales al Derecho Común, o mejor dicho, de aquellas instituciones forales útiles al Derecho Común. De otra, señalar que el Código Civil contiene instituciones que han sido deformadas en su recogida, y que pueden servir de punto de unión entre ambos cuerpos legales; por ejemplo: la mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales, la renuncia a la sociedad de gananciales, la partición de la herencia por el testador, el germen de sucesión contractual que late en el artículo 1331. Podríamos señalar una posible comunicación por ósmosis entre el Derecho Civil común y los Derechos Forales, que por las dos vías señaladas tendería a unificar, si no formalmente, sí al menos sustancialmente, Derecho Común y Derecho Foral<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Las fechas de sanción de las Compilaciones son las siguientes: Vizcaya y Alava, 30-VII-1959; Cataluña, 21-VII-1960; Baleares, 19-IV-1961; Galicia, 2-XII-1963; Aragón, 8-IV-1967; Navarra, su publicación tuvo lugar en el *BOE*, en las siguientes fechas: 31-VII-1958; 22-VII-1960; 21-IV-1961; 5-XII-1963 y 11-IV-1967.

<sup>44</sup> Sin ánimo de ser exhaustivos, señalaremos la bibliografía más importante sobre las Compilaciones, a saber: de Aragón: CASTAN TOBEÑAS, *Aragón y su Derecho*. Zaragoza, 1967; MARTÍN BALLESTEROS y COSTEA, «Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», en *ADC*, 1967, pp. 651 y ss.; BATALLA, «Antecedentes panorámicos de la Compilación aragonesa», en *ADC*, 1967, pp. 675 y ss.; LA CRUZ, «Objetivos y métodos de la Compilación aragonesa», en *RCDI*, 1968, pp. 285 y ss. Sobre Baleares: HERNÁNDEZ CANUT, «La Compilación de Derecho Civil especial de Baleares», en *ADC*, 1961, pp. 639 y ss.; SUBIAS, «La Compilación en el Derecho Civil especial balear» en *RGLJ*, 1961, pp. 619 y ss.; VERGER GARAU, «Innovaciones introducidas en el Derecho Civil especial de Baleares», en *Estudios de Derecho Privado*. Madrid, 1962, pp. 77 y ss.; CLAR GRAU, «La Compilación de Derecho Civil especial de Baleares», en *RDN*, 1962, pp. 265 y ss.; Pascual González, «Derecho Civil especial de Baleares: La Compilación», en *Estudios*, CASTAN II, pp. 441 y ss.; MASSOT MIQUEL, «El Derecho Civil de Mallorca», *Comentarios al Código Civil y a las Compilaciones forales XXXI-1*. Madrid, 1980. Sobre la Compilación catalana: CONDOMINES y FAUS, *Derecho Civil especial de Cataluña*. Barcelona, 1962; GASSIOT, comentarios a la *Compilación especial de Cataluña*, Barcelona, 1962; PORCIOLES, «La Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña», en *RGLJ*, 1960, pp. 403 y ss. ROCA SASTRE y otros, *Comentarios a la Compilación de Derecho Civil especial de Cataluña*, Barcelona, 1961; Cátedra DRUAN I BAS, *El Derecho catalán en la jurisprudencia*, obra de ocho volúmenes que se publicó en Barcelona entre 1968 y 1971; PUIG FERRIOL y ROCA I TRIAS, *Fundamentos del Derecho Civil catalán*. Barcelona, 1979. Asimismo el estudio en *Comentarios al Código Civil cit. XXV*. Sobre la Compilación gallega: vid. GASTAN TOBEÑAS, «La Compilación de Derecho Civil especial de Galicia», en *RGLJ*, 1963, p. 707 y 55. RODRÍGUEZ VAICARCE, «El denominado Derecho Foral gallego y su Compilación», en *Centenario de la Ley del Notariado III-2*, pp. 735 y 55.; PAZ ARES, *La Compilación de Derecho Civil especial de Galicia*, Sala-

Prueba de estos acercamientos unitaristas y de la coherencia del Ordenamiento jurídico civil la dan las compilaciones en su sistema de fuentes, ya que el Código Civil es la fuente de remisión que cierra los derechos especiales. Veámoslo con más detenimiento. La Compilación de Aragón expresa la preferencia de sus normas respecto del Código Civil, pero en lo no previsto en la Compilación regirán el Código Civil y las demás disposiciones del Derecho General español; las costumbres y los principios generales deben entenderse referidos a lo dispuesto en la Compilación.

