

Acotaciones para un concepto del Derecho Civil (*)

Por JACINTO GIL RODRIGUEZ

Catedrático de Derecho civil. Universidad del País Vasco

SUMARIO: 0. PREVIO.—I. «IUS CIVILE ROMANORUM».—II. DEL DERECHO ROMANO A LOS DERECHOS CIVILES.—III. LA CODIFICACION.—IV. TRES CONTRADICCIONES.—1. «Descodificación».—2. «Publicación».—3. «Desintegración».—V. PRESUPUESTOS DE REACTIVACION.—1. «Constitucionalización».—2. «Despatrimonialización».—3. «¿Diversificación?»

0. PREVIO

Con razón se ha escrito que «la esencia conceptual del Derecho civil», en cuanto «exponente de un clasicismo en el arte y en la ciencia del Derecho», «es buena piedra de toque para mostrar la formación y orientación del jurista (1)».

Tarea penosa —no obstante, obligada—, la de procurar definir la disciplina o ciencia a cuyo cultivo viene uno dedicándose. Penosa,

(*) Advertencia.—Como puede fácilmente deducirse la presente publicación tiene origen en el «Proyecto Docente», elaborado para el Concurso a una Cátedra de la Universidad de Extremadura, y posteriormente adaptado para otro, de méritos, convocado por la Universidad del País Vasco.

En el nuevo marco normativo de provisión de plazas de profesores universitarios acaba coligiéndose que el llamado «Proyecto Docente» debe presentar (programa y método aparte) una vertiente «reflexiva» en torno al **CONCEPTO DEL DERECHO CIVIL**. También, que, para el acceso a una Cátedra de Universidad, la especificidad de la primera prueba —si sobre ella se extiende la peculiaridad de la segunda— habría de residenciarse en el requisito de «originalidad» del trabajo exigido al concursante. Urge ahora matizar la relativización que ha de experimentar esta cualidad en función de aquella premisa.

El terreno de la conceptualización de la disciplina no parece el más apropiado para invenciones u originalidades. Pretender «profundidad» en tema tan vasto, equivale —si la pretensión es consciente— a un acto de engreimiento o «soberbia intelectual». No hay dicha pretensión en este trabajo. Al contrario, se lleva adelante con la certeza de alcanzar un resultado modesto; con la esperanza, asimismo, de que a estas «acotaciones», aunque no alcancen la categoría de «aportación», les resulte inapropiado el calificativo de «mera recopilación».

(1) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Prólogo a PASCUAL QUINTANA J. M., en torno al concepto de Derecho civil*, Salamanca, 1959, p. 7.

porque el Derecho civil, en tanto concepto general y primario, parece más dado a la captación intuitiva que a la explicación deductiva; y, quizá más, porque, consciente de las cotas constructivas alcanzadas por quienes más autorizadamente recorrieron el camino, lo ha de ser también de las carencias que a la propia exposición acompañan (2).

Para empezar, sería preciso tomar partido por una de las dos vías conducentes a la conceptuación del Derecho civil: la dogmática o la histórica. Y ocurre que, aun cuando la primera ofrece la posibilidad de hallar un concepto absoluto, suprahistórico y universal, casi siempre se ha preferido —en el terreno, siquiera, de los principios— seguir el cauce histórico para alcanzar, no obstante, sólo un concepto evolutivo, circunstancial y aproximado (3). Así pues, hasta el método que parece más indicado redobla la modesta actitud que ya la materia a investigar impone. Se inicia el recorrido con la certeza de completarlo sin poder formular proposiciones obvias acerca del «indudable valor permanente» y «apriorístico», que se mostrarían próximas si se partiera de un renovado «iusnaturalismo» (4).

Hablamos, claro está, del «Derecho civil» como conjunto de normas —sin perjuicio de su consideración como ciencia, que puede sustentar, luego, la reflexión sobre el método investigador— y, por tanto, de un «Derecho positivo» al que la singularidad de la materia acotada —*persona* y, en función de ésta, familia y patrimonio— otorga preeminencia y perdurabilidad, pero en cuya suerte actual no puede por menos de acusarse el presente devenir histórico. Dicho con la precisión de un maestro: «Si la *idea* es inmutable, el concepto y los desarrollos acusan un gran condicionamiento histórico» (5).

Bien es cierto —dicho sea en obsequio a la complementariedad de los métodos— que la antedicha opción no conlleva abandono absoluto del dogma; que no hay posibilidad de apearse, en todo, de la dogmática ni siquiera para la retrospectiva histórica. Al contrario, «también emprender una comparación histórico-jurídica, presupone —ha escrito Wieacker— una serie de conceptos modélicos, los cuales, para bien o para mal, hemos de extraer de nuestra propia experiencia actual» (6).

(2) En términos similares, Díez-PICAZO, L.: *El sentido histórico del Derecho civil*, en «RGLJ», T. 207 (1959), p. 595.

(3) Véase, respectivamente, JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, en «RDP», 1962, pp. 717-720, y Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 601-603. Sobre la preferencia, con detalle bibliográfico español de quienes recurren a la vía histórica para aprehender el concepto de Derecho civil, AMORÓS GUARDIOLA, M.: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, en «Libro-Homenaje a RAMÓN M.^a ROCA SASTRE», Madrid, 1976, T. 1, pp. 496-497.

(4) Cfr. JORDANO BAREA: *Concepto y valor*, cit., p. 721.

(5) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Voz «Derecho civil»*, en «NEJE», T. 1, Barcelona, 1975, p. 159.

(6) WIEACKER, F.: *Supuestos históricos y paradigmáticos de los ordenamientos jurídicos privados supranacionales*, en «RDP», 1982, p. 900. También, entre nosotros, respecto de la complementariedad de la investigación histórica y la dogmática, aun

Ello sentado, conviene que en seguida nos ciñamos al objetivo propuesto, en la confianza de que, al término de la «investigación», haya alguna base para mantener o refutar la intuición inicial de que el Derecho civil tiene —como para el mercantil se dijo (7)— *un pasado lógico y armonioso, un presente confuso y un porvenir bastante incierto*. Intuición que todavía parece vigente, para uno y otro sector del ordenamiento, como atestigua la afirmación genérica de que el **Derecho privado** se mueve en un cada vez más inestable equilibrio entre un pasado que interpretar y un futuro que no consiente previsiones seguras (8).

En pretérito puede hablarse de la larga etapa que viene de Roma a la Codificación. Presente y porvenir, en cambio, no cuentan con fecha fija de cierre (e inicio); y, tal vez, la convencionalmente elegida ni siquiera sirva de modo igual para todo el Derecho civil (9).

Es seguro que con el Código empieza, si no el presente, sí la causa de la confusión aludida; a él se incorpora —y, en parte, subsiste— ese Derecho civil de cuya **crisis, muerte y exequias** se ha venido escribiendo (10). Por lo demás, desde el momento, y en la medida en

con preferencia para la primera, Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 602-603. Asimismo, DE LOS MOZOS, J. L.: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*, en «RGLJ», T. 227 (1969), pp. 530-531 —incluida nota 4—, y *Derecho civil español*, I-1.º, Salamanca, 1977, pp. 49-52.

(7) GARRIGUES, J.: *Derecho mercantil y Derecho civil*, en «AAMN», T. 9 (1967), p. 435. Panorama semejante para el Derecho civil ha sido descrito por Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 598-599: «Paralela a esta crisis y mudanza de la realidad social, todo un sistema de ideas y convicciones se encuentra en crisis, **en confusa evolución hacia un destino no conocido todavía.**»

(8) BESSONE, M.: *Prefazione* a «GALGANO, F.: *El diritto privato fra Codice e Costituzione*», Bologna, 1979, p. 5.

(9) Huelga especificar que las periodificaciones, más o menos rigurosas, pueden hallarse en los trabajos ya citados sobre la evolución del Derecho civil como realidad histórica. Algunos de ellos, como su propio título indica, centran la atención —con la consiguiente tendencia a la exhaustividad— en alguna de sus etapas. Es el caso de DE LOS MOZOS: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano*; y AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, que se concreta a la Edad Media y a la Edad Moderna. Con todo, no parece que esté definitivamente cerrada la compartimentación que acoja al denominado «Derecho privado moderno», siquiera a juzgar por la diversidad que refiere BONINI, R.: *Disegno storico del diritto privato italiano (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, Bologna, 1980, vid., particularmente las citas y referencias que —p. 9, nota 5— hace de H. COING, G.; TARELLO, C. A.; CANNATA, y A. CAVANNA (Una «visión caleidoscópica» de la aportación de este último autor —*Storia del Diritto moderno in Europa: I. Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979— es la que ofrece J. M.ª PIÑOL AGUADE en *RDN* (1981), núm. 111, pp. 388-393).

(10) Para una noticia bastante completa de la bibliografía que ya en el título lleva la referencia a la «crisis» (más excepcionalmente, «muerte»), sea de la ley, sea del Derecho, sea de determinadas instituciones tenidas por básicas, véase Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp. 596-597, texto y notas. De «exequias del Código civil», a las que casi todas las generaciones de juristas han creído asistir, habla HERNÁNDEZ GIL, A.: *En defensa del Código civil*, en «RDP», 1948, p. 778. En contra, asimismo, de esa terminología, PASCUAL QUINTANA, J. M.: *La encrucijada del Derecho civil*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», Pamplona,

que ese Derecho civil decimonónico se ha puesto en *conexión con la realidad social* del tiempo en que ha de ser aplicado —de modo pleno, vía renovación legislativa; o de manera ocasional, por la mediación del intérprete— y se muestra *permeable a los valores* que, para en adelante, ha proclamado la **Constitución**, acaso no sea ingenuo pensar que ha empezado el porvenir y la incertidumbre remite.

I. «IUS CIVILE ROMANORUM»

Indudablemente, está en lo cierto De los Mozos cuando afirma que el origen del Derecho civil (no como disciplina, para lo que hay que esperar a la «recepción»; ni en su configuración definitiva, que se ha de achacar a la «codificación») se encuentra en torno a la maduración del «*ius civile*», en el mismo Derecho romano, donde el jurista puede encontrar un caudal inagotable de preciosas sugerencias, sea para la iniciación al estudio del Derecho, sea con el fin de profundizar en el conocimiento del Derecho privado moderno (11).

Se comprenderá, sin embargo, que no nos recreemos aquí demasiado en el significado multívoco del *ius civile* (12); en su papel de depositario de los viejos principios frente al *ius honorarium* (13); en

1969, T. 1, p. 420. En Italia, últimamente, GIORGIANNI, M.: *La morte del codice otocentesco*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, p. 53.

(11) DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, cit., p. 52. Deja, así, constancia de su convencimiento de que no toda retrospectiva que se remonte a aquella época ha de suponer «prehistoria» o «arqueología»; convencimiento del que no parece participar BONINI: *Disegno storico del diritto privato italiano*, cit., p. 7, antes bien, a semejante afición por lo «lejano» y «objetivo» considera concausa del hueco historiográfico sobre etapas más próximas, con el apoyo —y aquellos calificativos— que encuentra en los estudios metodológicos de SCHAVIONE, A.: *Storiografia e critica del Diritto. Per una «archeologia» del diritto privato moderno*, Bari, 1980.

(12) No obstante, parece pertinente recordar cómo HERNÁNDEZ GIL: voz «*Derecho civil*», cit., pp. 159-160, llega a aislar hasta *cinco formas* de entender el «*ius civile*»: 1.ª) como Derecho «peculiar» de un pueblo determinado, sea el ateniense o el romano; 2.ª) como «Derecho» correspondiente al pueblo «romano», si no se adiciona nombre de ciudad alguna; 3.ª) como «Derecho privado», por contraposición al público, o como parte de aquél, también integrado por el «*ius naturale*» y el «*ius gentium*»; 4.ª) como «*ius proprium*» o desarrollo o modificación del Derecho natural o de gentes, y 5.ª) como el Derecho que, atendiendo a sus fuentes de expresión, «procede de las leyes», plebiscitos, decretos de los príncipes y autoridad de los jurisconsultos romanos, y se contrapone al «*ius honorarium*».

(13) Desbordaría los límites naturales de este trabajo dar noticia cumplida de las recíprocas interacciones *ius civile/ius honorarium*, de la rigidez de aquél y de lo equitativo de éste; mucho más, si en ese conflicto remoto quiere buscarse inspiración para el discurso renovadamente actual acerca del papel del Juez en la aplicación del Derecho [a aquél recurre GIUFFRÉ, V.: *Il giudice, fra autonomia e responsabilità*, en «AAMN», T. 27 (1987), p. 247, contraponiendo la inamovilidad de los actuales Jueces-Magistrados a la temporalidad y al control de la opinión pública de la función del Pretor]. Con todo, nos permitiremos, en esta nota, traer un par de referencias de romanistas y dejar hilvanada una mínima reflexión.

Respecto del *ius honorarium*, interesa recordar la síntesis de PETIT, E.: *Tratado elemental de Derecho romano*, trad. de J. FERRANDEZ y Prólogo de J. M. RIZZI, Ma-

su indiscutida connotación nacionalista o, mejor, «clasista» por comparación con el *ius gentium* (14); ni, mucho menos, en su pretendido

drid, 1926 —1.^a ed. francesa de 1892—, pp. 44-45: «Felizmente, la obra del pretor fue ya considerable en la época de Cicerón, y el edicto pretoriano continúa siendo para el Derecho romano, hasta fin del siglo VIII, *un incesante elemento de progreso*. Se ha informado mal sobre el contenido de los primeros edictos. Es probable que el pretor se limitase, desde luego, a asegurar y facilitar la aplicación del *ius civile*. Pero, poco a poco, *a medida que las costumbres se modifican*, inserta en el edicto las nuevas disposiciones *apropiadas a las necesidades sociales*. Así es como *ayuda* al Derecho civil y le completa. Más tarde, el mismo le *corrige*: no abrogando directamente un principio del *ius civile*, puesto que no tenía el derecho de hacer esto, pero sí proponiendo y sancionando, *en virtud de su autoridad*, una regla más equitativa, que concluyó por prevalecer» (los subrayados son míos; la cursiva, del original).

Con mayor atractivo y elegancia presenta la interrelación IGLESIAS, J.: *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, 4.^a ed., Barcelona, 1962, pp. 80, 83 y 95. He aquí tres de sus «ideas»: «El *ius civile* antiguo es un cuerpo de normas que parece surgido con la propia estirpe, y con esa fuerza de razón que está en la razón misma de las cosas. Pero esa razón —natural, sencilla, geométrica— es metida en *forma*, y de la *forma* queda prisionera. El rigor y la quietud formales prohíben fácilmente las *iniquitates*.» «La acomodación del *ius* a las nuevas exigencias —continúa más adelante— fue llevada a cabo por el Pretor y los emperadores, bajo la guía prudente de los juristas. Cuando se dice de una determinada cláusula del Edicto *habet in se aequitatem*, se contraponen la *aequitas* del Magistrado a la *iniquitas* de un *ius civile* rígido y fosilizado.» «La *interpretatio* —explica y concluye— entra en crisis en el momento mismo en que el jurista no puede hacer "revoluciones", aunque éstas sean reclamadas *propter utilitatem publicam* (...). Y entonces, si ningún arte o habilidad de jurista puede subvenir a la imperiosa necesidad de una regulación jurídica, lo único que procede es un acto de imposición. Ahora bien, un acto de imposición, una "orden" sólo puede partir de persona que esté investida de *imperium*. El Pretor actúa el *ius* —y tal es su misión—, pro sólo cuando lo considera conforme al *bom et aequum*. En otro caso, una «orden» suya lo pone —indirectamente— fuera de actuación, esto es, lo priva de *vigencia* (...). Por medio del Pretor llega la jurisprudencia adonde no puede llegar ella misma.»

Después de tales consideraciones, nadie pondrá en duda la capacidad de sugerencia que aún conserva el Derecho romano, aunque sólo fuera por lo que hace a esa tensión entre el *ius civile* y el *ius honorarium*, o, lo que es lo mismo, a aquel concepto clásico de *aequitas* como intercesor del conflicto concreto ante la regla jurídica en busca de resolución perfectamente «ajustada», toda vez que la «*aequitas*» expresa, entonces, «aquella actividad de los juristas en virtud de la cual se daba equilibradamente a cada uno lo que según el Derecho le correspondía» (HATTENHAUER, H.: *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, trad. de G. HERNÁNDEZ y Prólogo de P. SALVADOR, Barcelona, 1987, p. 194).

Algo muy próximo, en definitiva, al criterio hermenéutico que ahora impone el artículo 3.1 del Código civil; pues, si aquélla supone «la justa adhesión de la norma positiva a la mudable vida social que regula» y, así, «trae a concierto Derecho y justicia» (IGLESIAS: *Op. et. loc. cit.*), la interpretación evolutiva viene a ser (en palabras de DELGADO ECHEVERRÍA, J., «Memoria» inédita, citada por LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, Barcelona, 1982, p. 252) «algo así como poner en manos de la jurisprudencia y la doctrina de los civilistas la tarea de adecuar paulatinamente el viejo texto a los nuevos tiempos». Sobre todo, una vez concentrada la atención en la aplicación judicial y en «tiempos de Constitución», pues, cualquiera que sea la opinión que se tenga sobre la «separación de poderes», es lo cierto que en el momento aplicativo puede llegarse, si de norma preconstitucional se trata, hasta aquél «ponerla —indirectamente— fuera de actuación», porque contrasta con la «realidad social» recién cristalizada en la Norma, por lo demás, Suprema.

(14) De «sentido declarada y orgullosamente clasista» habla LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., p. 40. Según parece, a la distinción *ius civile/ius gentium* precede otra más profundamente clasista, por cuanto enfrenta a éste el primi-

carácter privado, desmentido en parte, ya por sus contenidos de organización de la «civitas», ya por la cambiante funcionalidad de la propia dicotomía **publicum-privatum** (15). Para llevar la investigación más allá de donde ha quedado detenida en los conocidos trabajos de ilustres civilistas (16), habríamos de contar con un bagaje específico de «romanista» que, naturalmente, no poseemos y en modo alguno cabe improvisar (17).

tivo **ius quiritium**: véase TORRENT, A.: *Derecho público romano y sistemas de fuentes*, Oviedo, 1982, p. 435. En realidad, como recuerda DE LOS MOZOS: *Derecho civil español, cit.*, p. 53, el propio **ius civile vetus**, primer ordenamiento «nacional» de los romanos, representa la superación del **ius quiritium**, que se fusiona con el **ius legitimum vetus**, debido a la **interpretatio pontificum**.

Por lo que al **ius gentium** propiamente se refiere, no estará de más recordar que se trata, también, de una esfera normativa romana que surge por obra del pretor **pergrinus**, revestido del poder de acordar la tutela judicial romana a las relaciones entre romanos y extranjeros. El **ius gentium** no era un Derecho internacional, sino romano «no exclusivista», una especie de puesta a disposición de los demás pueblos de aquellas normas jurídicas que los romanos consideraban razonablemente aplicables a extraños (HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales, cit.*, p. 195). Aquí, «triumfa el principio de libre forma contractual, frente a la angostura y rigidez de los viejos moldes. Su nervio está constituido por negocios que, surgidos en la actuación del comercio internacional, dan lugar a **bonae fidei iudicia** (IGLESIAS: *Derecho romano, cit.*, p. 93).

(15) Sobre la sucesiva funcionalidad de la dicotomía **publicum/privatum**, resulta aleccionadora la exposición de D'ORS, A.: *De la lex privata al Derecho privado y al Derecho civil*, en «Papeles del oficio universitario», Madrid, 1961, pp. 243 y ss., sobre todo, 255-256.

Entre las publicaciones recientes, véase, aparte del análisis de TORRENT: *Derecho público romano, cit.*, pp. 439-443, una valoración del famoso texto ulpiano (D. 1.1.1.2) en MARRONE, M.: *Derecho público y Derecho privado*, en «RGLJ», T. 248 (1980), pp. 495 y ss., y el **status questionis** en la moderna romanística en ANKUM, H.: *La noción de ius publicum en el derecho romano*, en «AHDE», núm. 53 (1983), pp. 531-536. La conclusión de ANKUM gira en torno a un triple significado del término **ius publicum**: a veces, como Derecho objetivo y **positivo**, vigente en el imperio romano; otras, cuando se enfrenta a **ius privatum**, como Derecho *sagrado*; y, en fin, hay casos en los que, aun contrapuesto a **ius privatum**, no puede tener el sentido de nuestro Derecho público, por cuanto se refiere a normas que son claramente de Derecho privado, sino que ha de significar *orden público romano*.

(16) Entre nosotros, recorren este estadio con detenimiento, el propio DE LOS MOZOS: *La formación del concepto «ius civile» en el Derecho romano, cit.*, pp. 529-566; y, reiteradamente, HERNÁNDEZ GIL: voz «Derecho civil», *cit.*, pp. 159 y ss., antes, *El concepto de Derecho civil*, en «RDP», 1943, pp. 384-411, y después, *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, T. 5, p. 339.

(17) Por lo mismo, tampoco intentaremos superar los enfoques habituales de un concepto de Derecho civil, entre nosotros. No obstante, si pretendiera profundizar, sea en el «antiguo Derecho francés», sea en la «clave germanista», o superar la «visión eurocentrista» de las retrospectivas histórico-jurídicas, puede empezarse, respectivamente, por OURLIAC, P./GAZZANIGA, J. L.: *Histoire de droit privé français. De l'An mil au Code civil*, Paris, 1985. MOLITOR, E./SCHLOSSER, H.: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, trad. de A. MARTÍNEZ SARRIÓN, Barcelona, 1975. Y HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil, cit.* (sobre esta nueva orientación alemana de los estudios históricos, superadora de la polémica entre romanistas/germanistas, una primera referencia en DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 65-66, nota 69; y sobre la utilidad que el «Derecho civil» recibe con esta inyección «histórica», SALVADOR: en el *Prólogo* a la traducción de Attenhauer); y, en fin, en la dirección de relativizar y especificar la propia historia del

Ahora bien, si de aquella época quiere traerse —y puede que no estorbe— un motivo de esperanza para alumbrar la trayectoria actual y futura del Derecho civil, es forzoso hacer hincapié en la *adaptabilidad diferida* o, si se prefiere, en la *evolución discontinua* (18) de ese viejo *ius civile*, que convive inmutado —acaso, expectante— con otros Derechos cuya misma aparición se legitima, ya en su miope ámbito personal (el ciudadano romano), ya en la rigidez de sus principios; y acaba por fusionarse con ellos (19), aunque tal vez sea más exacto decir que los «absorbe», por cuanto serán su razón social y sus congénitos defectos/virtudes (20) los que subsistan en el producto final. De ahí que, tratando de captar el «espíritu del Derecho romano», más como idea que como historia, haya podido decir J. Iglesias —a su ingreso en la Real Academia— que «el alma del *ius civile* pervive como piedra roqueña. Pervive, luego de servir a la instancia del progreso. El *ius civile*, madriguera de las nociones, de los principios y de las reglas —de lo que es medular o esencial— *cambia permaneciendo*» (21).