Por lo que toca a la Compilación balear, establece un sistema más sencillo, ya que en lo no prevenido en la Compilación, ni en sus fuentes supletorias, regirá el Código Civil en lo que no se oponga a la Compilación, y las fuentes jurídicas de aplicación general.

Por su parte, el sistema de Cataluña, Galicia, Vizcaya y Álava es similar, no así el de Navarra, que presenta sus particularidades. Su orden jerárquico es como sigue: La costumbre prevalece mientras no se oponga a la moral o al orden público, en cuyo caso prevalece el Derecho escrito. La Compilación está en segundo lugar. Los principios generales del Derecho navarro, que son los de Derecho Natural. En último lugar, el Código Civil, las Leyes Generales de España.

En general, las compilaciones han ido sustituyendo las fuentes preexistentes, reduciéndolas a su carácter interpretativo. Esto supone que del Derecho escrito o consuetudinario anterior a la Compilación desaparece su vigor. Por ejemplo, la costumbre no puede ser «contra legem», y sólo en Navarra, esta costumbre prevalecerá sobre la Compilación. Por lo tanto, el Código Civil es el que ocupa el lugar de fuente supletoria en último grado, por lo que regirá, en defecto de los sistemas de fuentes de las compilaciones, lo dispuesto en el artículo 1 del Código Civil. ESPIN, pone de manifiesto que las «Compilaciones y Código Civil resultan así cuerpos legales complementarios, en el sentido de aplicarse directamente el Código, en tanto no exista norma en la Compilación, ni resulte contradictoria su aplicación. En Aragón y Navarra, después de aplicar sus propias fuentes subsidiarias»<sup>45</sup>. ¿Puede pedirse más coherencia y unidad sistemática?

---

manca, 1964; ABRAIRA LÓPEZ, «Derecho Foral gallego», Santiago, 1970, el volumen XXXII de *Comentarios* cit. Madrid, 1979. Sobre el Derecho Civil especial navarro: *vid.* Estudio general de Navarra, *Curso de Derecho Foral navarro*, Pamplona, 1958; SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra*, obra que en diez volúmenes fue publicada en Pamplona entre los años 1971 y 1976; SANTOS BRIZ, «La codificación del Derecho Foral de Navarra» en *RDP*, 1971, pp. 1149 y ss.; NAGORE YARNOZ, «La Compilación del Derecho Civil o Fuero de Navarra» en *RGLJ*, 1973, pp. 361 y ss. De la Compilación de Vizcaya: *vid.* LEZON, «Las dos legislaciones vigentes en Vizcaya», en *RCDI*, 1963, pp. 796 y ss.; CELAYA, *Vizcaya y su Fuero Civil*, Pamplona, 1965, y *Su aportación a los Comentarios*, cit., vol. I, XXVI. Madrid, 1978. Para un análisis pormenorizado de las instituciones concretas y una bibliografía más amplia, ver lo contenido en los comentarios citados que dirigidos por ALBALADEJO, presentan una orientación bibliográfica más completa.

<sup>45</sup> Espín CÁNOVAS, *Manual del Derecho Civil español*, pp. 75 y ss. En este criterio son coincidentes una gran parte de los autores españoles, entre otros: DELGADO ECHEVARRIA y LA CRUZ, «Fuentes e interpretación del Derecho Civil catalán», en libro del *II Congreso Jurídico Catalán*, Barcelo-

#### 4.5. La reforma del Título Preliminar

Antes de seguir adelante con el análisis del Derecho Foral hay que hacer mención de la reforma del Título Preliminar del Código. Esta reforma supuso una nueva alteración del sistema ya que, cuando se acomete su reforma, los Derechos Forales se encuentran codificados, con lo que habrá que tener en cuenta lo regulado en las compilaciones en cuanto a fuentes y demás materias conflictivas, a veces no tanto, que han presidido las relaciones entre Derecho Común y Foral<sup>46</sup>.

Vista la regulación que de las fuentes hacen las diversas compilaciones, conviene examinar cual sea la que hace el Código Civil. El actual artículo 13 prevé un sistema similar, al decir: «Las disposiciones de este Título Preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV, del Libro I, con excepción de las normas de este último, relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España. En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales». Trata este artículo de delimitar el ámbito de aplicación del Código, teniendo en cuenta la diversidad de regímenes jurídicos existentes en nuestro país.

De la comparación entre la regulación anterior y la actual<sup>47</sup> se obtienen las siguientes novedades: En primer lugar, el Derecho Foral no parece que esté en situación transitoria, como parecía que lo estaba antes, según se desprendía de la expresión «por ahora». En segundo lugar, la afirmación de una nueva idea, que ensalza el papel del Derecho Foral, cual es el «pleno respeto» a los derechos civiles especiales. Idea esta que, como veremos, va a dar un juego mucho mayor al Derecho Civil especial, siendo el comienzo de una nueva etapa. En

na, 1972, pp. 173 y 189 y ss. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil*, cit. I-I, p. 335; Díez PICAZO-GULLÓN, *Sistema*, cit., pp. 94 y ss.; DE LOS MOZOS, *Derecho Civil*, cit. pp., 350 y ss. Hay, sin embargo, opiniones discrepantes, que alejan la aplicación supletoria del Código Civil, para esto *vid.* LA LAGUNA, *Aplicación del Código Civil*, cit., pp. 331 y ss.; FIGA Y FAURA, «La Compilación en sus conexiones con el Código Civil», en *Comentarios*, cit., p. 109, y «El nuevo título preliminar del Código Civil y el Derecho catalán», en *DJ*, 1974, pp. 1395 y ss.

<sup>46</sup> Ver LA LAGUNA en sus comentarios al Código Civil, tomo I, Edersa, 1978, p. 473. Igualmente para una mayor pormenorización del estudio de la influencia de la Reforma del Título Preliminar, ver del mismo autor: «Valor del Código Civil como Derecho Común después de la reforma del Título Preliminar», *Documentación Jurídica*, 1974, pp. 1261 y ss., y «Aplicación del Código Civil como supletorio de otras leyes», *R.D.P.* 1976, pp. 598 y ss.

<sup>47</sup> El antiguo art. 12, reformado en 1974, decía: "Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del Título IV del Libro I. En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste Derecho Foral los conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración, su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio, en defecto del que lo sea, en cada una de aquéllas por sus leyes especiales».

definitiva, se puede decir que en lo fundamental no se ha cambiado la configuración anterior del Derecho Foral. No olvidemos que el respeto es al Derecho Foral existente de las compilaciones. Aunque podemos señalar algunas diferencias de trato derivadas del principio de pleno respeto y de los sistemas de fuentes de las compilaciones.

Dos son los principales problemas que plantea el primer párrafo de este artículo 13. El primero es el de la aplicación del Título Preliminar. Hemos visto antes cómo éste tiene un valor de Ley Constitucional y un contenido común a todo el Ordenamiento jurídico español. El problema surge cuando el mismo artículo limita su aplicación en cuanto determina los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación. Si entendiéramos esta aplicación restringida, de alguna manera iríamos contra el espíritu del Título Preliminar, que se mueve dentro de unos ámbitos muy amplios, como se ha fijado en otro sitio de este trabajo. Por eso creemos que debe extenderse la aplicación del título preliminar, en lo relativo al Derecho Foral, no sólo a los capítulos II y III, sino a todas las materias cobijadas en él.

Para las materias del artículo primero, DE LOS MOZOS dice que los derechos forales para nada pueden cohartar la eficacia general de los contenidos del Título Preliminar, por ser ésta una consecuencia de la naturaleza de derechos especiales o territoriales<sup>48</sup>. En realidad, el sistema de cada Compilación rige en su territorio con preferencia al Código Civil, pero es suplido por éste. La misma solución en la aplicación hay que adoptar para los capítulos II y III, ya que es el mismo artículo 13 el que hace expresa mención a estos. Por lo que toca a las materias de los capítulos IV y V, parece que la aplicación debe ser uniforme ya que son normas de naturaleza procedimental y normas de remisión o de conflicto, tanto de Derecho Internacional como de Derecho Interregional. Pensemos que el mismo artículo 13 se encuentra dentro de estos dos capítulos.