Para investigadores más expertos y minuciosos (romanistas e his-

Derecho europeo, véase GILISSEN, J.: *Introduction historique au Droit*, Bruxelles, 1979, que hace preceder su estudio de los elementos de la historia del Derecho privado (belga) de otras dos partes diferenciadas: «Boceto de una historia universal del Derecho» y «Fuentes del Derecho a partir del siglo XIII.»

(18) Así, Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p.630.

(19) Escribe HERNÁNDEZ GIL (voz «Derecho civil», cit., p. 163), en sentido conclusivo: «El *ius civile* en Derecho romano, ni representó la totalidad del ordenamiento, ni aun dentro de la materia acotada por él, existió por sí solo, sino que coexistió con otros ordenamientos jurídicos. Representó la concepción jurídica tradicional, que en cierto modo era la de una determinada época, mantenida a ultranza. En sí mismo fue conservador y reacio a los cambios. Pero convivió con normas de otra procedencia y fines que, sin comprometer su supremacía, cumplieron las funciones para las que él no se bastaba. Las mutaciones históricas, económicas, sociales y políticas demandaban nuevas instituciones e incluso nuevos principios. Las unas y los otros tuvieron entrada, bien a través del *ius gentium*, bien a través del *ius honorarium*. El uno y el otro, como hemos visto, surgen y se producen al margen del *ius civile*, vienen a cumplir sus deficiencias y terminan por transformarle.»

(20) Ese mismo tenor sugiere Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p. 630, quien anteriormente había anotado —p. 623, nota 99—: «Es curioso observar que (en) el concepto medieval del Derecho civil esté perviviendo más o menos conscientemente una nota diferencial que, como hemos ya dejado apuntado, es acaso la única constante histórica de su evolución... Parece tan consustancial a la idea de Derecho civil esta nota (derecho tradicional o viejo), que aun hoy en día se le considera como el Derecho antiguo, ajeno a las evoluciones y mutaciones del tráfico económico tradicional.»

(21) IGLESIAS SANTOS, J.: *Espíritu del Derecho romano*, Madrid, 1980, p. 76. En la misma publicación puede consultarse la *Contestación*, de ALVAREZ ALVAREZ, U., quien —con cita de WIEACKER— afirma que «como idea lo considera IGLESIAS» al Derecho romano (p. 196). Y algo bien semejante se intuye en la especificación de DE LOS MOZOS, por relación a la época clásica: el Derecho romano, «de una parte se va liberando de la multiplicidad de impulsos evolutivos que determinaron su formación en el período anterior, a lo que contribuye la idea de dirección de los príncipes y la grandiosa obra de sistematización de la jurisprudencia, y de otra, se va desvinculando de la rigidez tradicional, en una orientación cada vez más moderna y evolutiva» (*La formación del concepto ius civile en el Derecho romano*, cit., p. 545).

toridores) queda dictaminar, en cuanto al **ius gentium**, si la absorción trae causa de la progresiva ampliación del punto de conexión que condiciona la aplicación del «ius civile» —la ciudadanía romana, equivalente, al fin, a habitante del imperio (22)—, o de la efectiva implantación de los principios de la «naturalis ratio»; como en su competencia entra argumentar, respecto del **ius honorarium**, si su disolución obedece a una reconsideración de las fuentes de producción mentadas en el famoso texto papiniano (D. 1.1.7) o, más bien, a la fijeza y autoridad que sus soluciones alcanzan, precisamente, cuando el Edicto —codificado— «ha dejado de ser fuente viva del Derecho» (23).

Lo que parece fuera de toda duda —y, para los objetivos de este trabajo, suficiente— es que el Derecho civil supera su primera crisis conservando lo que en él mismo aparecía como medular y aceptando lo que de permanente o consolidado —por esta razón incorporable— le brindan otros sistemas; que dicha síntesis cristaliza ya en la Compilación justiniana o **Corpus iuris**, que, si aún no se adjetiva «civilis [exigencia que le surgirá más tarde, al rivalizar con el “Corpus iuris canonici” (24)], hay pleno acuerdo en que lo es (compilación, me refiero) de todo el Derecho positivo de los romanos, esto es, de su **ius civile** (25), que recupera de este modo su significado primigenio como **ius proprium**».

(22) He aquí una revalidación del carácter nacionalista del **ius civile**, según expresa brevemente HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales*, cit., p. 195: «El **ius civile** era en su origen el Derecho de los ciudadanos de Roma. El orgulloso **Cives romanus sum!** (¡soy ciudadano de Roma!) era, como lo demostraría el destino del apóstol San Pablo (Hechos de los apóstoles, 22), un eficaz salvoconducto por el que los romanos estaban dispuestos a pagar ingentes sumas. Finalmente, el año 212 de nuestra era, todos los súbditos del Imperio se beneficiarían por ley imperial del **ius civile**, medida que en lugar de anularlo diluyéndolo, confirmaría su exclusiva vigencia para los ciudadanos romanos. El **ius civile** nunca retrocedió en favor de una mayor unidad territorial. Su éxito y el hecho de que fuese codificado por todos los pueblos se debía precisamente a su singularidad y a que nunca se ofreció con largueza» (el subrayado no es del texto).

(23) El entrecomillado último corresponde a D'ORS, A.: *LEX y IUS en la experiencia romana de las relaciones entre autoritas y potestas*, en «Escritos varios sobre el Derecho en crisis», Roma-Madrid, 1973, pp. 87 y ss., concretamente, pp. 90-91.

En torno a la transcendencia de la codificación del Edicto y a la posible consideración de la **lex annua** como fuente del Derecho, más que como sistema procesal, vid. TORRENT: *Derecho público romano*, cit., pp. 258, 410-414. Y, para una ponderación de conjunto, negando tanto al **ius gentium** como al **ius honorarium** la consideración de «sistema» —que sólo al **ius civile** corresponde—, IGLESIAS: *Espíritu del Derecho romano*, cit., p. 65: «No hace falta urgar mucho en las reconditeces de lo jurídico romano para descubrir que tales expresiones (**ius civile**, **ius honorarium**, **ius gentium**) no representan sistemas... y tanto menos independientes y hasta contrapuestos.» En rigor, el (**ius**) **civile** es el único sistema»; «repertorio no largo, ciertamente, y de algo tenido como intangible».

(24) Precisamente, en el último cuarto del siglo XVI sitúan dicha exigencia MOLLATOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., p. 25: «En contraposición al libro jurídico de los canonistas (**Corpus iuris canonici**) recibió la colección del Derecho profano desde 1583 el título habitual “**Corpus iuris civilis**”.»

(25) A resaltar que ya Justiniano hizo gala de la misma soberbia legislativa que,

II. DEL DERECHO ROMANO A LOS DERECHOS CIVILES

De cómo aquel **Ius civile romanorum** pasó definitivamente a ser historia, a la vez que cedía no sólo su denominación sino, previa y más sutilmente, sus mismos principios en favor de los Derechos (nacionales) del occidente europeo, tampoco cabe bajar aquí al detalle.

No cabe, desde luego, especificar las circunstancias de la caída del Imperio romano de Occidente, la invasión de los pueblos bárbaros y la «desaparición» del Derecho romano como orden jurídico vigente e incluso como aportación cultural (26). Además, en la parte que no es competencia de la Historia General, sería preciso indagar y explicar la peculiar forma de pervivencia que, para el Derecho romano, supone el llamado «Derecho vulgar» y el beneficio que de éste extrae el, a veces, denominado «Derecho germánico» (27). Para ser exactos, hay que decir que, «compilación» (justiniana) y «recepción» (italiana), no suponen —aunque así se haya dejado entender— hitos que encierren más de seis siglos de «inoperancia absoluta» de la aportación jurídica romana. Al contrario, vistas las cosas desde la perspectiva que ofrece el estado actual de las investigaciones histórico-

siglos más tarde, compartirían los artifices de la Codificación. Pensó, sin duda, «que dejaba establecido un sistema jurídico en forma definitiva, y por ello formuló expresamente la prohibición de que su obra fuera comentada» (PUIG BRUTAU, J.: *Introducción al Derecho civil*, Barcelona, 1980, pp. 55-56, con cita de KOCHAKER, F.: *Europa y el Derecho romano*, trad. española de SANTO CRUZ TEJUIRO, Madrid, 1955, pp. 66-67).

(26) Díez-Picazo: *El sentido histórico*, cit., p. 619, para esta última afirmación. Para el recuadro histórico de principios de la Edad Media y su relación con la evolución del Derecho civil, vid. AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica del Derecho civil*, cit., pp. 500 y ss., con apoyo, a su vez, en KOSCHAKER: *Europa y el Derecho romano*, cit., pp. 37-38, y en GARCÍA VALDECASAS, A.: *La unidad de Europa y el Derecho romano*, Madrid, 1963, pp. 13 y ss. Entre las publicaciones más recientes, puede consultarse CALASSO, F.: *L'unità giuridica dell'Europa*, s.l., Ed. Rubbetino, 1985, en particular el capítulo titulado *La crisi del mondo antico e il problema della «continuità»*, pp. 57-90, trabajo hasta ahora inédito, que estaba destinado por el autor al vol. II («*Gli Ordinamenti*») de su conocida obra *Medio evo del Diritto*.

(27) «Los elementos romano-vulgares aparecen con las instituciones jurídicas germánicas fusionadas en una apenas desentrañable unidad... Esta aproximación cultural y el proceso de penetración recíproco, será activado por la actuación de la Iglesia romana, revestida de una fuerza espiritual como custodiadora y ejecutora del legado de la antigüedad tardía...; en especial, habría que llamar la atención —puede leerse en el mismo lugar: MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., pp. 13-14— sobre el significado que adquieren «como mediadoras del Derecho romano en la Alta Edad Media» algunas de las compilaciones más fuertemente impregnadas de «Derecho vulgar», como el *Edictum Theodorici* (458/459), el *Codex Euricianus* (475) y el *Breviarium Alaricianum* o «*Lex Romana Visigothorum*» (506). Además, advierte DE LOS MOZOS, «aquellas reglas que más claramente llevan huella germánica están formuladas usualmente en técnica jurídica y en fraseología de Derecho vulgar» (*Derecho civil español*, I-1.º, cit., p. 59; y, pp. 59-60, en torno a una concepción —no pacífica— del Derecho vulgar y al reto investigador que todavía supone). Para un cuadro geográfico e histórico de la Alta Edad Media, véase GILISSEN: *Introduction historique au droit*, cit., pp. 154-171.

jurídicas, aun en ese período el «Derecho romano» proyecta una real influencia sobre los «sistemas» jurídicos vigentes.

Lo cual, por otra parte, no supone infravalorar la transcendencia de la «recepción» o renacimiento jurídico italiano de los siglos XI y XII como recuperación de un Derecho —luego llamado— «sabio», tan distante del vivido que parece «revelado» y como tal se venera (28). A la racionalidad y disciplina conceptual del Derecho romano se enfrentaba «el mundo jurídico del Medioevo arracional, fluctuante en las formas y que terminaba a la postre en atención a necesidades especiales y particulares» (29).

Precisamente, esa diferencia bien significada entre el Derecho vigente y el recibido, puede que tuviera mucho que ver, tanto en la crítica que habitualmente se ha hecho (en especial, a partir de Savigny) a los «Glosadores» en el sentido de que no prestaron excesiva atención a los aspectos prácticos, como en la iniciativa de adjuntar al *Corpus iuris civilis* los denominados «Libri Feudorum», para, implícitamente, hacer partícipe de la dignidad científica de aquél al Derecho consuetudinario y legislativo germánico (30).

El término «recepción», ciertamente, evoca por sí solo ese salto hacia la «cientificación» del Derecho europeo en su conjunto; pero, al mismo tiempo, difumina las diversidades en cuanto al modo y momento en que dicho fenómeno se produce para cada territorio concreto. No obstante, tampoco en esto podemos emplearnos con detalle. De un lado, a falta de (autoridad e) investigación histórica propia,

(28) Es entonces cuando el Derecho romano vuelve a verse liberado de «esa zona gris incontrolable, todavía enigmática para la investigación en la que siguió actuando de manera latente». La *Escuela Jurídica de Bolonia* lleva a cabo la empresa de acometer el examen y fomento de la extensa materia jurídica, poniendo con ello las bases para una ciencia del Derecho europea» (MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, cit., p. 23). Surgió —escribe HATTENHAUER: *Conceptos fundamentales del Derecho civil*, cit., p. 197— «como una profesión el jurista laico que compitió duramente con el clérigo, frente al que hubo de acotar su campo de acción... hubo también de afirmar su autonomía frente al teólogo y lo consiguió gracias a estar en posesión de un verdadero Derecho ajeno a las fuentes canónicas». No obstante —añade, p. 198— «la combinación de *fides* y *ratio* siguió siendo válida durante los primeros siglos de interpretación del *Corpus iuris civilis*».

(29) MOLITOR/SCHLOSSER: *Op. et. loc. cit.*

(30) Cfr. RAVA, T.: *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, Padova, 1982, p. 53; previa y más extensamente, CALASSO, F.: *Medio evo del Diritto. I-Le Fonti*, Milano, 1954, pp. 554 y ss. En el parecer de MOLITOR/SCHLOSSER (*Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 25-26) esa tacha —descuido de la práctica— «es totalmente errónea», ya que, «bajo los Glosadores, el Derecho romano, no se ha encontrado nunca realmente bajo las sombras de una situación académica estéril». Lo cual, no les impide reconocer, seguidamente, que los «Postglosadores» o «Comentaristas» efectivamente destacaron «por su inclinación intensiva por la práctica jurídica», así como por la consiguiente adopción de «un método más libre y flexible de interpretación y de argumentación»; o, que —p. 27— los Glosadores miraron «con desconfianza y reservas» al *Derecho estatutario*, normalmente surgido de la costumbre, y hubieron de ser los Comentaristas —mediado el siglo XIII— quienes se esforzaron por reivindicar —frente a los Derechos particulares y al Derecho canónico—, cuando no la primacía, siquiera la subsidiariedad, la función de «*ius commune*», para el Derecho romano.

acabaríamos, cuando no reiterando síntesis ajenas, con extractos continuos de no demasiadas monografías específicas y acreditadas; de otro, retrasaría bastante la conducción del trabajo al punto que pretendemos sea fundamental para el concepto, describir las peculiaridades del denominado «mos italicus» —estilo de los Comentaristas italianos—, las singularidades del «mos gallicus» —jurisprudencia elegante francesa, teñida de humanismo— y el puente que tiende, en el propio siglo XVI, el llamado «usus modernus pandectarum» (31).

Se nos permitirá, por tanto, apuntar unas —a modo de— observaciones conclusivas respecto de ese período, sin duda, determinante del Derecho (civil) moderno, sin perjuicio de explicar a continuación algunas de las características que traen causa de entonces.

Efectivamente, en términos de generalidad, cabe observar que las diferencias temporales apreciables en Europa en lo tocante al estudio del «Derecho sabio» están en relación con la época en que se fundan las respectivas Universidades; que la «recepción» reactiva el desarrollo del Derecho local (nacional) entonces petrificado y supone el tránsito paulatino del pensamiento medieval al de la Edad Moderna (32).

Por lo que, en fin, hace a las características que luego se consolidan, importa filtrar dos notas de las que el Derecho civil (todavía «romano») se impregna entonces y que serán determinantes del Derecho codificado. *La privatización*, que obedece a la «circunstancia fortuita» (33) de la inmanencia de las estructuras jurídico-privadas frente a la transformación de los esquemas socio-políticos, particularmente notoria al cabo de la «pausa cultura» de siete siglos que viene a ce-

(31) Aparte de que sería injusto recorrer las vicisitudes de la recepción en Italia, Francia y Alemania, dando al olvido que también en Suiza se produce una temprana recepción del Derecho romano —siglos XIII y XIV— favorecida por el regreso de los estudiantes de Bolonia; o que, en Inglaterra, pese a la acción indirecta de la escolástica, el Derecho romano se queda en la aportación de algunos tecnicismos. Y, desde luego, sería imperdonable dejar de resaltar que en España se produce una verdadera «ocupación» por el Derecho romano, debido, sobre todo, a la recepción material que representan las Partidas (el propio RAVA: *Introduzione al Diritto della civiltà europea*, cit., pp. 58-59—, inmediatamente después del capítulo dedicado a la «rinascita italiana del diritto», se ocupa de destacar la «elaboración jurídica nacional» llevada a cabo en España). De todo ello se ocupan, sin excesiva extensión, MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 34 y ss.

Pero es que, además y como suele ponerse de relieve entre nosotros, ni siquiera dentro del territorio de la península la influencia del Derecho romano fue homogénea, sino bien diversa. Y, a propósito, debe al menos recordarse —tomamos la síntesis de AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 516-517— que la entrada del Derecho común en nuestra patria fue especialmente significativa en Cataluña y Mallorca, regiones fuertemente romanizadas e influidas por sus relaciones más estrechas con Italia; menor, aunque también importante, en Castilla y Valencia, y mínima en Aragón y Navarra; también aquí el estudio del Derecho común pasó a (y por) las primeras Universidades: Palencia, Salamanca, Sevilla, Valladolid y Alcalá.

(32) También estas conclusiones, en MOLITOR/SCHLOSSER: *Op. et loc. cit.*

(33) DE BUEN, D.: *Sobre el concepto del Derecho civil*, en «RDP», 1921, p. 162.

rrarse con la recepción del Derecho romano (34), y la *funcionalidad supletoria* respecto de los ordenamientos territoriales —**ubi cessat statutum habet locum ius civile**—, debida en buena parte a la formación «romanista» de los llamados a interpretar y aplicar las normas, pero también, y en dosis no despreciable, a la mayor complejidad y superioridad técnica del sistema romano (35).

A destacar, igualmente, la reiteración de la nota que el primer **ius civile** ostentaba y que permite la doble consideración de defecto o de virtud. También ahora, aparece como el ordenamiento más tradicional, rezagado para las nacientes exigencias, pero con vocación de nueva síntesis. Por culpa de (o, según se mire, gracias a) esta celosa guarda de los viejos principios, otras relaciones de la vida diaria encuentran respuesta, sea en el Derecho consuetudinario, cuyo elemento germánico —según vimos— no se presta a cuantificación, sea en el Derecho canónico, con el que, por lo demás, comparte, el romano, tanto la consideración de «Derecho sabio» (36) como la función de **ius commune** (37).

(34) La apreciación y el giro es de RIBO, L. M.: *Prólogo al Derecho civil español*, en «Rev. Der. Puertorriqueño», 1969, núms. 32-33, p. 310. De cualquier modo, si la suposición —la preferencia inicial por el Derecho privado— es fiable, dice AMORÓS GUARDIOLA (*Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 507-508), «nos sirve para descubrir un dato de cierto valor en la interpretación del Derecho de esta época: que el Derecho civil romano, recibido en la Edad Media y comentado por los Glosadores es principalmente un Derecho privado, más aún de lo que ya lo fue el repertorio de la Compilación de Justiniano. Lo cual apunta a un carácter permanente en la evolución del Derecho civil a lo largo de la historia, cual es su tendencia hacia la privatización».

(35) Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, cit., p. 55; y Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 624, quien —con nota de WINDSCHEID— afirma que «la perfección del Derecho romano frente a la imperfección del Derecho local hace, por una parte, que los juristas que estudian y aplican el Derecho, de formación romanista, por obra de la enseñanza universitaria, tiendan a implantar la aplicación del Derecho romano, y que, por otra parte, éste sea la única fuente segura para llenar las deficiencias y lagunas de los Derechos locales».

(36) No es el caso de insistir en que la «Escolástica fue la esencia de la ciencia y del método científico en la Alta Edad Media»; en que la ciencia profana «empezó a comprenderla y sistematizarla como subdisciplina y rama»; ni en cómo el **Decretum Gratiani** —hacia 1140— lanza la jurisprudencia canónica al mundo del Derecho, ofreciendo un compendio para la enseñanza del Derecho eclesiástico, y menos, en fin, en el dato cierto y relevante de que desde 1580 la colección oficial conocida como **Corpus iuris canonici** constituye texto obligatorio. Los entremecillados y estas ideas pueden encontrarse en MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia*, cit., pp. 18-21; mas, sobre las relaciones entre el Derecho romano y el Derecho canónico, véase CASANDRO, G.: *Lezioni di Diritto comune*, I, Napoli, 1981, pp. 208-253; para la profundización en «el sistema del Derecho común», naturalmente, CALASSO: *Medio evo del Diritto*, I, cit., segunda parte, pp. 345 al final. Una exposición proporcionada, que sigue tanto esta obra como la *Introduzione al Diritto comune*, Milano, 1951, puede encontrarse en DE LOS MOZOS: *Derecho civil español*, I-1.º, cit., pp. 64 y ss.

(37) Literalmente, siguiendo a Espín Cánovas, Díez-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 625. Sobre la cuestión de si el «Derecho canónico» (e incluso, el feudal) estaba —y en qué medida— dentro o fuera del denominado «ius commune» (cuya parte más principal venía representada, obviamente, por el Derecho romano de la recepción), vid. el tratamiento que da al tema AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, cit., pp. 510 y ss.; y, allí, más bibliografía. El propio AMORÓS GUARDIOLA

Es cierto que —por referirnos sólo al Derecho castellano— la fusión y síntesis de aquellos elementos tradicionales con estos otros renovadores aparece alcanzada en el Ordenamiento de Alcalá, primero, y en las Leyes de Toro, después (38). No lo es menos, sin embargo, que de la misma época y nota trae causa el *ius mercatorum*, cuyos principios, algunos ya suficientemente consolidados, aún no han sido recibidos por nuestro Derecho civil (39).

En suma —se ha escrito, tratando de captar el punto de evolución que en la Edad Media alcanza el Derecho romano/civil, en su versión laica— desde el siglo XIV aproximadamente existen unos Derechos propios, privativos de los reinos y comunidades, que técnicamente

—pp. 517-518— acaba caracterizando el Derecho común medieval, «en sentido técnico y de acuerdo con la terminología moderna, como un Derecho general (por razón de su ámbito territorial), común (por su amplitud de contenido objetivo) y normal (por la normal eficacia organizadora de sus principios normativos); y, tras conjugarlo con la idea de Derecho natural —estaba establecido de acuerdo con la razón natural, era «ratio scripta»; enfoque que, sin duda, constituía un buen recurso para lograr su difusión y aceptación por las gentes de distintos territorios—, sostiene que dicha correlación «traduce una de las características constantes en la evolución del Derecho civil a través de sus desenvolvimientos sucesivos».

(38) COSSIO, A. DE: *Instituciones de Derecho civil*, I, Madrid, 1977, p. 23. En terminología de LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 57), Castilla utiliza esta segunda vía de resolución del choque entre el Derecho común y el propio, o sea, «la transfusión en los cuerpos legales del país de lo más usual de los textos romano-canónicos» —prototipo, las Partidas—; mientras que Cataluña, Navarra y (en parte) Baleares utilizan la vía directa: «La aceptación, expresa en la ley o derivada de la costumbre, de los cuerpos romanos (y los canónicos en cierta medida), *ius comune civile* supletorio del propio de cada país.» Ahora bien, DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, reed., Madrid, 1984, pp. 146-147, refiere la «síntesis» castellana en palabras que no podemos por menos de traer aquí. «El Derecho español —dice— consigue con la autoridad de las Leyes de Toro su centro de equilibrio entre las distintas y al parecer irreconciliables corrientes romana y germánica. Las instituciones más genuinas, hijas de la costumbre y del modo de ser español, recogidas en el *Fuero Juzgo*, en los Fueros municipales y en el Fuero Real, se depuran e imponen con carácter general en Toro; el excesivo formalismo que diera a los negocios Alfonso X, tomándolo del Derecho romano, desaparece con el Ordenamiento de Alcalá; *Las Partidas*, en fin, a la vez que conservan reglas técnicas romanas, útiles para el tráfico de los bienes, se convierten por su amplitud y autoridad en la base del Derecho común español, dando tono y sentido a toda la organización jurídica española.»

(39) Pone el acento en la nacionalización del Derecho civil como impulso decisivo para la configuración del mercantil, PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, *cit.*, pp. 421-422, en los siguientes términos: «Los usos de comercio no aspiraban a constituir un Derecho propio. Sin embargo, cuando se produce el tránsito del Derecho romano a un Derecho civil nacional, la cosa varía extremadamente. Ya el comerciante se preocupa de que sus relaciones se excluyan de la órbita del Derecho civil. De esta manera se produce el primer y transcendental desgaje del tronco común de una de las ramas que más ha de florecer en el futuro.» Mirado, en cambio, desde la dinámica Derecho común/Derecho especial, una vez que las instituciones nacidas en éste adquieren categoría de principio, parece que el propio orden «nuevo» debería disolverse en el «tradicional» (cfr. DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, *cit.*, p. 615, y nota 73, en la que reproduce las palabras de ASCARELLI: «El Derecho especial muere, precisamente, en el momento de su mayor triunfo: cuando los principios jurídicos elaborados por él ingresan en el ámbito del Derecho común. En esta función de pionero radica la razón y el orgullo de su existencia»).

pueden llamarse Derechos civiles y, de otro lado, un Derecho de Roma al que sólo impropriadamente puede denominarse civil en sentido romano, que desempeña ahora la función de común para los países del antiguo imperio. Sin embargo, este Derecho será designado por excelencia como *civil* en los siglos siguientes, y se utilizan otros calificativos (Derecho real, fueros, estatutos, etc.) para los Derechos propios (40).

El panorama cambia —como es de todos conocido— con el advenimiento de la Edad Moderna. Es entonces, cuando cada príncipe —siempre vinculado al Emperador y al Papa, que ahora, por razones que no son del caso, pierden su hegemonía— se siente soberano y no sujeto a ley alguna; el pensamiento jurídico abandona su alta referencia —la divinidad— y se impregna de racionalismo, que le conduce al individualismo y al voluntarismo jurídico (41). El Derecho civil, en fin, ve sometido su significado a doble evolución: «el movimiento de independización del Derecho romano y del Derecho público, y la aproximación al Derecho nacional y al Derecho privado» (42). Desde

(40) HERNÁNDEZ GIL: voz «*Derecho civil*», *cit.*, p. 164. Y, complementariamente, recuerda DIEZ-PICAZO (*El sentido histórico*, *cit.*, p. 621) cómo el Derecho civil equivale durante la Edad Media a Derecho romano, y se llama civilistas a los hombres que estudian y glosan los textos justinianos.

(41) Así viene a introducir el apartado correspondiente de su trabajo DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, *cit.*, pp. 631-632. Si nos dejamos llevar por el estilo de HATTENHAUER —*Conceptos fundamentales del Derecho civil*, *cit.*, p. 198—, diríamos que «los iusnaturalistas aportaron en su día algo fundamentalmente novedoso: le dieron un largo adiós a la *fides*... la fe en la razón sustituyó a la división en fe y razón, iniciándose así más de dos siglos de racionalismo», y pasando la competencia para la fundamentación del Derecho de los teólogos a los filósofos. Por lo demás, en cuanto al Derecho Natural en función racionalizadora del Derecho, véase, entre nosotros, DE LOS MOZOS: *El Derecho natural en la formación del Derecho civil*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, VI, pp. 581 y ss.; y, más resumidamente, *Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 75-87.

(42) Tal rotula el epígrafe HERNÁNDEZ GIL, en su aportación específica *Del Derecho romano como Derecho civil al Derecho civil como Derecho privado*, en «Estudios de Derecho civil en honor del Profesor CASTÁN TOBEÑAS», *cit.*, V, p. 349; y, en el texto, concreta: «De ordinario se hace coincidir el moderno concepto del Derecho civil —Derecho nacional y Derecho privado— con lo que suele llamarse crisis del Derecho romano (o crisis del Derecho común, según la expresión de ERMINI, que el propio autor recoge dos páginas atrás). Contemplado el proceso desde una amplia perspectiva histórica, parece más adecuado hablar de transformación. El Derecho romano no va a perecer. Simplemente va a adoptar una postura distinta para sobrevivir otros siglos en el curso de los cuales nos encontramos» (p. 353). Y considera a DOMAT, en su siempre destacada obra *Les loix civiles dans leur ordre naturel* —año 1694—, «bastante más que un incipiente formulador» de la relación existente y consiguiente aproximación entre Derecho civil y Derecho privado, aunque todavía no se limite a caracterizar éste por el dato exclusivo de contemplar «relaciones entre particulares» (pp. 354-361). Por lo que, por otra parte, hace a la «nacionalización» DIEZ-PICAZO (*El sentido histórico*, *cit.*, pp. 633-635) entiende que el primer paso se da mediante la fijación legislativa del Derecho nacional —Compilación de Montalvo (1484) y Nueva Recopilación (1567) en Castilla—, y el segundo cuando el estudio del Derecho real se impone —por el calificativo de «civil» se decide, como habitualmente se recuerda, la obra de los Doctores I. JORDAN DE ASSO y M. DE MANUEL Y RODRÍGUEZ: *Instituciones del Derecho civil de Castilla*, cuya 4.ª ed. de 1792 ha sido recientemente reimpresa, Valladolid, 1984—,

entonces, puede concluirse (43), la expresión «Derecho civil» se va concretando a su significado actual, con el que aparece en la codificación francesa y en lo sucesivo.

III. LA CODIFICACION

Hasta ahora hemos presentado la historia, **a posteriori**, armoniosa, de contradicciones y síntesis, que conducen y condicionan al Derecho civil codificado.

No es (únicamente) una síntesis más lo que la Codificación significa (44). La Codificación del Derecho civil —cristalizando un determi-

de modo que, cuando la Codificación se inicia, la evolución está ya consumada y los Códigos suponen su «cierre». Para terminar, véase cómo DE LOS MOZOS achaca al proceso de nacionalización, el continuo desmembramiento del antiguo «cuerpo» del Derecho civil, que se desprende definitivamente de materiales penales, procesales y constitucionales (*Derecho civil español*, I-1.º, *cit.*, pp. 84-85).

(43) Con esos mismos giros, finaliza LACRUZ BERDEJO (*Elementos*, I-1.º, *cit.*, pp. 39-42) el epígrafe dedicado a la formación del concepto de Derecho civil, como categoría histórica. De cualquier modo, si quiere interiorizarse más en las vicisitudes del Derecho civil en la Edad Moderna, puede partirse de AMORÓS GUARDIOLA: *Dos etapas en la evolución histórica*, *cit.*, pp. 528-565, y WIEACKER, F.: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de F. FERNÁNDEZ JARDÓN, Madrid, 1957, cuyo estudio, sin embargo, arranca de la «recepción» y recorre el siglo XIX.

(44) Ciertamente, «los códigos iusnaturalistas son, en oposición a las fijaciones escritas anteriores y posteriores, actos de transformación revolucionaria», «anteproyectos para un futuro mejor» que «tiene una relación violenta con las tradiciones propias» (WIEACKER: *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, *cit.*, pp. 293-294); pero, es de recordar —con LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 67— cómo ya el Código Napoleón representa —respecto a los proyectos revolucionarios— una merma de entusiasmo, y «recoge sobre todo materiales tradicionales (...), de modo que los cambios de contenido del Código frente al ordenamiento anterior son bastante menos importantes que los de forma». Si no bastara esta mera referencia, un buen punto de partida para la ampliación puede buscarse en ARNAUD, A. J.: *Les origines doctrinales du code civil français*, Paris, 1969, p. 217, donde asegura que la síntesis no debe situarse propiamente a nivel de costumbres/Derecho escrito, como pudiera pensarse tras una lectura superficial del Discurso Preliminar de PORTALIS, sino que la verdadera «transacción» tenía como fondo, sobre todo, la oposición existente entre el viejo y nuevo orden jurídico, entre la tradición, favorecida por el movimiento jansenista escéptico y antirracionalista, y la corriente iusnaturalista moderna.

De cualquier modo, para la reconstrucción histórica de la codificación del Derecho privado en perspectiva europea, las consultas de ampliación pueden hacerse, desde luego, en WIEACKER, cuya *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* analiza en partes autónomas, tanto «la época del Derecho racionalista», que se cierra con las «codificaciones iusnaturalistas» (Baviera, Prusia, Austria y Francia), como «la Escuela Histórica, la Ciencia de las Pandectas y el positivismo (científico y legal) del Derecho civil» (Alemania y Suiza); del mismo autor, *Diritto privato e società industriale*, trad. e «Introducción» de G. LIBERATI, Napoli, 1983 (es valiosísima la **Introduzione**, ya que el autor italiano, no sólo prologa los planteamientos de Wieacker en la década de los 70 —fecha de los últimos escritos recopilados en la publicación—, sino que los expande a la contemplación de lo ocurrido en Francia, Italia y Austria. Se trata, en conjunto, de una obra insustituible para conocer y valorar la tensión y encaje de los respectivos Códigos civiles en la sociedad de su tiempo). Pero, también, en MOLITOR/SCHLOSSER: *Perfiles de la nueva historia del Derecho privado*, *cit.*, pp. 61-136. En particular —para el enfoque de nuestra reflexión resulta suficiente—, la exposición,

nado esquema del ordenamiento jurídico (privado)— crea, sobre todo, «la ilusión de su validez eterna» (45), y contribuye a explicar las ulteriores reacciones, mezcla de desencanto y desolación, cada vez que

además de documentada, se muestra sugerente en lo que concierne a las codificaciones de la denominada época del **Derecho natural**, y cuya sola síntesis resultaría aquí prolija. Así que, a efectos únicamente de sugerir la línea de evolución en sus trazos más llamativos, nos limitamos a destacar, con esta última obra como referencia, el **preludio** que supone la codificación de Baviera (1756) —que todavía no obsta a la vigencia ni de los estatutos territoriales ni de las fuentes subsidiarias o complementarias de Derecho común romano—; el ALR prusiano (1794), como prototipo de «**Código de los compromisos**» —que llega hasta la conjunción del Derecho público y privado, y cuya subsidiariedad originaria sería eliminada por la práctica jurídica— que, calculado para una monarquía absoluta del tipo del siglo XVIII, nacia ya anticuado por relación a las ideas de la Revolución francesa; el **Código Napoleón**, no tanto para reincidir en su (pre)historia, como para recordar el desarrollo de que ulteriormente fue objeto —evitando la necesidad de una «revisión»— por obra de la «jurisprudencia» y de la «doctrina», con la complementariedad que, en los desenvolvimientos de ésta, representan la «Ecole de l'exégèse» y la «Ecole de la libre recherche scientifique», extremos, por lo demás, propiciadores de la actual posición «conciliadora»; y, como cierre, en fin, de las codificaciones iusnaturalistas, el ABGB austríaco (1811) —como punto de equilibrio, desde la óptica del Derecho natural, entre el ALR prusiano y el «Code civil»—, con la importancia de la «Escuela histórica» austríaca que, partiendo de las tesis de la «exégesis», sometió a este Código a una cura de pandectas de carácter científico-sistemático, que resultó extraordinariamente fecunda.

Por lo demás, ni el término «Código» se inventa en el siglo XVIII, ni el fenómeno «codificación» afecta únicamente al Derecho civil. Añádase que, en nuestro caso, al Código civil le tomán la delantera tanto el penal como el mercantil. Para las primeras aclaraciones, en la parte que rebasan la obviedad, consúltese TARELLO, G.: *La idee della codificazione*, en «Il diritto privato nella società moderna.—Saggi a cura di S. RODOTA», Bologna, 1971, pp. 31-48; también para el calendario codificador nuestro, TOMÁS Y VALIENTE, F.: *Manual de historia del Derecho español*, 3.ª ed., Madrid, 1981, PP. 465 y ss.

(45) Que, al momento de codificar, domina la convicción de que lo establecido envejecerá invariado durante siglos, es idea recurrente en cuantos autores se ocupan del significado de la Codificación del Derecho civil. El entremucado del texto se toma de GIORGIANNI, M.: *Il diritto privato ed i suoi attuali confini*, en «RTDPC», 1961, p. 395; pero semejante convencimiento puede leerse, entre otros, en NICOLO, R.: voz «*Diritto civile*», Enc. Dir., T. 12, Varese, 1964, pp. 909-910; KRONKE, H.: *Progetti de una nuova codificazione del Diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca*, en «Riv. Dir. Com.», 1981, p. 51. Esa es, precisamente, la ventaja que se encuentra al Código, que pueda resolver «todas las cuestiones imaginables, ahora y en adelante»; gracias a su construcción «more geométrico», el sistema va a permitir al Juez (y a obligarle a) «encontrar la solución que no puso el legislador: que se suscita —esta es la virtualidad del Código— al colisionar el caso con la norma»: LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, pp. 65-66.

Mayor realismo y mesura se atribuye a los redactores del Code Civil con motivo de su centenario. Para este y otros aspectos del «Code» —en los que ahora nos entramos—, resultan valiosos los dos tomos del «*Livre du centenaire*», Paris-Frankfurt, 1904 —reimpr. anatique, 1969—, y, en especial, SOREL, A.: *Introduction*, I, pp. 13-50; ESMEIN, A.: *L'originalité du Code civil*, I, pp. 3-21; TERRAT, B.: *Du régime de la propriété dans le Code civil*, I, pp. 327/353; JOSSEMAND, L.: *Essai sur la propriété collective*, I, pp. 355-379; LYON-CAEN, Ch.: *De l'influence du Droit commercial sur le Droit civil depuis 1804*, I, pp. 205-221; THALLER, E.: *De l'attraction exercée par le Code civil e par ses méthodes sur le droit commercial*, I, pp. 223-243, o los trabajos sobre «la question de la revision», T. 2, pp. 897 y ss., de M. PLANIOL, E. GAUDEMET y Fr. GENY, entre otros. Por lo que a esta nota importa, es de recordar cómo ESMEIN —p. 19— afirma que los redactores del «Code» en absoluto creían ha-

esa perennidad se reputa amenazada por la variación sensible de algunos de los trazos de aquel esquema racional-iusnaturalista (46).

El propio Código no aparece (sólo) como antídoto del «particularismo jurídico» previo, como modo específico de legislar —simple, sintético, sistemático y suficiente (47)—, sino que expresa, a la vez, «el resultado de una elección ideológica dependiente de situaciones históricas bien precisas» (48). El Código (francés) sanciona, sí, la li-

ber legislado para la eternidad, si bien las lagunas —que indudablemente tiene— han sido sobrevenidas y ocasionadas por las transformaciones que provoca, sobre todo, la gran industria; y de qué manera la generalidad y universalidad de la obra aflora tanto en la «introducción» de SOREL (obra destinada no sólo a los iniciados, sino a todo el mundo, al gran público, que se diría hoy) como en la aportación de TERRAT, quien, poniendo el carácter dominante en la validez no sólo para los franceses, sino «para el hombre en general», viene a concluir que el «Code» es una obra nueva, incluso, superior; si no es perfecta, se debe a que es humana y la perfección rara vez se concede a los mortales.

(46) No es para menos. Las transformaciones afectan a lo (que se creyó) «inmutable». «Los filósofos del iusnaturalismo racionalista —escribe TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, cit., p. 469—, de los siglos XVII y XVIII son optimistas, están inmersos en la corriente filosófica de la Ilustración, creen que existe ese Derecho natural inmutable y universal y se consideran capaces de descubrirlo. Es más, su optimismo va incluso un paso más allá, porque piensan que una vez ellos, los filósofos, hayan descubierto y expresado las leyes del Derecho natural, éste servirá de base a las leyes positivas...» De este modo —concluye— el racionalismo jurídico encerraba en sí mismo una voluntad de positivizarse.

(47) Como «esfuerzo dirigido a simplificar, sintetizar y sistematizar» caracteriza a la Codificación PUIG BRUTAU: *Introducción al Derecho civil*, cit., pp. 72/73, con cita de YNTEMA: *The Jurisprudence of Codification*, en el libro «David Dudley Field-Centenary Essays», 1949, p. 251. La «suficiencia», en realidad, era uno de los presupuestos de la codificación para que ésta pudiera hacer operativas sus pretensiones, no todas, técnicas. En efecto —viene a decir TARELLO: *Le idee della codificazione*, cit., pp. 43 y ss— la simplificación del Derecho —fuente de certeza y comprensibilidad— había de verificarse bajo tres condiciones: a) economía en la *formulación* de las normas; b) que las nuevas reglas sustituyeran —no se sumaran— a las anteriores y excluyeran la *heterointegración*, y c) que *el contenido* reformulado consintiese la máxima simplificación. La primera y —en parte— la segunda permitían un tratamiento «técnico», y plasmaron mediante ideas iusnaturalistas e iluministas; mas, la tercera suponía propiamente una condición política, que había de pasar por un doble proceso —ideológicamente unidireccional—: la unificación del sujeto de derecho y la comprensión del repertorio de materias (un solo tipo de propiedad, una forma única —el contrato— de asumir voluntariamente obligaciones, cláusula general para los ilícitos, etc.). Todo ello, en fin, sustenta la convicción que el propio TARELLO adelanta según la cual el proceso codificador liberal-burgués contribuye decisivamente a la tecnificación de la ciencia jurídica, pero, asimismo, a la consecuente «desresponsabilización», en sentido político, de los juristas.

(48) PRINCIGALLI, A. M.: *Las vicisitudes de la codificación* (trad. de P. SALVADOR), en «LIPARI, N.: *Derecho privado. Un ensayo para la enseñanza*», trad. española, Bolonia, 1980, p. 39; insustituible, además, por la nota bibliográfica-valorativa que a cada apartado acompaña, y, por supuesto, para la contemplación detenida de los diversos procesos codificadores italianos (pp. 60-90), que, normalmente, carecen de protagonismo y apartado propio en las exposiciones de la codificación europea. Sobre «el sistema interno de la codificación», ha abundado, entre nosotros, TORRALBA SORIANO, V. O.: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, en «RGLJ», T. 239 (1975), pp. 239-259, y, entre lo más reciente, la publicación de MOTTILLA, A.: *La codificación como técnica de producción legislativa*, en «RDP», 1987, pp. 548-555.

bertad e igualdad **formales**, pero privilegia los intereses pecuniarios y las fortunas ya adquiridas (por la burguesía). Garantismo y estatismo son dos aspectos que recorren el sistema y apuntan a una organización burguesa que trueca su ímpetu revolucionario por el diseño de un Estado enemigo y garante de su autonomía (49).

La codificación cumple, asimismo, la función de delimitar, siquiera aproximadamente, el **área del Derecho civil**: colocado en el centro el individuo, con sus *necesidades, sus intereses y su actividad*, los Códigos del siglo XIX devienen la **ley reguladora de las relaciones privadas**, en el doble sentido de **tutela** de los intereses y de la actividad del hombre y de **limitación**, de unos y otra, ya en aras al respeto de otras esferas individuales de libertad, ya en nombre de principios superiores de carácter ético y social (50).

Si bien —y éste es dato chocante con la inspiración individualista, pero esencial para comprender el problema de límites que el moderno Derecho civil tiene planteado—, siendo el Código tributario de una doctrina civilista habituada a teorizar, a transformar en conceptos generales los datos de la experiencia, no pudo sustraerse a aquella elaboración científica y aborda los institutos más importantes en forma general y abstracta. De manera que la propiedad, el contrato, el acto ilícito y la obligación aparecen como situaciones normativas de carácter general, no necesariamente referidas al individuo y a su actividad, sino susceptibles de utilización fuera del ámbito de las relaciones privadas, propiamente dichas (51).