El segundo problema que se plantea es la exclusión del campo del Derecho Común de las normas relativas a la economía del matrimonio. La posible colisión con el artículo 14 de la Constitución surge en torno al régimen económico matrimonial primario. La desuniformidad en el trato de los contrayentes en torno a este tema estaría estableciendo una discriminación por razón de nacimiento o de circunstancia personal, como puede ser la vecindad civil, y no olvidemos que la vecindad civil determina la sujeción al Derecho Civil o Foral. Si bien esta posible inconstitucionalidad fue reformada por la Ley 11/1990, que en su disposición transitoria imponía la no alteración de la vecindad civil por el matrimonio permitiendo la opción por la vecindad del otro cónyuge. El resto del Código es de aplicación general y directa en todos los territorios comunes y subsidiaria en los de Derecho especial.

Por último nos queda señalar las dos consecuencias que podemos extraer del principio de pleno respeto. Una primera es que aquel derecho que se aplique en el ámbito territorial debe hacerse conforme a sus propios principios. La

<sup>48</sup> Cfr. DE LOS MOZOS, *Derecho Civil*, cit., pp. 322 y 323.

segunda es que, dentro de su propio territorio, el Derecho Común será el compilado. Fuera de estos límites, el Derecho compilado podrá a lo sumo tener un criterio hermenéutico.

Podemos, por tanto, establecer un esquema en el momento presente, en nuestro país; de una parte, un Derecho diversificado que gira principalmente en torno al derecho de familia y sucesiones, y un derecho uniforme fundamentalmente de tipo patrimonial.

#### 4.6. La Constitución de 1978

El último tramo a analizar es el que está marcado por la Constitución de 1978 (C78 en lo sucesivo), que viene a suponer una nueva etapa en la dialéctica Derecho Común / Derecho Foral, que tuvo su inicio en los decretos de nueva planta de Felipe V y el P51.

El principio general existente en la Constitución española es el de amparo y respeto a las legislaciones forales, reconociéndose un poder legislativo a las nuevas entidades, surgidas de la división territorial del Estado español en Comunidades Autónomas, a través de sus propios parlamentos autonómicos<sup>49</sup>. Este hecho trae como consecuencia el que los Derechos Forales tengan una proyección de futuro, ya que tiene la posibilidad de vivir bajo la forma de Ley y, como veremos más adelante, la posibilidad del surgimiento de un nuevo Derecho Civil autonómico, si bien en materias, en principio, concretas.

Como principio previo a destacar y como indica GUILARTE con agudeza, la C78 subordina a sus propios principios la existencia, conservación y desarrollo de los Derechos Forales, por lo que la primera medida ha sido la adaptación de las compilaciones a los dictados de la C78<sup>50</sup>. Conviene llamar la atención que esta mera actualización supone el que el Derecho Foral suelte sus amarras históricas, al menos en el hecho de puesta en consonancia con la Constitución, lo cual supone un embate a su fundamentación histórica y al mismo tiempo una perspectiva de futuro real (conservar, *modificar*, *desarrollar*).

La C78 recoge los siguientes principios, en el tema que nos ocupa, a saber: abandono del criterio unificador; reconocimiento, garantía y protección de la legislación foral a través del amparo constitucional. Ahora bien, este principio general tiene una determinación a la hora del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en su artículo 149, 1, 8 que dice: «*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8.ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las CC.AA. de los Derechos civiles forales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas*

<sup>49</sup> Ver LACRUZ BERDEJO, *Elementos*, cit. I, Introducción. Barcelona, 1988, p. 102.

<sup>50</sup> Ver GUILARTE, *Actualidad*, cit., p. 27.