(49) Están en el título de la siempre rememorada obra de CORRADINI, D.: *Garantismo e statalismo. Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, Milano, 1971. Precisamente, como *Le codificazioni civilistiche dell'Ottocento*, titula su aportación a «Il diritto privato nella società moderna», *cit.*, pp. 49-71, lugar éste en el que destaca cómo únicamente con el texto napoleónico de 1804 se verifica un giro decisivo en la historia de la codificación y se asume el modelo «garantista» como pauta para una sistematización coherente del Derecho; claro que representa un hito, mas no tanto o no sólo por la reorganización de la materia privatística, sino sobre todo porque señala el triunfo de los grupos burgueses y recibe fielmente su programa ideológico. Las fuerzas revolucionarias —añade dos páginas más adelante, aún como introducción— se empeñan en erigir un Estado en el que el Derecho limite también el poder de quien lo ha promulgado, donde exista un justo equilibrio entre la autoridad y la libertad, de manera que los ciudadanos no sean meros destinatarios de obligaciones, y donde, en fin, la legislación escrita salvaguarde la autonomía del individuo y sus prerrogativas.

En sentido bien conciso, lo expresa TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, *cit.*, p. 475: A medida que ésta (la burguesía) alcanzó el poder político en cada país de la Europa continental, impuso y codificó su propio orden jurídico, en defensa de sus propios intereses y construido con su propio estilo mental.

(50) Dicha función es remarcada por NICOLÒ: voz *Diritto civile*, *cit.*, p. 905. Y así aparece en las palabras de CAMBACERES, que recuerda y glosa, con motivo del centenario del «Code», SOREL: *Introduction*, *cit.*, pp. 23-24. Tres cosas —venía a expresar aquél— son necesarias y suficientes al hombre en sociedad: ser dueño de su persona; tener bienes para satisfacer sus necesidades, y poder disponer, conforme a sus intereses, de su persona y bienes. Todo el Derecho se reduce, por tanto, a los derechos de libertad, de propiedad y de contratar. Libertad y propiedad, indisolublemente unidas, configuran —concluye SOREL— la llamada «libertad civil».

(51) En ello, hace igualmente hincapié, NICOLÒ: voz *Diritto civile*, *cit.*, p. 905.

IV. TRES CONTRADICCIONES

Este, como los sucesivos epígrafes, lleva una intitulación absolutamente convencional. El espacio delimitado trata de cubrirse a base de poner de relieve los «inconvenientes» que le han surgido al, también convencionalmente, llamado Derecho civil decimonónico. Inconvenientes que tienen matiz ora económico, ora político, ora ideológico, ora sistemático, como ha poco y sugestivamente nos ha mostrado Busnelli, después de aseverar que «nunca, en efecto, como en estos últimos años, el Código civil ha estado expuesto a ataques tan reiterados y vehementes: un verdadero y propio **asalto a la ciudadela**, cuya capitulación se considera como inminente —si no ya acaecida— (52).

Confeccionar el apartado con propia identidad —incluso, frente al que después denominamos «presupuestos de reactivación»—, nos exónera, en parte, de no haber dado a la «codificación» el tratamiento exhaustivo que habitualmente se dispensa. Aquí —y luego— incidiremos en temas antes sólo mentados o preteridos a propósito. Preferimos recordar algunas de las virtudes que al Derecho civil/Código se le suponían a la vez que damos cuenta de las imputaciones que, ahora, soporta.

Téngase por advertido, sin embargo, que en absoluto pretende hacerse repertorio de unas y/o otras. Trátase, sólo, de seguir reflexionando sobre el momento presente de nuestra disciplina y en derredor de líneas de tendencia, todas ellas, al parecer, de signo depresivo, debido, en un caso (la «descodificación»), a su relativa novedad y, en otros (la «publicación» o la «desintegración»), a su acreditada persistencia.

1. «Descodificación»

El grito que, no hace mucho, ha resonado entre los civilistas, en el sentido de que «el Código está muerto» y «el tiempo en que se codificaba, superado», tiene unos motivos bien precisos y una causalidad no por lenta y compleja menos identificable (53).

(52) La referencia completa es ésta: BUSNELLI, F. D.: *El Derecho civil entre Código y leyes especiales* —escrito especialmente para la revista española y traducido por M. L. ALBACAR MEDINA—, en «RGLJ», T. 258 (1985), pp. 757-779. Particularmente, al victorioso «asalto a la ciudadela» se refiere en la p. 758, advirtiendo —en nota— que la imagen «con tantos cañonazos, bombardeos, cuerpo a cuerpo, retiradas, derrotas...» está tomada del conocido ensayo de PROSSER: *The assault upon the Citadel*, en Yale L. J., 1960, pp. 1099 y ss., donde la ciudadela a asaltar es la llamada *privacy of contracts*.

(53) Un análisis resuntivo, en SACCO, R.: *Codificare: modo superato di legiferare?*, en «Riv. Dir. Civ.», 1983, 1, pp. 117 y ss., cuyo primer epígrafe dedica a «los funerales del Código civil»; en términos también de síntesis, DONISI, C.: *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1980, pp. 645-649, y

Ante todo, y en *tema de fuentes*, el mismo Código, al que se reservó un puesto de honor, se ha visto doblemente degradado. Su autoridad ha quedado, por una parte, menguada, continua y cuantitativamente a causa de las leyes especiales —a menudo, discrepantes de su lógica y sistema— y, de otra, automática e indiscutiblemente superada por la Constitución que —succionando, si no contradiciendo, la esencia de instituciones codificadas— toma para sí la función de enunciar los (nuevos) principios y de garantizar el mínimo de uniformidad (54).

Observando el fenómeno en esa doble vertiente, y por orden inverso, puede añadirse de inmediato que han quedado comprometidas o superadas tanto *las opciones políticas* como la *naturaleza sistemática* del Código civil; y que en ambos frentes el Derecho civil ha cedido terreno en favor de la respectiva alternativa, sea la Constitución, sea las leyes especiales (55). Mas, si en estas últimas quiere datarse el inicio y progreso de la denominada «edad de la descodificación», no quedaría otro remedio que identificar en la Constitución la premisa

CASANOVA, M.: *Codice civile ed evoluzione legislativa*, en «Riv. Dir. Civ.», 1982, II, p. 620. No obstante, para una valoración más detenida, véase, al menos, IRTI, N.: *L'età della decodificazione*, Milano, 1979; DE CUPIS, A.: *A proposito di codice e di codificazione*, en «Riv. Dir. Civ.», 1979, II, p. 47; PIGA, F.: *Tramonto del codice civile? (Codice civile e istituti del diritto pubblico nella realtà del nostro tempo)*, y SCHLESINGER, P.: «*Il tramonto del codice civile*», ambos en *Temì della cultura giuridica contemporanea: Prospettive sul diritto privato. Il tramonto del codice civile. Il giurista nella società industriale*, en «Atti del Convegno di studi svoltosi a Roma il 27 e 28 ottobre 1979», Padova, 1981, pp. 49 y 73, respectivamente (los dos, publicados también en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, pp. 56 y 80 —por mi parte, citaré por la primera publicación, ya que recoge, además, las «intervenciones» de las que también haré uso—; y, para un desmentido reciente, particular y documentado, AMENTA, G.: *La verifica della decodificazione alla luce della legge speciale sulla disciplinad dell'adozione e dell'affidamento dei minori*, en «Rass. Dir. Civ.», 1986, p. 1. Fuera de la doctrina italiana y con limitación al Derecho mercantil, OPPETIT, B.: *La décodification du Droit commercial français*, en «Etudes offertes à René Rodière», Paris, 1981, pp. 197-207.

(54) Tareas, ambas, que tuvo a su cargo el Código civil y que fundamentaron la siempre repetida nota de su **valor constitucional** —de cuya pérdida después me ocupó—; diríase, sin embargo, que, en el ejercicio del retracto constitucional, el terreno del que ha sido privado el Código no coincide exactamente, a veces por defecto —caso de la nacionalidad— y otras por exceso —caso de los principios informadores de las más importantes de sus instituciones—, no corresponde, digo, con la franja que sin otro título acaso que razones histórico-políticas venía ostentando. Para un apunte conciso, sobre la atribución y pérdida de esa nota a los Códigos, RODOTA, S.: *Le codificazione. Introduzione*, en «Il diritto privato nella società moderna», *cit.*, pp. 25-26, donde, tras conocidas citas de PORTALIS y SOLARI, observa cómo aquéllos vienen poco a poco perdiendo su valor constitucional, en beneficio de las denominadas Constituciones «largas», en las que se dedica amplio espacio a disciplinar situaciones de contenido económico, esto es, a una materia anteriormente monopolizada por los Códigos de Derecho privado.

(55) Como frentes diversos aparecen expuestos en BUSNELLI, pp. 759 y 761, del trabajo citado y que lleva por título precisamente la formulación de la «segunda» alternativa: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*. La primera se encuentra ya en la monografía de GALGANO, F.: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1979, a cuya **Prefazione** nos hemos referido en nuestra precedente nota 8.

y en las Leyes de desarrollo la consecuencia de la degradación del Código como fuente (56).

Por nuestra parte, aun reconociendo que esta última alianza contribuyera al afianzamiento de la línea de tendencia que, con lenguaje afortunado, se nomina «descodificación», nos resistimos a establecer la equivalencia entre Leyes de desarrollo de principios constitucionales y Leyes especiales-descodificantes (57). Preferimos retener el término «descodificación» como —otro más— alusivo a la pérdida de protagonismo del Código y del propio Derecho civil; hablar de los efectos de la Constitución, sólo bajo su aspecto positivo —en el epígrafe siguiente—, y encuadrar las Leyes especiales en la perspectiva de «desintegración» del sistema, a menor nivel, pero con la misma lógica, que los consagrados o presuntos «derechos especiales» (58).

(56) Ese es el planteamiento que subyace en IRTI, N.: *Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)*, en «Riv. Dir. Civ.», 1979, I, pp. 141 y ss. Aunque, también da pie para, como luego diremos, analizar la «descodificación» desde la perspectiva de fenómeno-síntesis de las carencias del Derecho civil, cuando empieza afirmando que «las leyes especiales constituyen el centro de la experiencia jurídica contemporánea». No son las de antes, «especiales», o en el sentido de «especificantes» de materias ya enunciadas en el Código, o en el de «excepcionales» que, si chocan con el Código, tienen vedada la interpretación extensiva. Las de ahora no están llamadas a desenvolver principios contenidos en el Código, «sino a actuar directrices y principios programáticos fijados en la Constitución, o sea, **normas que ocupan, en la jerarquía de las fuentes, un grado superior al de las normas del Código civil**» (p. 145), por lo que se impone «redefinir la relación entre Constitución, Código civil y Leyes especiales» (p. 141). Obvio es decir —como no podremos dejar de criticar más tarde— que en el argumento de IRTI se toma el Código cual si fuera cuerpo refractario a los principios y directrices constitucionales, como continente del puro derecho decimonónico.

(57) Varias razones apoyan esta actitud. No es sólo que —como tendremos ocasión de referir casi de inmediato— la tensión «Leyes especiales» versus «Código», entre nosotros preceda a la Constitución y aun al Código. Tampoco en Italia el fenómeno es reciente, sino que —según recuerda Busnelli: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales, cit.*, p. 761, nota 14— se remonta a principios de siglo, vigente el Código de 1865, y ya para entonces —abstracción hecha de Constitución y desarrollo— advirtió VASALLI: «La legislación de guerra... constituye una crisis en el Derecho privado, quizá la más grave crisis del Derecho privado.» Puede observarse en segundo término, cómo esa legitimación y engarce constitucional de las «leyes descodificantes», ni parece determinante en las exposiciones que, antes de IRTI, encaran «los problemas de la codificación» (Cfr. PRINCIGALLI: *Las vicisitudes de la codificación*, cit., pp. 91-92), ni se explicitan en las de aquellos que parten de IRTI como referencia (Vid., aparte de BUSNELLI: *Op. et loc. cit.*, MOTILLA: *La codificación como técnica de producción legislativa, cit.*, pp. 570 y ss., y ARCE Y FLOREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho civil constitucional*, Madrid, 1986, pp. 60 y 61). Para RODOTA, S.: *Introduzione. Ipotesi sul diritto privato*, en «Il diritto privato nella società moderna», cit., pp. 12-13, las coordenadas de las Leyes especiales están, más que en la Constitución directamente, en las exigencias del desarrollo económico y en el propio «Código» de 1942, que ya había variado su relación dialéctica como aquéllas (respecto a la relación del Código derogado).

(58) No se olvide que ese viene a ser el segundo paso del propio IRTI [*Leggi speciali: dal mono-sistema al poli-sistema, cit.* —el tercero, la «neo-exégesis: *Scuole e figure del Diritto civile*, Varese, 1982, a cuya «introducción» antepone el estudio *La proposta della neo-esegesi* (a modi di prefazione), pp. 3-11—]. Y que, si a la historia se atiende, las leyes especiales no sólo pueden verse como «minidesintegraciones», sino que, las más de las veces, la autonomía legislativa constituye argumento y anuncio de la disgregación del correspondiente «Derecho especial»: Derecho mercantil, laboral,

El Código era, por otra parte y en su conjunto, una **ley imperativa**; esto es, salido de un Parlamento —siquiera, como en nuestro caso, las «Bases»— en el ejercicio de prerrogativas propias, sin mediación específica de los destinatarios. Sus proposiciones son **generales y abstractas** —he aquí, según Galgano, la relación evidente entre principio de igualdad y codificación— y se presentan como **perennes**, de manera que «la majestad del Código» —escribe Sacco, en el sentido que hemos dejado insinuado— se funda en este carácter casi perpetuo de las soluciones que acoge (59).

Por contra, no resulta inhabitual ahora que en el **iter** legislativo de las leyes especiales estén presentes, por una u otra vía, los destinatarios, lo que concurre a dar a la norma un fondo paccionado; como si la autocomposición de intereses, que a menudo encuentra mermada su omnipotencia en el área negocial por mor de las leyes «imperativas», se estuviera tomando venganza en el propio terreno de éstas, o, quizá más propiamente, tratando de coadyuvar «ad cautelam» a la configuración de los rígidos preceptos por los que inevitablemente va a verse luego sojuzgada.

La generalidad y la abstracción, naturalmente, no pueden faltar ni siquiera en las denominadas leyes especiales; pero éstas son menos generales y menos abstractas que los preceptos codificados. Muchas veces, la concreción o sectorización de alguno de aquellos preceptos demasiado amplios constituye razón de ser de la nueva norma; y aquellas notas parecen quedar bajo mínimos cuando la regulación afecta

agrario, registral, urbanístico, societario, cooperativo, de seguros, concursal, etc... En este mismo efecto consiguiente hace hincapié OPPETIT: *La décodification du Droit commercial français, cit.*, p. 203: la multiplicación de textos de origen diverso y de disposiciones especiales en absoluto codificadas determina la eclosión por todos los lados de reivindicaciones de autonomía y de particularismo y provoca la voladura de la noción misma de Derecho común. Y, en cuanto al propio IRTI, hay que llamar la atención sobre su última —según nuestro conocimiento— aportación al tema. Se trata de una Conferencia dictada en Génova, el 28 de marzo de 1987 [recogida en «Riv. Soc.», 1986, p. 1217, bajo el título *Movimento e istituzioni (i testi unici nel diritto privato)*], y en la que se plantea las consecuencias de la técnica del «texto refundido» en el campo del Derecho privado, concretamente en materia agraria, en los siguientes términos: «La tecnica del resto unico, non soltanto penetra nelle regioni del diritto privato —rimaste, fin ad ora, chiuso ed inviolabili—, ma sottrae un intero gruppo di norme al codice civile.

Texto unico e codice —che poco prima, nel quadro della dottrina corrente, sembravano esprimere opposti itinerari storici— si presentano ora in drammatica tensione. Il testo unico, espandendosi a materie di diritto privato, urta nelle antiche e possenti mura del codice civile.

Ne nasce un problema, che è, insieme, di storia legislativa e di storia generale: un affascinante problema di **cultura giuridica**, il quale offre risposta alle nostre due domande, e spiega l'audace avventura del civilista oltre i confini della propria disciplina» (p. 1219).

(59) La cita primera corresponde a GALGANO, F.: *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 36; la segunda a SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119. Sobre uno de los dichos caracteres, aproximativamente y de reciente, STOKER, A.: *El principio de la generalidad de la ley y su influencia actual*, en «RDP», 1986, pp. 627-630.

particularmente a un grupo, más o menos restringido, de personas (60), la mayoría de las veces nuestras «leyes especiales» se dictan —según expresión de Schlesinger— «a favor de alguien» (cultivadores directos, inquilinos, pensionistas, etc.). La rápida sucesión de las reglas legales conlleva la disparidad para los sujetos que se benefician de la protección en momentos diversos (61). Todo ello, describe un «particularismo» jurídico que es antítesis de la codificación (62).

Mas, aparte la incidencia que todo lo anterior tenga en la «sectorización» del interés general y del propio «sistema», lo grave —viene diciéndose— no es (sólo) que la prelación de fuentes, la génesis de la ley o sus notas se hayan visto afectadas de manera sustancial, sino sobre todo que el propio eje del Derecho civil ha sido minado y su ámbito reiteradamente comprimido. De un lado —y así lo hemos dejado apuntado (63)—, los Códigos del XIX tienen por gozne al individuo (abstracta y formalmente) libre, en su propiedad y en su volun-

(60) Con lo dicho, no se quiere insinuar, desde luego, que todo Derecho especial —caracterizado por «la singularidad de su materia»— suponga demérito para la «generalidad» de sus disposiciones (Cfr. LACRUZ BERDEJO: *Elementos*, I-1.º, *cit.*, p. 129); ni negar —con lo que ahora se anota— que determinadas «leyes especiales», en el ámbito civil, merezcan aprobación desde diversos puntos de análisis. Piénsese, por ejemplo, en la *Ley 49/1981, de 24 de diciembre, del Estatuto de la explotación familiar agraria y de los agricultores jóvenes* («BOE» de 11 de enero de 1982), que pergeña un «particular» estatuto sucesorio (artículos 16 a 37), contradictorio del «general» codificado, por más que resulte plausible de cara al fortalecimiento de la actividad agraria, a las relaciones con los denominados Derechos forales o especiales e, incluso, como recuperación de esencias propias preteridas por la Codificación [Cfr. DE LOS MOZOS, J. L.: *Hacia un Derecho sucesorio agrario (Aspectos de la conservación de la explotación en el Código civil, en los Derechos forales y en el Derecho de colonización)*, en «ADC», 1974, p. 523; y, ahora, en «Estudios de Derecho Agrario (Segunda serie)», Valladolid, 1981, pp. 199 y ss.

(61) Piénsese, sin ir más lejos, en la «disparidad arrendaticia urbana», que introdujo el llamado «Decreto BOYER». No se trata de hacer balance sobre la consecución, o no, de sus objetivos inmediatos de «reactivación de la economía». Lo cierto es que, particularmente la supresión de la prórroga forzosa, abre un «abismo» (Cfr. LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1986, p. 185, en nota) entre las situaciones jurídicas de los arrendadores (y arrendatarios) que lo eran entonces y los que han tenido ocasión de serlo al «amparo» del referido Real Decreto-Ley 2/1985, de 30 de abril («BOE», 9 de mayo), y devuelve al reino de la «autonomía de la voluntad» (Cfr. STS de 13 de diciembre de 1986 y comentario de HERNANDO COLLAZOS, I.: *CCJC*, núm. 13, p. 4289) un terreno en el que legislativa y jurisprudencialmente tenía restringida (cuando no vetada, por principio: vid. SSTs de 15 de octubre y 17 de noviembre de 1984, y mi comentario, *CCJC*, núm. 7 -1985, pp. 2164-2173) la entrada. De interés, asimismo, la extensa nota-comentario de ZENATI, F., a propósito de la «Loi núm. 86-1290 du 23 décembre 1986 tendant à favoriser l'investissement locatif, l'accession à la propriété de logements sociaux et le développement de l'offre foncière», RTDC, 1987, pp. 165-173.

(62) En sentido equivalente concluye SACCO (*Codificare: modo superato di legifera-re?*, *cit.*, p. 119) el epígrafe que intitula «los nuevos caracteres de la norma civilística», de cuyas observaciones es tributario el párrafo al que esta nota corresponde. Aunque, literalmente, algunas de las afirmaciones contenidas en el párrafo de referencia se toman de la síntesis de SACCO, es de todo punto conveniente ampliar el sentido con el texto de las «Ponencias» de PIGA: *Tramonto del Codice Civile?*, *cit.*, pp. 61-64, y SCHLESINGER: *Il tramonto del Codice civile*, *cit.*, especialmente, pp. 75-77.

(63) Véase, más arriba, la referencia de la nota 50.

tad, pero hace ya tiempo que la omnipotencia del propietario y del contratante han venido a menos (64). Y, de otro, el Derecho civil mismo, otrora protagonista indiscutido en las relaciones entre particulares, habría quedado reducido —según algunos análisis— a un conjunto de soluciones subsidiarias, destinadas a cubrir —cuando el recurso a la autointegración no proceda o no baste— las lagunas de las otras ramas del Derecho (65).

(64) En este instante y para una «noción» crítica y actualizada de «propiedad», vid., por todos, COSTANTINO, M.: *Proprietarios y sujetos interesados en el uso «social» de los bienes* —trad. V. L. MONTES—, en «LIPARI, N.: *Derecho privado...*», cit., pp. 217 y ss., cuya aportación en absoluto se presta a reseña, no sólo por su extensión, sino, sobre todo, por la propia concisión que, no obstante, rige la configuración de «las transformaciones experimentadas por el concepto base de propiedad y los problemas que pueden ser formulados al socaire de las leyes vigentes (Derecho escrito) tomando en cuenta la praxis observada en su aplicación». Limitémonos, pues, a la remisión; a recordar que parte de la premisa de que es insuficiente hablar de «crisis» de la propiedad, porque con ello o se significa «decadencia» (cuando todo el mundo se esfuerza en ser —o mantenerse— propietario) o se quiere decir estado de transición (y para nadie es fácil apuntar el rumbo); y, por lo que respecta a las posibilidades de «actuar», a trasladar la afirmación de que «el presupuesto de la teoría dominante, según la cual el propietario tiene el derecho de realizar toda posible forma de goce, es fruto de una abstracción lógica, solamente explicable para hombres del siglo XVIII» (pp. 217-218 y 262, respectivamente).