*para resolver conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto en este último caso a las normas de Derecho Foral o especial»<sup>51</sup>.*

Lo cierto es que este artículo tiene una redacción muy desafortunada, y va a dar origen a una gran cantidad de problemas, de entre los que destacaremos en síntesis los siguientes:

*La primera cuestión a tener en cuenta sería el ámbito competencial que se atribuye en este artículo.* En efecto, el sentido de esta atribución de competencias es distinto cuando habla del Estado y cuando habla de las Comunidades Autónomas. El primero tiene una esfera general. Éstas, un ámbito territorial circunscrito a la región foral<sup>52</sup>. Esto es, tienen la exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Foral, sin que para nada puedan traspasar este objetivo que está marcado por la C78. Así pues, el Estado no puede invadir este ámbito competencial de las CC.AA., pero no es menos cierto que el Código Civil es Derecho estatal y que por este motivo será de aplicación general y directa en aquellos casos previstos legislativamente, y su aplicación tendrá el carácter de fuente supletoria en el resto de los casos. Ello resulta del artículo 149, n.º 3 *in fine* que dice: «El Derecho estatal será en todo caso supletorio del Derecho de las CC.AA.».

Se ha querido mantener que la reserva dispuesta en el artículo 149, n.º 1, 8, «en todo caso» al Estado sobre determinadas regulaciones, vendría a suponer, en una interpretación a contrario, la posibilidad que tendrían las Comunidades Autónomas de desplegar sus competencias estatutarias para el desarrollo del Derecho Foral en el campo no cubierto por aquellas materias específicamente reservadas al Estado, aunque fueran ajenas al ámbito regulado por el Derecho Foral al momento de entrar en vigor la Constitución.

Esta interpretación ha sido rechazada por el T.C. de manera expresa en su sentencia de 12/III/1993, que resolvía el recurso de inconstitucionalidad n.º 1392/1988, promovido por el presidente del Gobierno contra la Ley 3/1988 de 25 de abril, de las Cortes de Aragón, sobre equiparación de hijos adoptivos, y cuya doctrina se ha visto ratificada por la posterior sentencia de 6 de mayo de 1993, dictada al resolver el Gobierno el recurso de inconstitucionalidad n.º 2401/1990, promovido por el presidente del Gobierno contra el artículo único del texto refundido de la compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares, aprobado por D. Legislativo 79/1990 de 6 de septiembre, del gobierno Balear, en la medida que da redacción a los artículos 1 y 2 de dicho cuerpo normativo.

La sentencia citada en primer lugar da una respuesta negativa al argumento antes señalado cuando dice: «*El citado precepto constitucional, tras atribuir al Estado competencia exclusiva sobre la legislación civil, introduce una*

<sup>51</sup> En términos similares también se expresaba el art. 15 de la Constitución de 1931 y la explicación del mismo en el discurso preliminar del presidente de la Comisión redactora en Colección de Leyes Fundamentales. Edición Sainz de Varanda, Zaragoza, 1957, pp. 648 y ss. y 658 y ss.

<sup>52</sup> Ver en el mismo sentido GUILARTE. *Actualidad*, cit., p. 27.

garantía de foralidad civil a través de la autonomía política, garantía que no se cifra, pues, en la intangibilidad o supralegalidad de los Derechos civiles especiales o Forales, sino en la previsión de que los Estatutos de las CC.AA.: en cuyo territorio aquéllos rigieran a la entrada en vigor de la Constitución puedan atribuir a dichas Comunidades competencia para su conservación, modificación y desarrollo. La ulterior reserva del Estado por el mismo artículo 149, 1, 8, de determinadas regulaciones “en todo caso” sustraídas a la normación autonómica no puede ser vista, en coherencia con ello, como norma competencial de primer grado que deslinde aquí los ámbitos respectivos que corresponde al Estado y que pueden asumir ciertas Comunidades Autónomas. Pues a aquél –vale reiterar– la Constitución le atribuye ya la “legislación civil”, sin más posible excepción que la “conservación, modificación y desarrollo” autonómico del Derecho Civil especial o foral. El sentido de ésta, por así decir, segunda reserva competencial en favor del legislador, estatal no es otro, pues, que el de delimitar un ámbito dentro del cual nunca podrá estimarse subsistente ni susceptible por tanto de conservación, modificación o desarrollo de Derecho Civil especial o foral alguno, ello, sin perjuicio, claro está, de lo que el último inciso del artículo 149, 1, 8 se dispone en orden a la determinación de las fuentes del Derecho».

La segunda temática es que deba entenderse por «Legislación Civil». En esta expresión se comprenden todas las materias que se han venido englobando en lo que tradicionalmente se ha denominado Derecho privado, excluyendo, eso sí, las mencionadas en el artículo 149 ó 148 e incluyéndose las del artículo 149, 1, 8, Código Civil y Compilaciones forales<sup>53</sup>.

La tercera reflexión va referida a cuales sean las CC.AA. que tengan estas competencias atribuidas por la C78. En este mismo número del artículo 149, 1, 8 se dice «allí donde existan». Sin entrar en mayores profundidades podríamos señalar que sólo aquellas CC.AA. con Derecho vigente al momento de entrar la C78 en vigor serían las que tienen competencias para la conservación, modificación y desarrollo de su Derecho Foral. La vigencia de este Derecho Foral en principio vendría delimitada por la existencia de Compilaciones a las que habría que añadir el Fuero del Baylio. No en balde, como dice BERCOVITZ, el artículo 149, 1, 8 de la C78 no es causa para resucitar derechos históricos, sino para actualizar derechos vigentes «allí donde existieran». (...) Esto es así porque, de lo contrario, no habría dificultad en admitir que todas las CC.AA. pueden asumir la competencia del artículo 149, 1, 8 de la C78, puesto que no hay ninguna que no haya contado en algún momento histórico con un propio Derecho Civil más o menos amplio<sup>54</sup>. Nuevamente apreciamos el criterio his-

<sup>53</sup> En este sentido, ver BERCOVITZ, «El Derecho Civil en los estatutos de autonomía». A.D.C., 1984, p. 392, y GUILARTE, *Actualidad*, cit., p. 27.

<sup>54</sup> Ver BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., «La conservación, modificación y desarrollo de los Derechos Civiles forales o especiales», en *Derecho privado y Constitución*, 1. revista del Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 60.

toricista que emplea la Constitución a la hora de atribuir competencias y por lo que hablaríamos de una solución foralista y no autonomista.

*La cuestión que más problemática suscite quizá sea la que se deriva de ese triple calificativo del artículo que ahora estudiamos. Nos referimos a la posibilidad de conservar, modificar y desarrollar el Derecho Foral. Los dos primeros calificativos no plantean mayor problema, donde se plantean es en torno al concepto de «desarrollar». Doctrinalmente se ha abierto un abanico de posturas que van desde aquellos que, como Carlos LASARTE, reducen a la mínima expresión el término desarrollo equiparándolo a modificación<sup>55</sup>, hasta los que entiende que el sentido atribuible al término «desarrollar» permite entender que la Comunidad Autónoma tiene competencia que le permite legislar sobre todo el Derecho Civil, excluidas las materias con reserva expresa a favor del Estado<sup>56</sup>.*

*Ha sido el T.C. en las dos sentencias antes mencionadas el que ha venido a sentar la interpretación más acorde con el dictado constitucional. En este sentido reproduciremos una parte de la sentencia de 6 de mayo 1993, que dice: «Nos ocupamos también en la sentencia 88/1993 del alcance de los conceptos constitucionales y estatutarios de “conservación, modificación y desarrollo” de los Derechos Civiles especiales o forales. Esta última noción, la de desarrollo, es, como después se verá, la que aquí más importa y sobre ella declaró el Tribunal (F.J. 3.º), que la C78 permite, al emplearla, que los Derechos Civiles especiales o forales preexistentes puedan ser objeto de una acción legislativa que haga posible su crecimiento orgánico, reconociendo así la C78 no sólo la historicidad y la actual vigencia, sino también la vitalidad hacia el futuro de tales ordenamientos. Ese crecimiento, con todo, no podrá impulsarse en cualquier dirección ni sobre cualesquiera objetos, pues no cabe aquí olvidar que la posible legislación autonómica en materia civil se ha admitido por la C78, no en atención a una valoración general y abstracta de lo que pudieran demandar los intereses respectivos (artículo 173-C78) de las Comunidades Autónomas, en cuanto tales, sino a fin de garantizar, más bien, determinados Derechos Civiles forales especiales vigentes en ciertos territorios. Es claro, en todo caso, que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos entonces no normados por aquellos Derechos, y así esta competencia no queda rígidamente vinculada al contenido actual de las compilaciones o de otras normas de los ordenamientos civiles o especiales; cabe por ello, que las CC.AA. dotadas de Derecho Civil especial o foral regulen “instituciones conexas” con las ya reguladas en la Compilación, dentro de una actualización o innovación de sus contenidos según los principios informadores del Derecho Foral».*

<sup>55</sup> Ver LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1990, *passim*.