En lo que al contrato respecta, no es sólo que haya variado cuantitativamente el tanto de autonomía que puede soportar, se cuestiona la utilidad misma de la categoría. En la misma obra «colectiva» dirigida por LIPARI, véase el apartado V: *Utilización del contrato y disciplina de los negocios*, a cargo de CONSERVA, D.; MINUNNO, G., y PANZA, G. —trad., también por partes diferenciadas, por P. SALVADOR y M. GARCÍA AMIGO—, pp. 283 y ss.; en concreto, p. 360, donde PANZA escribe: «En conclusión y por razones opuestas, el contrato padece el desgaste de los tiempos: sea porque, en el plano de la realidad económica, y debido a la acción cada vez más agresiva de las empresas, el particular se ve privado de toda facultad de autodeterminación; sea porque, en el plano de la realidad normativa, se asiste, por el contrario, al fenómeno opuesto y/o de reacción a dichos estados de cosas por la intervención del Estado.»

Por lo demás, si la codificación supuso —y ya vimos: nota 47, *in fine*— una «desresponsabilización» política de los juristas por mor de una mayor «tecnificación» de la ciencia jurídica, «neutral» en sí misma y en las categorías abstractas que maneja, las investigaciones iusprivatistas más recientes insisten en desvelar el trasfondo ideológico de tales categorías. En este sentido, se traen a primer plano facetas descuidadas de otros pilares de la codificación: la **persona jurídica**, la **responsabilidad civil** y, por supuesto, el **negocio jurídico**. Vid. a este propósito, BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., pp. 759-760, y allí las oportunas referencias bibliográficas, sobre todo, al pensamiento de F. GALGANO.

(65) Exactamente en ese sentido se expresa, en su síntesis, SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, cit., p. 119. Sin embargo, resultan más alarmantes las aseveraciones de RODOTA cuando trata de aquilatar el papel respectivo del Código y de las Leyes especiales (y no se olvide que, en su Código, está también lo que debería ser la esencia del Derecho mercantil y laboral) en la orientación y desarrollo de la economía. Se trata del —que BUSNELLI (*El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., p. 759) etiqueta como— **ataque al Código desde el punto de observación económico**. He aquí las palabras de RODOTA: *Introduzione. Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 13: «Il codice civile appare così sempre piú lontano del cuore del processo economico, impoverito com'e dalla continua emorragia a cui lo sottopongono le leggi speciali, che affrontano e disciplinano i fatti piú significativi del sistema socio-economico, sottraendoli in tuto o in parte alla normativa (apparentemente) generale contenuta nel

Estas son las que se presentan como claves del futuro de los Códigos (por vía de consecuencia, también del Derecho privado) descrito en sus tonos más negros. Incluso, supuesto que el movimiento de reflexión del que nos ocupamos es particularmente fecundo en Italia y constituye su referencia el «Derecho privado *in genere*» —en los análisis más ponderados, sólo su «Código»—, ¿no habrá que recargar las tintas cuando —como nos ocurre— el fenómeno de la «descodificación» se enfrente al «Derecho civil» sólo y/o a su Código, por añadidura, del siglo pasado?

La respuesta en este momento, cualquiera que fuera su signo, aparte ligera, sería aventurada. Puede, acaso, objetarse que ni siquiera el protagonismo dado aquí al fenómeno venía exigido, en la inteligencia de que nuestro Código civil no aparece solidario en aquel destino. No porque el fenómeno de las «leyes especiales» sea entre nosotros desconocido. Todo lo contrario. Las hubo antes que Código; la «edad de la descodificación» precedió aquí —y por razones que no cabe explicitar— a la de «codificación». Ya en el momento de su publicación el Código no contenía más que una parte menor del Derecho civil (66).

No está el Código tan muerto —sería la auténtica objeción— porque nuestro Legislador, que ha hecho uso de la técnica de las leyes especiales —descodificantes, en extremo, si se piensa en el contrato de seguro; en ocasiones, con el sentido restringido de desarrollo de principios constitucionales, caso de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (67)—, también ha optado por «recodificar constitucionalizando», materias de tanto peso como las relativas al Derecho de familia o a la nacionalidad. Hasta una refacción de la materia contrac-

codice. Questo può ancora essere rappresentato come il regno della libertà e dell'autonomia dei privati: ma questa rappresentazione vale al livello della microeconomia, dei piccoli traffici, dell'attività domestica.»

(66) BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, E.: *Prólogo al Código civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1981, pp. 27-28: que, *ab initio*, sólo contuviera una parte menor del Derecho civil, obedece a un doble fenómeno. De un lado, el estatuto jurídico de la propiedad inmobiliaria se había producido ya vía leyes especiales y, de otro, las materias colindantes con otras ramas, sustantivas o procesales, le habían sido absorbidas por la correspondiente codificación anterior.

(67) Sobre cuya operatividad, a lo que parece, MUÑOZ MACHADO, S.: *Mitos, insuficiencias y excesos en la construcción jurídica de las acciones por difamación*, en «PJ», 1986-1, p. 11, con ocasión de la sentencia sobre el «caso Ramón y Cajal», ha abierto una polémica a la que en seguida se ha sumado CABEDO NEBOT, R.: *Sobre acciones de difamación*, en «PJ», 1986-2, p. 33. Mas, por el sentido del texto al que esta nota se refiere, nos interesa traer sólo la observación que el propio MUÑOZ MACHADO hace (p. 12, nota 3, *in fine*): «Nada más aprobarse la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 ha empezado a usarse con tal profusión la acción civil que esta norma regula que puede, con seguridad, decirse que *en el corto espacio de tiempo que lleva vigente se ha usado más veces —y aún sólo en los juzgados de Madrid— la vía civil para la protección del honor que el artículo 1.902 del Código civil en toda su historia*», habiendo, por otra parte, quedado la vía penal relegada a una posición secundaria y nada relevante (Esta última apreciación, en p. 15; el subrayado de la primera no es del autor).

tual parece todavía verosímil (68), si no se desprecian las tendencias de otros países en este mismo sentido (69).

Convéngase, sin embargo, que la «descodificación» no es otra cosa, si se ahonda, que la nueva etiqueta o rotulación de la siempre replanteada cuestión del significado y valor del Derecho civil en la sociedad presente. Así entendida —y así se entiende aquí— cuestiona y pretexta la revisión, no ya de una de las notas, sino del Derecho civil en su conjunto, y en concreto el más tradicional: el decimonónico codificado.

Es absolutamente necesario prenotar aquí mismo que la elección del punto de referencia, junto a la comodidad que suministra, conlleva un alto grado de simplificación, por cuanto, velada o abiertamente, se trasladan al Derecho civil (y todos nos representamos el que hora se estudia y aplica) las carencias advertidas sólo en el Código, que —para mejor contrastar— se toma en su pureza originaria. De modo que, en la instancia crítica, se dan al olvido, aparte algunas intervenciones legislativas —en el propio cuerpo codificado o extramuros [de forma que se minusvalora tanto la necesidad de integración de las «leyes especiales» (70) como la posible reacción de éstas sobre el Código (71)]—, la llamada interpretación correctora, de reajuste o evolutiva, que, al abrigo de principios o cláusulas generales, el propio Código facilita (72).

(68) Por una revisión de la materia patrimonial, conforme a criterios actuales y atendidas las pautas constitucionales, se inclina BERCOVITZ, R.: *Prólogo, cit.*, p. 31.

(69) Sobre el *status questionis* en el Derecho holandés, suizo y, especialmente, alemán, véase KRONKE: *Progetti di una nuova codificazione del Diritto delle obbligazioni nella Repubblica Federale Tedesca, cit.*, *passim*; y PATTI: *BURGERLICHES GESETZBUCH* («Convegno di Stoccarda, 28-29 gennaio 1983»), en «Riv. Dir. Civ.», 1983, II, pp. 393-396.

Acerca de la virtualidad del movimiento codificador, sobre todo, SACCO: *Codificare: modo superato di legiferare?*, *cit.*, pp. 120 y ss. He aquí su conclusión: «Por lo demás, desde 1946 el movimiento de codificación ha alcanzado —sobre dimensiones planetarias— una intensidad única. Han entrado en vigor cuarenta Códigos civiles, siete legisladores están codificando.» Aun sin apreciaciones generales, algún dato puede colegirse también en CASTRO, F.: *La codificazione del diritto privato negli stati arabi contemporanei —Appunti sulla circolazione dei modelli normativi—*, en «Riv. Dir. Civ.», 1985, I, p. 387.

(70) Muy concretas y oportunas resultan al respecto las afirmaciones de AMENTA: *La verifica della teoria della decodificazione alla luce della legge speciale...*, *cit.*, pp. 3-4. Después de reconocer que el artículo 1.º de la Ley de Adopción parece adecuarse a las tesis en cuestión, asegura que ese «intento programático del legislador» viene «inmediata y clamorosamente desmentido por la lectura de los artículos sucesivos», en los que la remisión al Código es constante, ora a preceptos concretos, ora a sectores enteros; y, sobre todo —aunque no parezca tan llamativo—, porque esa Ley especial «tiene vida y sentido sólo bajo el presupuesto de la continua y actual validez del Código».

(71) Por el momento, será suficiente con señalar que las Leyes especiales «no pueden seguir siendo relegadas a una especie de apéndice externo incapaz de reaccionar sobre el sistema»: BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales, cit.*, p. 762.

(72) El aspecto general de la cita se refiere a TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente, cit.*, p. 338; y a KRONKE: *Proget-*

Como apunte previo ha de quedar también la hipótesis de que, tras la reforma del Título Preliminar, abriendo el (viejo) Derecho a la «realidad social», y la entrada en vigor de la Constitución, forzando la ósmosis de sus (nuevos) valores, inadvertidamente aquel Derecho decimonónico, rezagado, camina ya hacia una nueva síntesis de adecuación y pudiera rubricar, una vez más, que «cambia permaneciendo».

Ahora bien, habíamos dejado replanteados, significado, valor y límites de nuestra disciplina, siquiera en los términos dramáticos de quienes vienen oficiando los funerales del Código. No basta, por tanto, con enunciar un nuevo resultado final armonioso. Sería preciso desarrollar cada una de las contradicciones apuntadas hasta su disolución o reducción a justos términos; sólo entonces aparecería como verosímil el resultado propuesto.

Las dimensiones del trabajo no consienten ese desarrollo completo, amén de que la propia capacidad tampoco alcance a presentar la futura síntesis en términos de verosimilitud. Por añadidura, de las cuestiones que —con la indicada justificación— entresacamos, con unas el Derecho civil puede salir reforzado y en esa medida calificamos de «presuntos de reactivación»; pero hay otras en cuya superación no cabe confiar al momento presente. Nos referimos, ahora, a

ti di nuova codificazione..., cit., pp. 57-58. Por lo que al primero respecta, es de resaltar que, cuando escribe que «nuestro Derecho civil actual es peor que el Derecho civil instaurado por el legislador decimonónico, precisamente porque es el mismo, cuando no debiera serlo», de seguido advierte la labor de adaptación jurisprudencial y doctrinal. KRONKE, además, hace balance de esta adaptación y sus inconvenientes. En efecto —viene a decir— puede afirmarse que el Derecho civil, en su conjunto, responde puntualmente, siquiera con soluciones parciales, a las modificaciones de la realidad económico-social. Se saca la impresión de que el mismo sistema tiene a menudo la capacidad de reaccionar autónomamente a la falta de elaboración de un plano general de política legislativa, si bien el resultado es inevitablemente una cada vez mayor contradicción de la «tabla de valores» de referencia y la consiguiente pérdida de unidad.

Más en general (y anteriormente), cfr. VICENTE GELLA, F.: *El arte de legislar*, en «AAMN», T. 15 (1967), particularmente, p. 403; y CLEMENTE DE DIEGO, F.: *Prólogo* (1932) a G. DEL VECCHIO: *Los principios generales del Derecho*, trad. y apéndice por J. OSSORIO MORALES, Barcelona, 3.ª ed., 1979, pp. 24-30. Por lo que hace a la doctrina actual, por sólo recurrir a dos ejemplos sobre cuestiones más concretas, consúltese CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H.: *La predisposición del contenido contractual*, en «RDP», 1979, p. 674; y LASARTE ALVÁREZ, C.: *Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*, en «RDP», 1980, p. 78. En aquél puede encontrarse el convencimiento de que los principios generales del Derecho siguen proporcionando valiosos instrumentos de flexibilización y purificación del ordenamiento, facilitando de hecho la conveniente y deseable labor creadora del Juez, de manera que, atendida aquella flexibilidad y este cometido creador, en nuestro ordenamiento jurídico la frontera entre el Derecho vigente en un momento histórico determinado y el Derecho que se reputa conveniente, no se nos presenta con nitidez. Y LASARTE, por su lado, a la vez que se muestra escéptico respecto de la viabilidad de una nueva codificación, subraya igualmente las excelencias de aquella flexibilidad: «Una vez más ha de agradecerse al legislador decimonónico el establecimiento de una norma abierta que permite una constante adecuación a la realidad y una modalización de la misma, sobre todo a través de la consideración de la buena fe como criterio normativo».

la «publicación» y a la «desintegración» —mantenidas en este epígrafe—, que siguen poniendo en tela de juicio dos notas («privado» y «general») suficientes hace un siglo para identificar el Derecho civil salido de los Códigos.

2. «Publicación»

La «publicación», «socialización» o, en ocasiones, «administrativización» no pocas veces se ha presentado como hilo conductor de discursos generales sobre la esencia del Derecho privado. Muchas más, como capítulo obligado de «Conferencias», «Memorias», «Conceptos» o «Voces» de iusprivatistas puestos en la necesidad de formular diagnóstico sobre el pasado reciente y posible futuro de la propia disciplina (73).

(73) De este tipo de reflexiones pueden recordarse, entre otras, las Conferencias de C. VALVERDE, pronunciadas en la Universidad de Madrid y publicadas en 1925 —con el título *Los Códigos civiles y el Derecho nuevo*—, en las que, según él mismo recuerda, llamaba la atención «acerca de la evolución del Derecho privado y de las transformaciones que han de producirse como consecuencia de los fenómenos económicos y de la organización obrera que se están produciendo en la actualidad», hechos sociales que, sin pretenderlo, van «creando un Derecho distinto del reglamentado en los Códigos civiles». Este recuerdo y la profundización sobre uno de sus aspectos, en *El Derecho civil y el Derecho sindical*, en «RGLJ», T. 162 (1933), p. 25, donde reconoce la crisis de «principios que se tenían en el Derecho civil como inalterables» y cómo «el Derecho subjetivo, eje principal del Derecho civil, cede parte de su importancia al Derecho objetivo». La clave de subsistencia está, sin perjuicio de la configuración de un nuevo «Derecho sindical (laboral)» como franca medianera del público y del privado, en la superación por parte de éste de su acentuado individualismo.

Obligada es, desde luego, la cita del trabajo —que trae origen, asimismo, de Conferencias previas— de CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Hacia un nuevo Derecho civil*, en «RGLJ» (1933), T. 162-163, pp. 5, 5 y 145. A propósito de la que denomina «tendencia democrática», tendente a rectificar sendas injusticias históricas —diferencias de clase social y desigualdad de sexos—, habla ya de «socializar el Derecho», pero es bajo el rótulo de «tendencia socializadora» donde trae nuevamente a reflexión el problema de «la oposición entre los principios individualistas y la idea social que quería abrirse paso a través de las clásicas instituciones civiles» (el entrecomillado y la referencia a anteriores pronunciamientos que se remotan a la hora de la codificación misma —Azcárate, Comas y Sánchez Román—, en CLEMENTE DE DIEGO, F.: como «Nota bibliográfica», «RDP», 1933, pp. 391-392). Trabajo, el de CASTÁN, que, si en otros momentos ha sido considerado actual (GARCÍA CANTERO, G.: *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en «Estudios de Derecho civil en homenaje al Prof. CASTÁN TOBEÑAS, cit., I, pp. 78-79), ahora el paralelismo debería subrayarse por cuanto, como en el momento en que se escribió, «un nuevo régimen político y una nueva Constitución han venido a alterar gran parte de sus principios fundamentales». En cualquier caso, en ese mismo lugar —T. 162, pp. 5-7— puede entresacarse un buen repertorio bibliográfico de quienes ya para entonces se habían ocupado de las llamadas «transformaciones» del Derecho privado.

Esas transformaciones económico-sociales recorren otras monografías más generales, y de las que recordaremos únicamente dos. CIMBALI, E.: *La nueva fase del Derecho civil en sus relaciones económicas y sociales*, trad. de la 2.^a ed. italiana por F. ESTEBAN GARCÍA y Prólogo de F. SÁNCHEZ ROMÁN, Madrid, 1893, con reflexiones interesantes aún, además de sobre el fenómeno de las «leyes especiales» (pp. 30-42),

En uno u otro trance, al «Derecho civil», entendido como el reino de la autocomposición y como garante de los fines individuales relativos a la familia y a los bienes, se enfrentan las, cada vez más frecuentes, injerencias del Estado en las relaciones económicas interindividuales; injerencias que limitan en muchos aspectos, si es que no anulan, aquella libertad de autocomposición.

Planteada en estos términos la cuestión, fácilmente se comprende que el núcleo del análisis se desplace, o bien a los papeles respectivos del Derecho **objetivo/subjetivo**, certificando que éste aparece cada vez más constreñido por las previsiones de aquél (74), o bien a la gran

sobre el inicio de esa «nueva fase» —la tercera— del Derecho civil (o, mejor, «Derecho social privado») que significa la reconciliación y reintegración del elemento individual en el elemento social; e interesante, asimismo, la traducción citada, por cuanto SÁNCHEZ ROMÁN incorpora a su «Prólogo» el texto de la carta en la que A. COMÁS se confiesa partícipe de las ideas del autor: «También creo, como usted, que las puertas del Derecho civil no deben cerrarse al espíritu innovador de nuestra época. Todo lo contrario. Me parece que, abrazando todos los actos de la vida humana, y habiéndose modificado ésta profundamente por la continua evolución de la sociedad, el Derecho privado no puede mantenerse extraño a este continuo progreso sin que deje de cumplir su fin. He aquí por qué he sostenido siempre en la cátedra que los moldes de los Códigos vigentes son pequeños para la moderna esfera civil. Me parece que aquellos países, como el mío, en los que todavía no se ha podido realizar la obra codificadora en materia civil, deben separarse del Código francés, que ya su ilustre conciudadano Pellegrino Rossi encontraba deficiente» (pp. 10-11). La otra obra, de cita inexcusable, es francesa y de nuestro siglo: SAVATIER, R.: *Les métamorphoses économique et sociale du Droit privé d'aujourd'hui*, segunda y tercera serie, París, 1959; y, en especial, primera serie: *Panorama des mutations*, 3.^a ed., París, 1964, que se inicia con la subsección del Derecho en el fenómeno —estudiado por D. HALEVY en 1948— de «aceleración de la Historia» y se cierra con un capítulo —*Prolétarisation du Droit civil? Passage du statisme au dynamisme*— dedicado a la revisión de las «concepciones burguesas del Código civil».

Por lo que se refiere a posicionamientos más próximos, consúltese, por ejemplo, DíEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., pp.648-649, que considera la «administrativización del Derecho civil» especie de movimiento pendular, desde los excesos del «individualismo» a los del «comunitarismo», y —siguiendo las enseñanzas de F. DE CASTRO— propone como punto de equilibrio «la plena realización de los valores personales dentro de un pleno desarrollo de la comunidad, ideal alcanzable siempre que se mantenga el difícil equilibrio de los dos términos —persona, comunidad— de la contraposición; JORDANO BAREA: *Concepto y valor del Derecho civil*, cit., p. 735, según el cual «el máximo peligro del Derecho civil (espacio-temporalmente considerado, **hic et nunc**, mas no el perenne) estriba en morir devorado por el Derecho administrativo»; PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., pp. 426 y ss., para quien, «publicación» y «desintegración» juntas, pudieran traer como consecuencia «que, en un día más o menos lejano, el Derecho civil se diluyera hasta llegar el momento en que el Código civil figurara en un museo de antigüedades junto al hacha de guerra y la rueca», destino del que pudiera salvarle «ese valor permanente que asignamos al Derecho civil» (p. 429); TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, cit., 344 y ss., y GRASSETTI, C., y CARNEVALI, U.: voz «*Diritto civile*», Nov. Dig., It., **Appendice**, T. 2, Torino, 1981, pp. 1160 y ss., cuya síntesis inicial queda reflejada en los siguientes párrafos del texto.

(74) No parece oportuno volver, en este momento, sobre la mengua de la autonomía contractual o sobre la decoloración de la propiedad como Derecho absoluto y uniforme. Esta perspectiva, ya quedó insinuada en la nota 64. Es el lugar, sin embargo, para destacar «que se ha pasado desde la consideración del derecho subjetivo (eje sobre el cual se construyó el sistema civil decimonónico) como fundamento del objetivo

dicotomía **público/privado**, para fundar la constatación de que, si en el siglo pasado las dos esferas estaban perfectamente delimitadas y parecían comunicables, en el siglo presente el Derecho público ha ido ganando terreno al privado, publicándolo en gran parte (75).

Habiendo, en fin, de contar con estas premisas, no sorprende la propuesta de abandonar la distinción y unificar ambos sistemas de normas, en una especie de «**Derecho común**», fuera del cual quedarían únicamente el Derecho constitucional y algún otro sector específico (76).

hasta la inversión total de la relación, llegándose incluso a negar la existencia misma de los derechos subjetivos», pasando por «degradarlos», de «señorío de la voluntad», a «intereses jurídicamente protegidos»; cuestión que no se agota en una nueva configuración del «Derecho subjetivo», sino que trasciende «a la posición del individuo dentro del orden jurídico, a las relaciones entre Derecho privado y Derecho público, así como a la configuración del orden jurídico total»: TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil, cit.*, pp. 344-345, y aquí otras referencias. Por lo demás, con la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 35/1987, de 26 de marzo (desestimando el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra determinados artículos —atinentes a la propiedad— de la Ley del Parlamento de Andalucía núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria), no pueden ser más actuales —y atinadas— las siguientes observaciones de aquel trabajo: «La introducción de la exigencia de una función social en el concepto de Derecho subjetivo ha implicado una concreción del contenido y de las facultades del mismo, así como una especie de legitimación de la titularidad derivada de su correcto ejercicio, legitimación que juega, por supuesto, positivamente, se mantiene al titular que ejerce sus derechos de acuerdo con las necesidades sociales, y negativamente, se priva del derecho a causa de un ejercicio abusivo o antisocial del mismo» (p. 347).