<sup>56</sup> Ver en este sentido ROCA I TRIAS, E., *Instituciones del Dret Civil de Catalunya*, Barcelona, 1988, *passim*.

Por lo tanto, la posibilidad que reconoce el T.C. al ejercicio de la competencia legislativa a las CC.AA. permite el crecimiento de ese Derecho Civil foral, pero de manera limitada «*ratione materiae*», ya que tiene que tratarse de instituciones conexas con otras reguladas en la Compilación y, en segundo lugar, que se efectúe la actualización según los principios informadores peculiares del Derecho Foral.

Esta solución no ofrece un camino claro a lo que deba entenderse por desarrollo, ya que por su esencial imprecisión (materias conexas, principios generales), resulta de extrema dificultad práctica precisar la existencia de esa conexión. ¿Cómo debe ser la misma? Podemos deducir de los argumentos generales mantenidos a lo largo de esta exposición, que dicha conexión vendrá limitada por las instituciones que aparecen reguladas en las actuales compilaciones, esto es, las materias vigentes en el ámbito foral al momento de aprobar la C78, pues como decíamos antes no se trata de revivir Derecho histórico no vigente en el momento indicado. En segundo lugar, y en lo que parte de la doctrina parece estar de acuerdo<sup>57</sup>, es que esa relación de conexión debe ser inmediata y directa, ya que si no, no sería difícil, como precisa GUILARTE, encontrarla casi siempre, dada la intensa interrelación de muchas de las instituciones civiles y de la común proyección de sus efectos en distintos ámbitos de su ordenamiento<sup>58</sup>. Concluiremos con BERCOVITZ «que es inevitable admitir una solución con un amplio margen de indeterminación, que deberá irse determinando a través de ejemplos o casos concretos»<sup>59</sup>.

En este mismo artículo, a la hora de hacer el catálogo de materias cuya regulación se reserva el Estado, observamos que éstas coinciden en líneas generales con las del título Preliminar, si bien se perfilan con más precisión, ampliando las materias que son Derecho Común, objeto de regulación estatal, a saber: normas relativas a la aplicación y eficacia de las leyes, sistema matrimonial, registros e instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, normas conflictuales y fuentes del Derecho.

En lo relativo a registros e instrumentos públicos, ESPIN señala que «constituyen en la actualidad normas de carácter general por haberse dictado en el pasado siglo con este carácter, por lo que su mención no supone variación alguna»<sup>60</sup>. La expresión constitucional alude tanto a registros públicos, esto es, a los medios de publicidad registral, como al notariado, no otra cosa parece deducirse de la expresión «instrumentos». Si nos fijamos, el artículo 149 de la Constitución no dice que la regulación de los derechos reales sea exclusiva del Estado, sino sólo lo relativo a la organización de los registros públicos, lo que quiere decir que en el caso de que las Compilaciones regulen aspectos sustantivos de estos temas incurrirían en inconstitucionalidad. Esta misma idea ha

<sup>57</sup> Ver por todos BERCOVITZ, *opus ant. cit.*, pp. 58 y ss.

<sup>58</sup> Ver GUILARTE, *Actualidad*, cit., p. 49.

<sup>59</sup> Ver BERCOVITZ, *La conservación*, cit., pp. 59 y 60.

<sup>60</sup> Cfr. ESPIN CÁNOVAS, *opus cit.*, p. 98.

sido mantenida por la STC de 6 de mayo de 1993, en la que partiendo de la exclusiva competencia del Estado de los instrumentos públicos, fija que no puede ninguna norma autonómica entrar en dicha ordenación.