(75) Para la distinción **público/privado**, en su dimensión romanista, Cfr. ANKUM: *La noción de ius publicum en el Derecho romano, cit.*, pp. 525 y ss., así como los restantes trabajos referidos, *supra*, nota 15; desde la perspectiva histórica, CALASSO, F.: voz «*Diritto (le basi storiche delle partizioni)*», «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 829 y ss.; y, en nuestra manualística, por sólo citar dos de las aportaciones más completas y actualizadas, DE LOS MOZOS: *Derecho civil español, I-1.º, cit.*, pp. 89-117, y LUNA SERRANO, A., en LACRUZ: *Elementos de Derecho civil, I-1.º, cit.*, pp. 119 y ss. Para un enfoque más específico o reciente, PUGLIATTI, S.: voz «*Diritto pubblico e privato*», Enc. Dir., T. 12, *cit.*, pp. 720 y ss. COTTA, S.: *La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, en «Riv. Dir. Cit.», 1980, I, pp. 121 y ss.; GALASSO, G.: *Il Diritto privato nella prospettiva post-moderna*; LOMBARDO, A.: *Pubblico e privato tra sistema politico e società civile*, y PELLICANI, L.: *La riscoperta dell'autonomia privata*, los tres, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», *cit.*, pp. 16, 24 y 30; GRECO, G.: *I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. — I contratti ad evidenza pubblica*, Milano, 1986; BELL, J.: *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais (l'arrêt O'Reilly v. Mackman: un arrêt Blanco?)*, en «Rev. fr. Droit adm.», 1985, pp. 399 y ss., y GERN, A.: *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht*, en «ZRP», 2, 1985, pp. 56-62.

(76) Sobre la propuesta unificadora o de un nuevo «Derecho común», véase, GIANINI, M. S.: voz *Diritto amministrativo*, en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, p. 867; y BULLINGER, M.: *Derecho público y Derecho privado* (ed. alemana de 1967), trad. y nota preliminar de A. ESTEBAN DRAKE, Madrid, 1976. Respecto de esta última obra y aunque sea brevemente, conviene poner de relieve, de un lado, que el propio autor no la considera del todo cerrada (p. 11), y, de otro, que el propio tenor de la propuesta no es tan radical ni «pro-publicista» como a veces se deja entender. En efecto —por lo que hace a la negación del primer carácter—, bastará con recordar que propone la superación de la distinción sólo en lo que ha llegado a tener de **a priori** dogmático-jurídico, sin perjuicio, por tanto, de conservar la diferenciación —del «Derecho común»— **a posteriori**; y la «desideologización» o renuncia a la contraposición valorativa

Por lo pronto, hay que poner en duda que las transformaciones experimentadas por el Derecho privado y, en particular, por el Derecho civil, de la codificación al presente, puedan reconducirse a la simple etiqueta de su «publicación». El diagnóstico de su contaminación con el Derecho público —escribe Giorgianni— resulta excesivamente sumario, ante todo cuando se toma conciencia de la «historicidad» de la propia distinción **publicum/privatum**, de su adherencia a peculiares concepciones —romanas o intermedias— del Derecho y, acaso también, a un particular sistema de fuentes (77).

De otra parte, no deja de ser curioso que justamente en el Derecho de familia —donde tradicionalmente se ha visto más limitada la «autonomía» y una mayor proximidad con el Derecho Público— haya venido atenuándose la impronta publicista de su regulación en aras a un mayor ámbito de actuación de la autonomía privada o, si se prefiere, para el más libre desarrollo de la personalidad (78). A ello

—que, por lo demás, fácilmente conduce «a un prejuicio global en favor de una u otra esfera jurídica»—, sin que «sea absolutamente necesario abandonar las categorías de Derecho público y privado en tanto que expresivas de determinados ámbitos pedagógicos y doctrinales, tal como se pensaron, en realidad, a partir del siglo XVII». Que la propuesta, en fin, no supone prejuicio «ius-publicista», fácilmente se infiere tanto del **modus operandi** sugerido («en la medida en que en diversos sectores existan ya reglas jurídicas comunes a los campos así llamados Derecho público y privado, bastará con ponerlas de relieve y reconocerlas como Derecho común. En otros sectores tendrían que ser la legislación y la jurisprudencia las que, apoyadas en un previo trabajo de la doctrina, construyesen un Derecho común que superase la separación de lo jurídico-público y lo jurídico-privado») como del hecho de que no obste a la confección de un Código civil especial que, aparte las instituciones familiares y hereditarias, acogiera «las normas jurídicas generales del régimen económico de los bienes y el tráfico», «la totalidad de las relaciones jurídicas de la economía, independientemente del **status** de los sujetos interesados» (las referencias, básicamente, en pp. 120 y 162-170).

(77) GIORGIANNI: *Il diritto privato*, cit., p. 398, que, asimismo, pone el acento en la contingencia de la distinción en base al hecho de que, desde el punto de vista del Derecho comparado, se muestra difuminada en el mundo anglosajón. Bien es cierto que, al momento actual, este matiz del argumento habrá de ser sometido a revisión, a la vista del giro total —de «verdadera revolución del pensamiento» habla BELL— experimentado de reciente por la jurisprudencia inglesa, que ha venido a limitar el procedimiento «administrativo» en atención no tanto a la naturaleza (pública) del organismo que actúa o de la actividad que desarrolla como a la sustancia de la cuestión que se plantea (cfr. BELL: *Droit public et droit privé: une nouvelle distinction en droit anglais*, cit., pp. 399-409).

(78) El propio CASTÁN TOBEÑAS: *Hacia un nuevo Derecho civil*, cit., T. 162, p. 31, había ya apuntado un fenómeno semejante de «despublicación»: «Se da la anomalía de que el Derecho patrimonial, que era individualista en los Códigos civiles, pasa a ser social (transindividualista) en el nuevo Derecho; mientras que, a la inversa, el Derecho de familia, que en los Códigos civiles respondía a una concepción transindividualista e institucional, tiende ahora a cambiar de carácter bajo la influencia del espíritu liberal e individualista». Pero, seguidamente, hay que anotar que, no obstante, la equivalencia semántica de los términos de la observación, la «despublicación» a la que nos referimos en el texto, ni es «anómala», ni propiamente continuadora de la descrita por CASTÁN. Hay un matiz que cambia esencialmente la valoración: el término de llegada no es, ahora, el «individualismo», como valor, sino, más bien, el «personalismo», la potenciación de los valores y situaciones existenciales (cfr. PERLINGIERI, P.: *Editoriale*, en «Rass. Dir. Civ.», 1983, pp. 1-4). En esta «toma de postu-

no empece una mayor intervención judicial en las relaciones familiares, orientada —como parece—, sea a provocar el acuerdo de los interesados, sea a reforzar la posición de los miembros más necesitados de protección (79).

ra» no puede ser intrascendente que el artículo 10.1 de la Constitución haya intercalado el «libre desarrollo de la personalidad», entre los Derechos civiles inviolables y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás, como fundamento del orden público y de la paz social. Precepto que, con otros —9.2, 22, 33, 37 y 38—, permite «deducir la existencia de un principio general de autonomía privada en nuestra Constitución», operante, asimismo, en el terreno del Derecho de familia con el límite del «orden público familiar» (en este sentido, y a partir de un enfoque más general —«el principio de autonomía de la voluntad y la cuestión del carácter público o privado del Derecho de familia»—, Díez-Picazo, L.: *Familia y Derecho*, Madrid, 1984, pp. 87-94).

Desde luego que la observación pudiera concretarse mediante un repaso de la actual regulación de las instituciones familiares, donde ya no sorprende encontrar a la voluntad de los sujetos actuando en términos realmente generosos. Sin embargo, dos de ellas pueden servir una buena perspectiva. En primer lugar, la filiación, en la que el papel excluyente que venía ostentando la ley en la determinación de la paternidad, resulta ahora compartido por la verdad biológica, pero también —y en aumento progresivo, debido a las nuevas técnicas de «reproducción asistida»— por la verdad «afectiva» o «social» en cuya base se encuentra la voluntad individual (cfr. RAYMOND, G.: *Volunté individuelle et filiation par le sang*, en «RTDC», 1982, pp. 538 y ss.; y los trabajos de VELLAY, P.; DAVID, G., y RAYNAUD, P.: *Droit de la filiation et progrès scientifiques*, par LABRUSSE/CORNU, Paris, 1982, pp. 73, 79 y 87, respectivamente; entre nosotros, las Ponencias recogidas en *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid, 1988, y GIL/ASUA: *Reseña de un Congreso*, en «ADC», 1987, p. 1253). Y en segundo lugar, el llamado *tratado del matrimonio* donde se insiste en la tendencia general a «la contractualización del Derecho de familia», especialmente y entre nosotros a partir de las reformas de 1981, tanto en cuestiones casi estrictamente patrimoniales (donaciones por razón de matrimonio y capitulaciones, DE LOS MOZOS, J. L.: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO, T. 18-1.º, Madrid, 1982, pp. 81 y 265) como en otras de carácter más personal (celebración y disolución del matrimonio, CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H.: *Hacia una nueva concepción del matrimonio*, en «La Ley», 1983-2, pp. 1289-1299), pasando por las que combinan aspectos personales y económicos (convenio regulador de las consecuencias de la crisis matrimonial, LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Un nuevo contractualismo en el Derecho familiar*, en «La Ley», 1982-3, pp. 727-730). Por lo demás, no ha faltado quien haya puesto de relieve que, si bien se ha dejado un amplio margen de actuación a la «autonomía privada», el pudor de las palabras ha inhibido al legislador a usar el nombre del instituto: GRASSETTI/CARNEVALI: voz «*Diritto civile*», cit., p. 1162, y ALONSO PÉREZ, M.: *Separación consensual, acuerdo para divorciarse y convenio regulador en el Derecho matrimonial español*, en «La Ley», 1983-4, p. 1147.

(79) Sobre el tema, con anterioridad a la reforma, REVERTE NAVARRO, A.: *Intervención judicial en las situaciones familiares*, Murcia, 1980; para la nueva orientación, ROPPO, E.: *Il giudice nel conflitto coniugale*, Bologna, 1981. A propósito, sin embargo, de la nueva regulación de la tutela y, en particular, del nuevo artículo 216 —que pone dicha función «bajo la salvaguarda de la autoridad judicial»— ROCA I TRIAS, E., ha reiterado que «puede llegarse a una conclusión muy distinta de la propugnada por la mayoría de la doctrina española: el Derecho de familia estructurado en el Código civil a partir de las reformas de 1981 es *intervencionista*, en el sentido de que exige el control de la estructura familiar por los poderes públicos, y esta intervención es decisiva, porque sobre todo en el plano de la tutela y de la patria potestad las relaciones entre los titulares del oficio y los sometidos a ellas son imperativas, lo cual provoca que su vulneración lleve consigo las sanciones correspondientes y comporta también que la autoridad deba velar por los intereses de los tutelados» (en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, coord. por M. AMORÓS y R. BERCOVITZ, Madrid, 1986, pp. 234-235).

Observación tan genérica, sirve al menos para relativizar el alcance del fenómeno que tenemos planteado también en términos genéricos; siquiera, para alcanzar la conclusión de que, si una parte del Derecho civil ha sufrido la influencia del Derecho público, otra, y esencial, ha experimentado la evolución contraria, de público a privado; e incluso una tercera, como el Derecho de sucesiones, se muestra relativamente extraña a tales influencias tanto en un sentido como en otro (80).

Claro que la referida conclusión, de un lado, reafirma la veracidad de la tendencia en el terreno de las relaciones económicas y, de otro, presupone la validez misma de los puntos —**publicum versus privatum**— que se tomaron como referencia. Tampoco sería razonable menospreciar, entre nosotros —que no podemos hablar, en general, de Derecho privado, sino sólo de Derecho privado «general», dejando fuera el mercantil, el laboral y seguramente el agrario—, el riesgo de que semejante «conformismo» tienda puente a una nueva restricción en la línea de demarcación del Derecho civil, puesto en la tesitura de quedar reducido a un ordenamiento de la persona en su proyección extrapatrimonial y familiar, abandonando la parcela económica en beneficio de alguno de aquellos Derechos (privados) «especiales».

Por todo ello, si el Derecho civil quiere (y puede) remontar la pendiente señalada, precisa dimensionar el alcance real de su «contaminación» (81), para lo que no puede prescindir ni de aquilatar el significado que aún conserve la propia dicotomía «**público/privado**» (82) ni de someter a revisión profunda las coordenadas socio-políticas

(80) Así, GRASSETTI/CARNEVALI: voz «*Diritto civile*», *cit.*, p. 1165.

(81) No es éste, desde luego, el lugar más indicado para desenmarañar la serie de componentes «extrajurídicos» que condicionan la virtualidad y eficacia de las instituciones «privadas» *stricto sensu*. Recordaremos, en todo caso, que el Derecho privado general «conscientemente apolítico en cuanto edificio doctrinal y normativo» y desentendido de las transformaciones de orden político, económico y social, a pesar de estar implicado en ellas, «como desencadenante o víctima», alguno de sus institutos —v.gr. la libertad contractual—, ha visto «peligrar su vigencia práctica por efecto de motivos precisamente políticos» (BULLINGER: *Derecho público y Derecho privado, cit.*, pp. 65-66); que lo que no hace mucho se consideró «el triunfo del Derecho público sobre el Derecho privado, no es la resultante de un proceso netamente jurídico, sino que se debe a otras causas que lo que menos tienen son visos de juridicidad», por ejemplo, a la mediación de las entidades bancarias entre las fuerzas del capitalismo y el propio Estado (PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil, cit.*, pp. 436-438), o, quizá también, a la actual exigencia de «compromiso-defensa» del propio Estado frente a la imprescindible, pero agobiante, presencia de las Empresas Multinacionales que monopolizan las nuevas tecnologías (cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.: *El control de las Empresas Multinacionales*, Madrid, 1983, particularmente, pp. 34-37, 163-167 y 297-298).

(82) Esta parece ser la actitud de LUNA SERRANO, habida cuenta de su última exposición del tema —en LACRUZ: *Elementos*, I.1.º, *cit.*, pp. 19-39—. En su trabajo, puede efectivamente constatarse tanto el componente **político** que condujo a la sublimación de la distinción en el Derecho burgés codificado —expresión jurídica del enfrentamiento entre individuo y colectividad, con primacía para aquél—, como los ulteriores embates ideológicos y científicos que justifican la inversión de la tendencia y

que le revalidaron, al momento de la codificación, esta segunda nota. Y, supuesto que **Derecho civil** es primariamente el Código, pero también las Leyes especiales, su alternativa de subsistencia y efectividad acaso no encuentre otra vía que la reformulación de sus principios normativos —conforme a las nuevas exigencias— para seguir atendiendo al mismo sector de la realidad social que en su momento reguló según los esquemas y convicciones de la «clase codificadora» (83).

hasta la «superación-negación» de la distinción misma. Pero hay aún serias y fundadas razones que propugnan el mantenimiento de la distinción, ciertamente desvestida del matiz fundamental que otrora tuvo: «Aunque sólo sea porque su tradicional vigencia la ha convertido en un punto convencional de referencia y ha impregnado de diferentes modalidades la metodología jurídica y la valoración e interpretación de las normas en los ámbitos del Derecho público y del Derecho privado y porque —lo que es en el terreno de la vida práctica más inmediatamente importante— las soluciones de las situaciones conflictivas que se proponen en uno y otro de aquellos ámbitos jurídicos reclaman la solución de instancias jurisdiccionales diferenciadas» (p. 21; pero, propiamente, sobre el «significado y alcance de la distinción» se extiende en las pp. 34-39).

Entre nosotros y al momento actual parece permitido concebir esperanzas en torno a la devolución a la jurisdicción «ordinaria» del conocimiento de cuestiones dudosamente «públicas». En esta dirección apuntan legislación, doctrina y jurisprudencia: cfr. Real Decreto Legislativo 1.255/1986, de 6 de junio, que modifica determinados artículos de la Ley 23/1984, de 2 de agosto, sobre Ordenación del Seguro Privado para adaptarle a los compromisos derivados del Tratado de Adhesión de España a la CEE (se añade el artículo 4, número 3, que establece: «Los organismos... quedarán sometidos también, en el ejercicio de su actividad aseguradora, a la Ley de Contrato de Seguro y a la Jurisdicción Civil»); SALVADOR CODERCH, P.: *La enseñanza del Derecho en España*, Barcelona, 1987; PANTALEÓN PRIETO, F. A.: *Responsabilidad civil: conflictos de jurisdicción*, Madrid, 1985, y DE ANGEL YÁGUEZ, R.: *Jurisdicción competente en reclamaciones de responsabilidad civil contra la Administración*, en «Estudios de Deusto», vol. 34/2, Bilbao, 1986; y, de la más reciente jurisprudencia, SSTs de 2 de febrero, 16 de marzo y 29 de octubre de 1987, así como las de 5 de mayo y 10 de junio de 1988.

En ese mismo orden de ideas —de no prescindir de la bipartición, porque está en la base del ordenamiento jurídico (alemán) y sigue siendo determinante a efectos concretos—, parece sugestiva la «nueva aportación» de GERN: *Neuansatz der Unterscheidung des öffentlichen Rechts vom Privatrecht, cit.*, en la que, tras constatar la insuficiencia de las teorías hasta el momento propuestas para la distinción, y aseverar que la diferenciación ha de perfilarse con apoyo en la **voluntas legislatoris** —por cuanto no se trata de una cualidad necesaria ni inherente al Derecho mismo— y que resulta imposible captar aquélla con los criterios hermeneúticos vigentes, emplaza al Legislador mismo para que proceda a la delimitación de los ámbitos respectivos. Entiende GERN que es, desde luego, el Legislador quien puede y debe hacerlo; que a su libertad de «definición» se suman imperativos constitucionales y democráticos, y que, por añadidura, con la actual indefinición desmerecen los principios de confianza y previsibilidad de la actuación pública. Seguidamente, él mismo, presenta una «propuesta de definición», que gira en torno a la denominada «teoría de la competencia» —Kompetenztheorie—, y que aprovecha y combina —dice— elementos de las ya elaboradas por la doctrina. Mas —si se ahonda— hay en ella un elemento primordial que reside en la «naturalidad» del sujeto que actúa y otro complementario, que consiste en otorgar a la Administración o persona jurídico-pública que actúe o se vea inmersa en ámbitos jurídico-privados la sumisión a su propio ordenamiento (público), **salvo que expresamente opte por quedar sujeta a la normativa general (privada) del instituto correspondiente** (sobre la propuesta, en sus términos exactos, vid. pp. 59-61).

(83) En definitiva y concediendo que sean exactos los términos de la «alternativa» formulada por IRTI, N. (*Introduzione allo studio del Diritto privato*, 3.^a ed., Torino, 1976, pp. 122-123), procedería optar por la solución dinámica —aun sin poder precisar

Que no podemos desmenuzar aquí los fenómenos cuya confluencia ha propiciado la criticada «contaminación», no nos impide, sin embargo, significar algunos puntos del análisis que parece más acertado, en la inteligencia, además, de que la pretendida «renovación y modernización del Derecho civil» —en demérito, si fuera preciso, del carácter «privado» que le encorseta— encuentra sus referencias más firmes en otras tendencias que no son objeto de este apartado (84).

En primer lugar, habría de significarse la falta de continuidad lógica del que a veces se pretende intervencionismo estatal creciente y rectilíneo. Quiero decir que no es el Estado, antaño liberal y remiso a la intervención, el que ahora interviene por doquier. Es otro, si se nos permite la licencia, el Estado que ahora interviene y limita «con arreglo a una planificada estrategia» y a partir de «líneas específicas de política social»; que, en algún momento, el papel del Estado deja de progresar cuantitativamente para asumir en su intervención un cambio cualitativo (85).

Que —sería el segundo rasgo— los viejos parámetros (público-privado, intervención-autonomía) devienen hasta cierto punto inútiles, por cuanto, instalados en un «nuevo sistema económico, tendente a servirse de los instrumentos de la iniciativa privada y pública, para fines de bienestar general», la realidad contradice la imagen de un Estado que «publica» todo lo que toca; antes al contrario, al contacto con la economía parece avocado a salir él mismo «privatizado»; de manera que, a la postre, el Derecho privado no habría perdido

«tiempos» ni «métodos» (acaso ahora estemos en período de tránsito y haya que empeñarse, como él mismo ha propuesto después, en una poco espectacular labor de «exégesis» de las Leyes especiales que posibilite una «neocodificación»)—. He aquí su alternativa inicial para el Derecho privado: o se define en base a la **naturaleza de los intereses tutelados**, y entonces corre el riesgo de sobrevivir como disciplina de una economía estática y de procesos productivos elementales; o, por contra, se define en base al **contenido**, esto es, a la actividad, que se desenvuelve y a los institutos que se aplican, en cuyo caso puede perder todo nexo con el cuerpo de normas codificadas y disolverse en un **nuevo derecho común**.

(84) Las consideraciones oportunas cobrarán mejor perspectiva a partir del doble proceso de «constitucionalización» y «despatrimonialización» al que parece sujeto el Derecho civil actual.

(85) No tenemos ya, ciertamente —escribe KRONKE: *Progetti, cit.*, p. 56—, un Estado que se limite a asegurar, dentro de la máxima neutralidad, un cuadro de condiciones formales en el que puedan desarrollarse las libres iniciativas de un grupo más o menos amplio de sujetos jurídicos, contrarrestado por una sustancial homogeneidad desde un punto de vista económico, sino un Estado que interviene, con arreglo a una planificada estrategia informada por líneas específicas de política social, para incidir, incluso a través del Derecho privado, en los intereses diferenciados de la comunidad social y para realizarlos. Y, en términos semejantes se había expresado ya —entre otros— GIORGIANNI: *Il Diritto privato, cit.*, p. 408, añadiendo que «cuando se quiere valorar el sentido de las limitaciones puestas a la actividad económica privada, conviene tener presente que no son expresión de una sobreestructura del sistema liberal, sino que constituyen la estructura íntima del nuevo sistema económico, tendente a servirse de los instrumentos de la iniciativa económica, privada y pública para fines de bienestar general».

terreno, más bien lo habría adquirido nuevo, imponiendo el uso de sus instrumentos a la actuación económica de los mismos entes públicos (86).

Que —para terminar— en ese Estado social de Derecho, una cosa es lo social y otra lo «público». Que también lo público debe hacer cuentas con lo social y pese a que la Constitución hable sólo de la función social de la propiedad privada, es control válido, asimismo, para la gestión de los bienes de titularidad pública (87).

Lo «social» habría devenido no tanto la avanzadilla de lo público cuanto verdadera bisagra de un sistema de controles cruzados, de lo público sobre lo privado y de lo privado sobre lo público, en armonía

(86) Sobre el argumento, aparte GIORGIANNI: *Il diritto privato*, cit., p. 408, véase, al menos, RODOTA: *Ipotesi sul diritto privato*, cit., p. 19 —donde subraya la profunda ambigüedad de esta expansión de categorías e instrumentos de origen privatístico, tanto desde el punto de vista de sus componentes ideológicos como desde la perspectiva de sus efectos prácticos: el recurso al «contrato», en vez de al acto administrativo o legislativo, puede, ciertamente, significar el tránsito de un modelo autoritario a otro de participación de los ciudadanos en la administración; pero, también, pudiera ser una manifestación de debilidad del poder público, esto es, de retraimiento de los intereses generales—; GALGANO: *Il Diritto privato fra Codice e Costituzione*, cit., pp. 42-44, donde —aparte servir la idea que reflejamos en el primer inciso del párrafo—, tras subrayar la filosofía subyacente en la bipartición (sólo la voluntad del particular puede ser autonomía/arbitrio, no la de los poderes públicos) así como la «objetivación» que está en la base de la propuesta de ese «nuevo Derecho común» (indiferente a la naturaleza de los sujetos que actúan y al carácter de los intereses en juego), acaba preguntando: ¿qué es de aquella «filosofía»?; ¿cómo puede conciliarse el carácter arbitrario del acto de autonomía contractual con la naturaleza pública del interés perseguido?; y SANTORO-PASSARELLI, F.: *Il Codice civile e il mantenimento dei valori essenziali*, en «Temì della cultura...», cit., pp. 139-141.

En todo caso, habría que someter a escrupuloso reconocimiento la calidad de ese nuevo terreno desde la óptica de la real operatividad de los instrumentos privados, no vaya a ser que —como dijera PASCUAL QUINTANA, M.: *La eficacia del Derecho privado en las relaciones de los particulares con la Administración*, en «RGLJ» (1969), T. 226, p. 933— aún en ese caso —por culpa de la vía gubernativa previa ex artículo 138 de la LPA— resulte «totalmente imposible esgrimir cualquier derecho particular y, por tanto, privado, sin pasar por el tamiz del ordenamiento jurídico público». Por lo demás, como subraya IRTI: *Introduzione allo studio del Diritto privato*, cit., p. 121, los propios instrumentos de Derecho privado, utilizados en la actividad económica de los entes públicos, se hallan expuestos a una continua **revisión**, y a un proceso de adaptación constante, de manera que pueden acabar siendo absolutamente diversos de los contemplados en el Código.

(87) LENER, A.: *Interventi* sobre el tema «*Prospettive sul Diritto privato*», en «Temì della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 45. En la misma línea y con generalización del argumento al Derecho civil, puede verse PERLINGIERI, P.: *Il diritto agrario tra pubblico e privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1985, p. 707, ya que, bajo el epígrafe de «razones que justifican la intervención pública en la economía», viene a decir: el Derecho civil y el Derecho agrario en su especialidad no se contraponen al público y, al mismo tiempo, no dejan de ser permeables a las nuevas exigencias y a los requerimientos actuales del interés público... Programación y control, que constituyen los instrumentos de tal intervención, se presentan como los compromisos en gran parte incumplidos y con los cuales la futura regulación del Derecho agrario deberá inevitablemente hacer cuentas.

con los nuevos tiempos que al burocratismo contraponen la exigencia de participación y al individualismo la exigencia de solidaridad (88).

En definitiva, que la autonomía privada y la propiedad no han devenido —ni devieran— «función»; el sujeto sigue investido del poder para la realización del propio interés y no viene obligado, **ab initio**, a manifestar cuál sea éste, ni a someterlo a un control de plausibilidad; si bien —he aquí la variación sensible— no puede actuar desprecupadamente de otros intereses cuya relevancia social encuentra, asimismo, respuesta en el ordenamiento que a él le atribuye el poder (89).

3. «Desintegración»

La «desintegración» —tercera de las contradicciones que veníamos apuntando— presenta síntomas hace tiempo de afección crónica del Derecho civil, mientras que las otras ramas del Derecho privado que alcanzaron ya autonomía tampoco parecen inmunes a dicha tendencia (90).

(88) En términos parecidos, LENER: *Interventi*, cit., p. 46. Una «amplificación» del argumento puede considerarse la aportación de S. COTTA al XXX Congreso Nacional de la Unión de Juristas Católicos Italianos —Roma, 7-9 de diciembre de 1979— (*La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico e il privato*, cit.), donde, entre otras ideas, destaca el constante «flujo» y «reflujo» del «nosotros» y del «yo», de lo público y de lo privado, presentados como antagonistas por la ausencia de mediación de «lo social» —que es el ámbito y la manera en que el «yo» expresa más directamente su real inmanencia al «nosotros»—; que el previo escoramiento de lo «público» a sólo lo «público-político» ha de corregirse mediante un nuevo impulso pendular —sin que implique exactamente el regreso al punto de partida— consistente en la potenciación de lo «público-social» o «privado-social», en definitiva, con el recurso a la idea (católica) de la «sociedad civil», que sí, por un lado, alimenta de humanidad personal la vida nacional sustrayéndola a la fría estandarización burocrática, por otro, estimula para superar los límites históricos del Estado en la constante tensión hacia la comunidad y la solidaridad entre todos los hombres (pp. 122, 127, 128 y 135, principalmente).

(89) La mayor parte del argumento corresponde a la citada «intervención» de LENER. Sobre ello, vuelve, en el propio «congreso», SANTORO-PASSARELLI: *Il codice civile e il mantenimento dei valori essenziali*, pp. 137-139, quien destaca que la propiedad desaparece o queda como puro **nomen**, únicamente cuando al sujeto se le priva de proveer con el bien al propio interés. En general e invocando el artículo 41 de la Constitución italiana que declara «libre» la «iniciativa económica privada», se ha puesto de relieve —incidentalmente— que, si bien esa referencia constitucional no puede considerarse equivalente, sin más, a la «autonomía contractual» vale, al menos, para poner en evidencia que existe un principio general, en base al cual no puede imponerse a la actividad privada, a falta de expresa previsión legislativa, la persecución de finalidades socialmente apreciables: DEPINGUENTE, R. P.: *Autonomia dei coniugi e mutamento del regime patrimoniale legale*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, II, p. 533.

(90) Cfr. PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., pp. 430-431, para las «especializaciones» que llevan camino de afectar —en la misma dirección que al Derecho civil en el siglo pasado— al mercantil, laboral y agrario, eso sí, con un mayor cariz de publicación.

Acaso, tras un examen superficial y diacrónico, cupiera atribuirle la función de contrapeso de las reiteradas «síntesis» que el *ius civile* ha experimentado. No obstante, aun cuando es cierto que ha superado los momentos difíciles filtrando elementos inicialmente diversos a los propios y que la «disgregación» es fenómeno clásico de las épocas de crisis (91), no puede seriamente establecerse relación de causa a efecto entre cualesquiera de las síntesis que del Derecho civil se predicen y las sucesivas disgregaciones. Causa próxima y conocida de éstas ha sido siempre la acotación de nuevas realidades sociales no servidas satisfactoria o prontamente por el Derecho tradicional.

De cualquier modo, la rotulación propuesta evoca una doble realidad. En su dimensión clásica está la cuestión de los Derechos privados especiales que han ido disgregándose del tronco común o que tratan ahora de alcanzar autonomía; en la significación más actual, la desintegración va asociada ya inexorablemente al problema de las «leyes especiales». Miradas las cosas más de cerca, podrá decirse que aquella cuestión y este problema tienen puntos de partida —que lo son, asimismo, de referencia— distintos y de magnitud diversa; la una se plantea en torno al Derecho civil en su globalidad, el otro bordea sólo su expresión normativa típica, el Código. Mas habrá de reconocerse que llevan por denominador común el cuestionamiento del recurso a la idea de sistema como instrumento hermenéutico de utilidad comprobada y el paso forzado a la de «polisistema», incluso, al «polilenguaje», sea en el ámbito del Derecho privado, sea en el del propio Derecho civil (92).

Imposible hablar aquí, circunstanciadamente, de la denominada «fiebre de derechos especiales», cuando sólo la enumeración de los reconocidos o meramente propugnados supera la docena: del Derecho mercantil al Derecho turístico, pasando por el Derecho económico; del Derecho agrario al Derecho solar, sin olvidar el arrendaticio, el aeronáutico o el ambiental; del Derecho hipotecario o inmobiliario registral al genéricamente registral; del Derecho del trabajo al Derecho existencial. Respecto de tal proliferación, ya se ha dicho que urge una labor de revisión, tomando —como antaño hiciera el *ius civile*—

(91) DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 649.

(92) Para la última idea, desde luego, IRTI: *L'età della decodificazione*, cit., pp. 85 y ss. Pero, asimismo, por lo que hace a la progresión Ley especial-Derecho especial, puede consultarse, entre nosotros, ALBALADEJO, M.: *Derecho civil*, I-1.º, 10.ª ed., Barcelona, 1985, p. 40, ya que, bajo el epígrafe «Derechos privados especiales», después de enumerar únicamente el Derecho mercantil y la parte no pública del Derecho del trabajo, esclarece que, en otro sentido, tan Derecho especial es el mercantil como el de arrendamientos urbanos, sólo que el primero constituye disciplina autónoma y el segundo, «aunque especial, en el sentido dicho», queda dentro del Derecho civil «que, de esta forma, puede decirse que siendo Derecho privado general, sin embargo, alberga Derechos especiales en el sentido de regulaciones —contenidas en las llamadas leyes especiales— relativas a ciertas figuras particulares que tienen para ellas normas peculiares distintas de las aplicables al tipo general de figura al que pertenecen».

lo que haya adquirido definitiva carta de naturaleza en el ordenamiento jurídico y rechazando las reglas puramente ocasionales (93).

Tal revisión seguramente pasa —pese a la indicada urgencia— por una intervención legislativa de largo alcance que, desde luego, no parece inminente, ni siquiera para la insistentemente propuesta unificación del Derecho de obligaciones civiles y mercantiles (94). Al contrario, si a las realizaciones legislativas puntuales se atiende, sería iluso esperar una **civilización** de la materia. No hace mucho que el contrato de seguro ha salido del Código (civil y de comercio) a una ley especial que la doctrina no duda en calificar de «mercantil» (95); lo propio puede ocurrir en breve con la materia concursal. Bien es cierto que, analizados en perspectiva los pasos ya dados, tampoco parece fuera de razón augurar la progresiva configuración, aun a golpe de leyes especiales, de un «Derecho patrimonial (privado)» (96).

(93) El entrecomillado, y un buen repertorio de (pretendidos) Derechos especiales, en DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico*, cit., p. 653; los allí todavía no contemplados —1959— han dado ya título a trabajos específicos. También PASCUAL QUINTANA: *La encrucijada del Derecho civil*, cit., p. 431, tras recordar —con Castán— «el peligro de anarquía jurídica», subraya la conveniencia de que tales especialidades, «en cuanto implican una autonomía del Derecho común, sean muy detenidamente analizadas las notas distintivas dado que el hecho de que circunstancias de emergencia precisen de una regulación propia» no justifica suficientemente una especialidad.

(94) Como referencia única, donde puede encontrarse también la bibliografía básica sobre el tema, vid. JIMÉNEZ DE PARGA, R.: *Desarrollo y expansión del Derecho mercantil*, en «Estudios de Derecho mercantil en Homenaje al Prof. A. POLO», Madrid, 1981, pp. 398-406 (antes *ADC*, 1977, pp. 591 y ss.).

(95) Cfr. GÓMEZ SEGADÉ, J. A.: *Principios básicos de la Ley sobre el contrato de seguro*, en «Rev. ICASV», núm. 8 (1982), pp. 31 y ss., y CLAVERÍA GOSALBEZ, L. H.: *Derecho del Seguro y Derecho civil patrimonial*, extensa e intensa «Nota crítica» a «Comentarios a la Ley de Contrato de Seguro», Madrid, 1982, 2 vols., «ADC», 1984, pp. 1105-1158. Por lo que hace a esta última referencia, no es que la publicación o la crítica contengan claros pronunciamientos acerca del carácter civil o mercantil de la nueva regulación; a lo que parece, sólo hay unos pocos pronunciamientos ocasionales, con ventaja, desde luego, para el Derecho mercantil. En concreto, VERDERA, en la presentación, considera que la regulación es «legislación mercantil» en el sentido del artículo 149.1.6 de la Constitución Española; GIRÓN examina la Ley «a la luz de la historicidad del Derecho mercantil al que la materia pertenece»; mientras que VICENT CHULIA defiende la tesis de que se trata de un «contrato civil o de Derecho común», y GARCÍA AMIGO que el Derecho aplicable, supletoriamente, es el del Código civil. Mas el propio CLAVERÍA no está seguro de esta supletoriedad, sin perjuicio de que el estudio de esa Ley sea «indispensable no sólo para los mercantilistas, sino también para todos los demás estudiosos del Derecho positivo, especialmente —sea o no el seguro materia exclusivamente mercantil— para los civilistas», por la reacción que supone para la llamada «doctrina general del contrato», ya que, de ida o de vuelta, suscita una temática «rebotante de Derecho civil o, más exactamente, de Derecho privado patrimonial» (las referencias concretas pueden localizarse en las pp. 1106, 1108, 1114, 1127, 1143 y 1155-1157).

(96) Acabamos de ver cómo ése era el término preferido por CLAVERÍA GOSALBEZ para referirse al nuevo Derecho del Seguro; y el mismo giro —también cuando se le queda «corto» el de Derecho mercantil— emplea FONT GALÁN, J. K.: *¿Hacia un sistema jurídico mercantil de «faz completamente nueva»? La Ley 26/1984, para la defensa de los consumidores y usuarios: un instrumento para la realización histórica de un Derecho mercantil del Estado social*, en «RDM», 1985 (núm. 177), pp. 381 y

Descartada, «por ahora», una magna refundición legislativa de todo el Derecho privado, y aun advirtiendo que, de producirse, no arrumbaría la autonomía científica o didáctica (97) de los Derechos que la tienen, o debieran (pienso en el Derecho mercantil, el Derecho del trabajo o el Derecho agrario), procedería compulsar hasta qué punto su florecimiento ha desmentido el carácter **general** o **común** que del Derecho civil se viene predicando, tras aquellas disgregaciones. Y puede que sorprenda, pero es el caso que, siquiera en líneas generales, los términos de relación no han variado, salvo en la posibilidad de una mayor autointegración, que retrasa, pero no excluye, la llamada subsidiaria al Derecho (civil) que, por otra parte, les proporcionara los primeros auxilios metodológicos y conceptuales (98).

De cara a los otros pretendidos Derechos especiales procede, ante todo, subrayar que, para que pueda hablarse de autonomía, no basta la existencia de institutos o normas particulares o excepcionales. Precisanse principios autónomos que comuniquen vida propia al (nuevo) sistema (99). Y, aun así, conviene dictaminar con cautela, por cuanto no cabe olvidar que dentro de esta o aquella actividad del hombre, inspirada en esta o aquella finalidad, hay siempre la misma realidad: el individuo en sus atributos esenciales de persona y en las relaciones con sus semejantes; esto es, la realidad de fondo del Derecho civil, que permanece tal incluso en sus diversas articulaciones (100).

A distinta escala, similar ha de ser el posicionamiento frente a los numerosos **microsistemas** que acostumbran a denunciarse como fenómeno insito en la proliferación de **leyes especiales**.

No entramos a dimensionar su verdadera entidad entre nosotros; tampoco reiteraremos sus peligros, ya suficientemente magnificados

ss., vid. especialmente, pp. 405-417, donde desarrolla el epígrafe, cuyo solo rótulo parece bien sugerente: «La irrupción constitucional de los nuevos imperativos socioeconómicos: el nuevo sistema jurídico mercantil postconstitucional como orden jurídico general, democrático y solidario de toda la sociedad civil y económica: de la **comercialización del Derecho civil a la recreación o regeneración de lo civil y común sobre bases constitucionales, democráticas, solidarias, funcionales y socioeconómicamente eficaces**».

(97) Ello parece claro en el caso italiano: cfr. FERRI, G.: voz «*Diritto commerciale*», en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 923 y ss.

(98) Básicamente, LACRUZ: *Elementos*, 1-1.º, *cit.*, pp. 44-45, y BERCOVITZ, R.: *Prólogo*, *cit.*, pp. 29-30. En el mismo sentido, COSSIO Y CORRAL, A. DE: *El Derecho común y los Derechos especiales en el nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del Código civil», Barcelona, 1975, pp. 31-38.

(99) Particularmente, FERRI: voz «*Diritto commerciale*», *cit.*, p. 925.

(100) Así se expresa NICOLO: voz «*Diritto civile*», *cit.*, p. 906, después de considerar que, incluso las autonomías «científicas» de materias que cuentan con Código aparte —v. gr. Derecho mercantil, en otros países—, suscitan más un problema de palabras que de sustancia, pues, aunque la especialidad de ciertas manifestaciones de la actividad humana puedan justificar diversos enfoques de estudio o sugerir la aplicación de particulares criterios metodológicos, no pueden ser suficientes para hacer olvidar la identidad fundamental de los presupuestos de base.

en la nominación de la tendencia —«descodificación»—, o las consecuencias en orden a la interpretación-aplicación. No cabe, en cambio, pasar por alto la justificación básica que milita, siquiera transitoriamente, a favor de tan heterodoxo modo de legislar: la justicia, entendida como justicia sustancial y no como mera igualdad formal (101). Para satisfacer esta exigencia, no se duda en sacrificar otros valores, aunque éstos sean la simplicidad, sistemática y unidad del tratamiento que haya de reservarse a los particulares (102).

Con todo y con eso, parece legítimo compartir la etiología y rechazar el pronóstico. No hay por qué resignarse a admitir que no pueda en plazo razonable reconducirse a unidad el sistema y volver a conducirse en términos de tutela de intereses generales (103). En abreviar el plazo están empeñados la voluntad constitucional y la tarea de interpretación (también) de los iusprivatistas.

En efecto, se podrá confiar o no en la confección de un nuevo Código (104); se podrá o no, digo, pensar en el Código como forma de legislar trasnochada. Sea la que quiera la toma de postura al respecto, en ningún caso podrá afirmarse que ello implique la superación del Derecho general en sí; por lo mismo que nadie puede desconocer que el principio de la ley **igual para todos** (los iguales), inherente

(101) Un ideal, por cierto, nada fácil de llevar a la práctica, por más que la Constitución misma aliente al Legislador. Con otros términos, lo ha expresado recientemente SUAY RINCÓN, J.: *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, 1985, pp. 34-35: a mi modo de ver —dice—, nuestro artículo 9.2, en cuanto que faculta a los poderes públicos para corregir las desigualdades sociológicas mediante la protección de aquellos individuos y grupos que se encuentran en inferioridad de condiciones, está permitiendo la existencia en el Ordenamiento jurídico de **discriminaciones...** (...favorables). Pero si en el terreno de los principios todos fácilmente podemos estar de acuerdo con estas discriminaciones favorables, es forzoso reparar en que las consecuencias prácticas distan mucho de ser pacíficas y de común asentimiento». «El problema empieza al tratar de determinar cuáles son los grupos que han de ser discriminados favorablemente y en qué aspectos».

(102) SCHLESINGER: *Il tramonto del Codice civile*, cit., p. 77. Mas queda, asimismo, sacrificado el valor «seguridad» y ampliado el arbitrio judicial: cfr. CARLI, G.: *Il codice e il processo di sviluppo economico*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 14.

(103) Nos referimos al «escepticismo» y «pesimismo» que SCHLESINGER (*op. et loc. cit.*) opone a la fe e «iluminismo» de otros compañeros de Congreso.

(104) Un Código, ciertamente, voluminoso, si pretende retraer todos los principios consolidados del Derecho privado actual; salvo, claro, una utilización pródiga de la técnica de la llamada «legislación por principios», en una emulación de los **tria iuris precepta** alpinianos. Por lo que a dicha técnica hace, a favor, RODOTA, S.: *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, en «Riv. Dir. Comm.», 1967, I, pp. 83-99; preciso es, sin embargo, recoger la puntualización de que su propuesta implica la incardinación de aquellos principios, no tanto en un gran Código como en una serie de leyes «especiales»: aquella existencia de regulaciones generales, tradicionalmente vertida en la fórmula del recurso a la ley, aquella ambición de una disciplina global y permanente, en las que siempre se ha manifestado el espíritu de los codificadores, se sustancian hoy en la legislación por principios, la única que puede desempeñar la tarea de trazar las grandes líneas directivas de la vida social, y, por tanto, el verdadero equivalente moderno de las codificaciones (p. 98). En contra, KRONKE: *Progetti di una nuova codificazione*, cit., pp. 65-67.

a la idea de codificación, es aún una idea-guía del ordenamiento jurídico, rubricada y **actualizada** por la Constitución (105).

Que, por otra parte, el jurista no alcance la función de un demiurgo, capaz de resolver los conflictos de fondo que nuestra sociedad tiene planteados, no ha de llevarle a desistir del cometido del intérprete: el de colmar lagunas, reinventando, también en el ámbito de las leyes especiales, el método de la codificación; esto es, confiéndoles el máximo posible de unidad y, por tanto, de valor de Código (106).