Cuando la Constitución habla de bases de las obligaciones contractuales, se hace referencia a las normas comprendidas en los Títulos I y II del Libro IV, pero según esto estaríamos excluyendo a las obligaciones extracontractuales del campo del Derecho Común, lo cual sería un grave defecto ya que en campo de tanta trascendencia se está posibilitando la existencia de regímenes jurídicos diversos<sup>61</sup>. En realidad, el texto del artículo 149 no recoge un concepto de Derecho Foral muy lejano al existente, si bien le permite un desarrollo autonomista de adaptación a los supuestos sociales y económicos del tiempo presente.

De lo que brevemente hemos visto, en cuanto a regulación constitucional de estos temas, podemos deducir que estamos ante el comienzo de otra nueva etapa de las relaciones entre Derecho Foral y Derecho Común. El hecho de dotar de un reconocimiento constitucional a la dualidad de regímenes es sintomático en el sentido de que una orientación hacia un Código unitario estaría desautorizada por la Constitución. Podemos, por tanto, considerar definitivamente cerrada la intencionalidad del Congreso de Zaragoza, ya que, como dice LÓPEZ JACOISTE, «sólo a través de una reforma de la Constitución podría procederse a la unificación del Derecho Civil de España»<sup>62</sup>.

#### 4.7. Ante el surgir de una posible nueva categoría: el Derecho Civil autonómico

Las consecuencias que se derivan del cambio de planteamientos a que se asiste tras la C78 se pueden señalar en dos sentidos, e indican el deseo del legislador autonómico de ampliar en la máxima medida el Derecho propio de la Autonomía buscando la mínima aplicación el Código Civil y normas estatales. En primer lugar asistimos al cambio de naturaleza que hasta ahora han tenido los Derechos Forales. En segundo lugar, junto a todo, este Derecho problemático y su desarrollo, modificación y conservación que hemos visto someramente, pugna por surgir lo que podríamos llamar un nuevo Derecho Civil autonómico en aquellas Comunidades que hayan recibido tales competencias.

Pensemos que la C78 en su artículo 149, 3 está reconociendo implícitamente esa posibilidad cuando confiere al Estado el poder armonizador de las

<sup>61</sup> Este tema general de las bases de las obligaciones contractuales en la Constitución está tratado en *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*, de María Paz Sánchez González, Madrid, 1991; *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149, 1. 8, de la Constitución española*, de Regina Gaya Sicilia, Madrid, 1989, y en «Breves reflexiones sobre la doctrina constitucional relativa a las bases de las obligaciones contractuales», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 1, pp. 151 y ss.

<sup>62</sup> Cfr. LÓPEZ JACOISTE en *Constitucionalismo*, cit., p. 599.

disposiciones normativas de las CC.AA., aun en el caso de materias atribuidas a la competencia de éstas. Por otra parte, y más en concreto, entrando en competencias no hay que olvidar que el artículo 148 de la C78 posibilita a las CC.AA. legislar sobre determinadas materias, cuya sede tradicional ha estado en el campo del Derecho Civil general. Pensemos en materias tales como espacios naturales, caza, pesca, patrimonio monumental, montes y aprovechamientos forestales, medio ambiente, y en general todo lo concerniente a Derecho Agrario, que incide notablemente sobre la propiedad rústica.

Con todo y con esto, entiendo que estos embates que está sufriendo la unidad sistemática del Derecho Civil no logran quebrantarla dado que ésta dimana de unos principios compartidos y a veces impuestos por la entrada en la Unión Europea y la asunción de su normativa. Por ello, la armonización de esos hipotéticos Derechos Civiles autonómicos es un problema casi resuelto, y ello por dos motivos, uno empírico, el otro discursivo.

La experiencia demuestra que los intentos de originalidad, en el campo agrario (Reforma agraria andaluza, extremeña, o aragonesa, a través de su banco de tierras) han sido inviables y en algún caso de dudosa constitucionalidad. Es la realidad la que obliga a reconducir a términos armónicos estas excursiones legislativas autonómicas, ya que si partimos de unos principios generales compartidos, ya sean impuestos o no, no creo que pueda haber discrepancia fundamental sobre los mismos.