Así, no parece inverosímil la hipótesis —al principio referida— de que el actual proceso de «descodificación» del Derecho privado se resuelva en **una fase**, en un estadio más de la experiencia jurídica, a la que pudiera seguir otra en la que las normas o, al menos, los principios más relevantes y acreditados de las leyes especiales sean recibidos por el Código —o, en su caso, instrumento legislativo que le sustituya— en función de síntesis y generalización; a salvo, naturalmente, la posibilidad de una reapertura del ciclo (107).

V. PRESUPUESTOS DE REACTIVACION

En el apartado anterior hemos hablado, en tono pesimista, de una cierta superación del Derecho civil y, sobre todo, del Código. Se trata de ver ahora las perspectivas de futuro de uno y otro, e indagar si aún quedan motivos para la subsistencia o tratar de colegir bajo qué presupuestos pueden someterse al —si es que no se hallan ya plenamente inmersos en él— proceso de «revitalización».

(105) Para las matizaciones, que esencialmente apuntan al cambio de premisa (de la «igualdad» como presupuesto a la «aproximación en las condiciones existenciales» mediante normas declaradamente «sociales»), vid. *supra*, nota 101. Para la afirmación, en sus propios términos, consúltese GALGANO, F.: *Diritto privato*, Padova, 1981, p. 39: la crisis de los Códigos es crisis de un modo de producir normas de Derecho general; no es, sin embargo, crisis del Derecho general mismo. El principio de la ley igual para todos es aún una idea guía del ordenamiento jurídico. Ello no significa —dice en la página siguiente— que no puedan dictarse normas de Derecho especial: significa, según la orientación consolidada en los pronunciamientos de la Corte constitucional, que la ley ordinaria no puede, **sin un motivo razonable**, dar un tratamiento diverso a los ciudadanos que se encuentran en igual situación.

(106) Así, TARZIA, G.: *Interventi*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», *cit.*, p. 85, y PIGA: *Tramonto del Codice civile?*, *cit.*, pp. 71-72, que concluye ser cometido fundamental del jurista el de controlar la racionalidad de las disciplinas y reconducirlas a ordenamientos y principios durables en la medida de lo posible; reconducir los microsistemas a reglas fundamentales comunes, asegurando una interpretación racional y coherente de la nueva legalidad.

(107) Véase, DONISI: *Verso la «depatrimonializzazione»*, *cit.*, p. 649, en cuanto a la probabilidad de una reapertura del ciclo. Idea, ésta de ciclos, que el propio IRTI no descartara ya en *L'età de la decodificazione* y que subyace en sus consejos metodológicos, ahora reiterados: vid. *La proposta della neo-esegesi*, en «Scuole e figure del Diritto civile», Varese, 1982, pp. 3-11.

No nos interesa traer nuevamente a colación la dificultad de establecer periodificaciones exactas, pero sí retomar las dos razones básicas que, según dijimos, sustentaban entre nosotros aquella dificultad: por debajo, la «realidad social»; por encima, la Constitución.

Es bien cierto que, precisamente, las mutaciones aceleradas de la primera pusieron al descubierto la impotencia del Derecho civil tradicional para seguir su ritmo. El Código, joven aún, empezó a verse desbordado por las Leyes *ad hoc*, prontas a regular nuevas situaciones; el Derecho civil, tampoco supo albergar el entramado de relaciones provocadas por el mundo del trabajo, y se duda que pueda retener la parcela agraria. Un Código y un Derecho **del individuo** (y de la familia), que choca con las **necesidades del hombre en su dimensión social** y se muestra incapaz de vehiculizar las atenciones que el Estado ha de prestar a aquéllas. Pero no es menos cierto que, para los ámbitos que todavía no le han sido explícitamente expropiados, ese mismo Código y Derecho se ha abierto a la nueva realidad social y a sus exigencias, al menos en el momento interpretativo. En definitiva, que, desde la reforma de su Título Preliminar, el grado de flexibilidad que ya tenía el sistema codificado —residenciado en sus principios y cláusulas generales (108)— resultó nuevamente potenciado mediante el recurso a la interpretación evolutiva.

En términos absolutos, sin embargo, es forzoso reconocer las limitaciones del sistema operativo resultante. Principios, cláusulas y, desde luego, normas, seguían siendo «las tradicionales»; la interpretación de «reajuste», un expediente de aproximación de aquéllas al concreto y singular supuesto de hecho, inadecuado, desde luego, tanto para dejar de aplicar una norma o trastocar su mandato, como para generalizar —sin perjuicio de la virtualidad de la jurisprudencia o «doctrina legal»— la solución alcanzada.

Mas, eso que les seguía faltando al Derecho civil y al Código para alcanzar una renovación plena y armónica, quizá haya venido a proporcionárselo la Constitución de 1978. Una Constitución que —como viene siendo habitual entre las europeas, desde la de Weimar— no se agota en la organización del Poder y el sistema de fuentes, sino que, además, atrae a su texto los trazos e instituciones fundamentales del Ordenamiento entero, una vez, en el estado de evolución que habían alcanzado en las respectivas disciplinas; otras, configurando auténticos saltos.

Con la Constitución, pues y como en seguida veremos, nos ha llegado la (posibilidad y) necesidad de «refundar» —según expresión afortunada de Perlingieri— la propia disciplina, o lo que es lo mismo, resulta obligado hablar del Derecho civil **en la legalidad constitucional**.

(108) Vid. *supra*, nota 72.

Constitución que, por respeto y amparo de nuestra peculiaridad histórica, legítima y emplaza también a las Comunidades Autónomas para que «conserven, modifiquen y desarrollen» su propio Derecho civil. Semejante «vuelco» en la estructuración del Ordenamiento civil, ha reclamado de inmediato la atención de Jornadas y Congresos científicos (109), aunque no parece llegado aún el momento más apropiado para una valoración de conjunto de las normas que determinados Parlamentos autónomos vienen dictando en ejercicio de aquellas competencias. Quizá por esto —y por la incidencia de principios de signo opuesto: primacía de la Constitución, homogeneidad de la realidad social e incorporación a las Comunidades Europeas— convenga aún mantener entre interrogantes (110) la consecuencia que, en ocasiones, se ha presentado como negativa e inexorable: la «diversificación» del Derecho civil.

1. «Constitucionalización»

Como se recordará, el detonante de la llamada «descodificación» y consiguiente degradación del Código civil se ubicaba en el terreno

(109) Por sólo citar tres, recuérdense: 1) «Congreso de Jurisconsultos sobre los Derechos civiles territoriales», Zaragoza, 29 de octubre al 1 de noviembre de 1981. Organizado por la Institución Fernando el Católico (CSIC), y otros; 2) «II Jornades de Dret Català a Tossa», sobre *La reforma de la Compilació: Fons, filiació i matrimoni*, Tossa de Mar, 29 de septiembre al 2 de octubre de 1982. Organizadas por las Universidades de Barcelona, y otros, y, 3) «Primer Congreso de Derecho Vasco: *La actualización del Derecho civil*, San Sebastián, 16 al 19 de diciembre de 1982. Organizado por el Departamento de Derecho civil de la Facultad de Derecho de San Sebastián y el Gobierno vasco.

(110) Cfr. ARECHEDARRA ARANZADI, L.: *Competencia de Navarra en materia de Derecho civil*, en «La Ley», 1986-4, p. 1074, pero, especialmente, pp. 1082-1084, lugar del que transcribo los siguientes párrafos: «...no creo oportuno repetir ahora lo dicho antes: me parece evidente que la fuerza de la Constitución como norma y la transformación que a través de la misma acaece a todo el ordenamiento jurídico español alcanza también a las Compilaciones de Derecho foral. Por tanto, la labor de constitucionalización supone una tarea de adecuación expresiva y semántica a lo ya actualmente vigente.» Y, ya en epígrafe dedicado a «la unificación del Derecho civil», escribe: «Ahora bien, conviene diferenciar la unificación como proyecto político y la unificación como resultado social. En este sentido me atrevería a apuntar el que el debilitamiento del proyecto político facilita la consecución del resultado social. Es sabido que ambos planos no se confunden y que muchas veces marchan faltos de sintonía.» Y, casi al final, esto:

«Constitucionalización, atención a la realidad social, transformación económica, pérdida de rigidez en los planteamientos del Código civil, son factores que obran en favor de la unificación. Pero entendida ésta ni como una necesidad, ni como un programa político. Simplemente presenta el carácter de un resultado social fruto de la acción de una serie de fuerzas, que individualmente tampoco se plantea temáticamente semejante cuestión.

Si a todo esto añadimos el influjo externo de las directivas que la CEE vaya dictando o haya dictado la conclusión parece obvia. Nos encontraremos ante una inercia, lenta y latente, pero inexorable, no explicitada, que con una coherencia y lógica propias trabaja en un sentido, no precisamente programado.»

de las fuentes. A ese enclave volvemos para analizar la nueva tendencia que acabamos de rotular: el impacto —bien puede llamarse así— de la Constitución en el Derecho civil. Esta nueva realidad posibilita y exige tal variedad de reflexiones que la selección, a que nos vemos forzados, resultará seguramente cuestionable.

En efecto, el discurso pudiera versar, ora sobre la pérdida de rango normativo del Código en el sistema de fuentes del propio Derecho civil (111); ora sobre la oportunidad de construir un «Derecho civil constitucional», llenando de contenido lo que hasta hace poco no pasaba de ser el letrero plantado en la linde de un terreno apenas explorado (112); ora sobre cómo ha de acceder el civilista al texto constitucional, para evitar el riesgo —ya advertido a otros (113)— de analizar el Derecho constitucional «como Derecho civil»; ora sobre otros puntos de engarce o de enfoque de ambas realidades normativas.

La reflexión que aquí tratamos de hilvanar arranca de una pérdida de cualidad del Derecho civil: su «desconstitucionalización». Sólo inicialmente suena a paradoja que, con la Constitución delante, se plantee la pérdida del «valor constitucional» del Derecho civil. Esa es nota que siempre tuvo a gala el Derecho codificado y que apoya-

(111) Como bibliografía de referencia puede tomarse: DÍEZ-PICAZO, L.: *Constitución y fuentes del Derecho*, en «REDA», núm. 21, 1979, p. 189, y *La doctrina de las fuentes del Derecho*, en «ADC», 1984, p. 933; ROMERO MORENO, J. M.: *La aplicación normativa directa de la Constitución Española (Reflexiones sobre jurisprudencia constitucional)*, en «La Ley», 1983-2, p. 1267; MONTORO BALLESTEROS, A.: *Ideología y fuentes del Derecho*, en «Rev. Est. Pol.», 40, 1984, p. 59; BALLARIN IRIBARREN, J.: *Valori e sistema delle fonti nella costituzione spagnola*, en «RTDPC», 1984, p. 1147; PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Madrid, 1984; VEGA BENAYAS, C.: *Sobre el benéfico influjo de la Constitución en el Derecho civil*, en «La Ley», 1984-3, p. 892; ROCA I TRIAS, E.: *Jurisprudencia, precedentes y principio de igualdad*, en «RJC», 1986, p. 841; RUBIO LLORENTE, F.: *El procedimiento legislativo en España. El lugar de la Ley entre las fuentes del Derecho*, en «REDC», 16, 1986, p. 83; VÁZQUEZ BOTE, E.: *La concreción de la legitimidad en el nuevo Derecho privado español (sobre el sistema de fuentes de la Constitución)*, en «RCDI», 1983, p. 581, y *El sistema de fuentes y la LOPJ*, en «RCDI», 1986, p. 1021; XIROL RIUS, J. A.: *El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional*, en «PJ», 1986-3, p. 25; OTTO PARDO, I. DE: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, 1987, y O'CALLAGHAN, X.: *Incidencia de la Constitución en la aplicación del Derecho civil*, en «AC», 1988, p. 1.

(112) La expresión es de DELGADO ECHEVARRÍA, J.: *La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista*, en LACRUZ y otros, «El nuevo régimen de la familia, vol. I: Matrimonio y divorcio», Madrid, 1982, p. 14. Y el reto ha sido aceptado recientemente por ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional, cit.*, p. 18: «Cuyo propósito inicial —escribe— es muy simple: se trata de deslindar o delimitar —y, si fuera posible, de amojonar o acotar— aquel terreno hoy todavía “apenas explorado.” Sucesiva y posteriormente, sin duda podrá llegar a convertirse en apreciado solar y algún día veremos levantado el edificio del Derecho civil constitucional.»

(113) Véase, sucesivamente, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La Constitución como norma y el Tribunal constitucional*, Madrid, 1981, en particular, el «prólogo», pp. 19-31; LUCAS VERDÚ, P.: *El Derecho constitucional como Derecho administrativo*, en «Rev. Der. Pol.» (1982), núm. 13, pp. 17 y ss., y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *El Derecho constitucional como Derecho*, en «Rev. Der. Pol.» (1982), núm. 15, pp. 7-20.

ba, no sólo en la idea —machaconamente verificada por nuestra historia— de que las Constituciones pasan y el Código permanece; ni siquiera, preferentemente, en el hecho de ser sede de normas tan materialmente constitucionales como las del Título Preliminar de éste; sino, sobre todo, en su lógica interna, que le hacía aparecer como **estatuto del ciudadano** y, consiguientemente, como diseñador y garante de los límites a la actuación del Estado frente a él. En este sentido, la propiedad y el contrato vinieron a constitucionalizar una bien conocida concepción de la vida económica (114).

Pero ahora sucede que, pese a ser todavía el Código civil depositario de preceptos de indudable valor constitucional, ha perdido en su conjunto esa virtualidad constituyente. Es la Constitución la que, por fin, alberga los **principios básicos**, rectores de la comunidad, y la que, con su rango formalmente preeminente, significa «un primer impulso —**el reflejo escrito de un primer empujón social**— en la dirección que señala» (115); lo que, de consiguiente, obliga al Derecho civil —no es un juego de palabras— a «constitucionalizarse», a armonizar todos y cada uno de sus preceptos con las directrices constitucionales (116).

(114) Sobre «valor constitucional» del Derecho civil y su «desconstitucionalización», véase, *supra*, nota 54, y, entre otros, GIORGIANNI: *Il Diritto privato ed i suoi attuali confini*, cit., pp. 399, 401 y ss.; TARELLO: *Le idee della codificazione*, cit., pp. 35-38; TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente*, cit., pp. 254-257 y 354-355; TOMÁS Y VALIENTE: *Manual de historia del Derecho español*, cit., pp. 465-467, y LOPEZ JACOISTE, J. J.: *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución Española», coord. por T. R. FERNÁNDEZ, T. 2, 1.ª ed., Madrid, 1978, p. 581 —especialmente, hasta p. 588.

(115) El entrecomillado corresponde a la Circular de la Fiscalía General del Estado de 12 de enero de 1983.

Más, no puede dejarse de advertir —con BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., p. 766—: «Decir que la **legalidad vigente es la constitucional** es indudablemente exacto a nivel de principio. Pero los principios constitucionales están llamados a iluminar y a orientar el sistema, **no a constituir ellos mismos un sistema, y mucho menos un contrasistema**. Quien propusiera interpretar la norma constitucional que consagra el principio de igualdad sustancial de los ciudadanos como una *gigantesca cláusula equitativa en virtud de la cual el Juez tendría el deber de juzgar según la equidad y no según la ley*, se arriesgaría, más o menos a sabiendas, a predicar la *disolución integral no sólo del Estado de Derecho, sino incluso del ordenamiento jurídico*».

(116) La revisión es una necesidad que han sentido todos los ordenamientos que han experimentado el llamado «contrasentido lógico», debido a contar ya con un Código cuando se han dado Constitución. Vid., en este particular, PERLINGIERI, P.: *Il Diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 1984; ROCA I TRIAS, E.: *Examen crítico de «Il diritto civile nella legalità costituzionale, por Pietro Perlingieri»*, en «RJC», 1985, pp. 559 y ss.; ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS, J.: *El Derecho civil constitucional*, cit., *passim*, y LUCARELLI, F.: *Diritti civili e istituti privatistici*, con «contributi di E. BRIGANTI, M.; CIANCIO e L. RUSSO», Padova, 1983, pp. 26-28. Y, por sólo reproducir uno de los análisis más recientes y próximos, considérense las valoraciones de BUSNELLI: *El Derecho civil entre Código y Leyes especiales*, cit., pp. 766-767:

«Verdad es, más bien —lo que constituye adversativa de cuanto reproducimos en nota previa—, que los principios constitucionales imponen una obra de revisión y de (re)interpretación de las normas del Código civil.

La obra de revisión —en defecto o en espera de intervención legislativa— está con-

Tarea, la de «constitucionalizar» el Derecho civil (117), como cualquier otro sector del Ordenamiento, que es, desde luego, urgente, pero también de gran envergadura y de dificultad desigual.

Ningún problema, por supuesto, para los casos en que la propia Constitución, o su máximo intérprete, nos apercibe de la aplicabilidad directa —como norma jurídica eminente— de concretos preceptos constitucionales; tampoco, lógicamente, cuando el legislador mismo dicta la norma de desarrollo o reforma sectores más o menos extensos del «resto del ordenamiento» (118). Pero la dificultad sigue presente y se agiganta cuando se trata de perfilar la específica media-

fiada en el sistema italiano, como en otros sistemas europeos, al control de legitimidad de la Corte constitucional, la cual contribuye a renovar la imagen del Código civil no sólo en sus pronunciamientos de ilegitimidad constitucional de esta o aquella norma, sino también de sus **sentencias de carácter interpretativo** (cfr. ARCE: *Op. cit.*, pp. 158 y ss.), dirigidas a salvar la legitimidad de una cierta norma vinculando al intérprete a una cierta lectura de la norma misma y excluyendo otras abstractamente posibles.

Bulle, de otra parte, la incesante obra de interpretación conducida, a la luz de los principios constitucionales, por la **jurisprudencia y la doctrina...**

En un último análisis —concluye—, antes de declarar superado el Código civil vigente, es preciso asegurarse sobre revisiones y sobre reinterpretaciones a las que ha estado expuesto en estos últimos decenios (para nosotros, sólo uno). Podría entonces llegarse a la conclusión de que dicho Código, conservándose en sus estructuras fundamentales, **llevando, no obstante, el proceso de transformación de sus contenidos**, revela una insospechada y persistente vitalidad».

(117) Aunque ello suponga, en cierto modo, volver sobre aspectos que ya dejamos aparcados —la oportunidad o no de construir un Derecho civil constitucional— no podemos ahora descuidar la advertencia de que la «constitucionalización» de la que nosotros hablamos se halla más en la línea de las directrices transcritas en la nota anterior que en la de construir o delimitar un nuevo «cuerpo normativo», dotado de unidad material y especificidad formal, como ha propuesto de reciente ARCE y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional, cit.*, p. 70. No estamos plenamente convencidos, por el momento, de la posibilidad —o conveniencia, siquiera— de ir separando en el Texto constitucional las partes que «constituyen» Derecho civil, las que hayan de asignarse al Derecho mercantil, y así sucesivamente. Estamos, por supuesto, a favor de que todas las ramas y en todas sus instituciones se actúen y conjuguen desde las directrices (también todas) constitucionales. Es, a lo que parece, la actitud de Perlingieri, quien —a decir de ROCA I TRIAS: *Nota crítica, cit.*, p. 274— «da un paso más (respecto de las interpretaciones tradicionales) **utilizando la Constitución de una manera armónica y como un elemento más, integrante del ordenamiento jurídico que se trata de analizar**».

(118) Aun en estos supuestos, las dificultades de interpretación no siempre quedan excluidas, como puede comprobarse con lo sucedido en torno a la *disposición transitoria octava de la Ley 11/1981, de 13 de mayo*, para las sucesiones abiertas en el período que va de la fecha de entrada en vigor de la Constitución —y la consiguiente proscripción de las discriminaciones por razón de filiación: artículo 14— hasta la de la referida Ley de Reforma del Código civil. A dilucidar la cuestión han contribuido tanto la STS de 10 de febrero de 1986 (cfr. comentario de MIGUEL GONZÁLEZ, J. M.^o, en CCJC, núm. 10), como la del TC núm. 155/1987, de 14 de octubre («BOE», de 12 de noviembre). Esta última, como es sabido, desestima la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el Juzgado de Primera Instancia de Mieres, advirtiendo que dicha disposición transitoria, aun tomada en su tenor literal, no «se remite de modo inequívoco a una redacción determinada de la legislación sucesoria, sino, de modo genérico, a la legislación anterior, **expresión que sólo puede entenderse referida a la legislación**

ción del jurista entre las normas y, sobre todo, principios constitucionales, de un lado, y las leyes preconstitucionales o los institutos tradicionales del Derecho civil, de otro.

Hay, en primer término, un problema de división del trabajo entre constitucionalistas y —por lo que aquí importa— civilistas. Aquéllos reclaman para sí y en exclusiva el estudio sistemático de los principios consagrados por la Constitución, desarrollando las implicaciones en ellos contenidas y determinando el ámbito de su actuación (119); mientras que al civilista compete repensar el Derecho civil, redefinir el fundamento y la extensión de sus instituciones, así como verificar y adecuar, en consecuencia, sus técnicas y nociones tradicionales (120). Es de una distribución semejante de donde pudiera surgir un fecundo intercambio de recíprocas influencias, por cuanto, si al Derecho constitucional se ofrece el resultado obtenido por la propia elaboración dogmática, de él se recibe la construcción sistemática extraída de los principios (121).

En segundo lugar y dentro ya del terreno inequívoco del civilista, será preciso superar la conocida tendencia a considerar la norma constitucional como mero límite o barrera de la ordinaria, dirigida sólo al legislador aun bajo el control del Tribunal Constitucional, pero sin incidir en la actividad de interpretación de los enunciados normativos no constitucionales. Eso consentiría —y no es resultado a perseguir, como muy bien recuerda Tarello— conservar íntegro, no sólo en la letra, sino también en la función y fundamento, gran parte del cuerpo del Derecho civil. No se trata de leer por separado Constitución y normativa civil, aunque se empezara por aquélla (122).

Ni siquiera, en términos absolutos, de **releer** el Código civil y otras leyes a la luz o con la óptica constitucional. También esta técnica ha visto ya significados sus límites en la civilística de países más acostumbrados que nosotros al dato constitucional. La **relectura** —se dice—

vigente y que, por tanto, no excluye, sino que incluye, los cambios que en el contenido del Código civil produjo la entrada en vigor de la Constitución, cambios que, como es claro, está facultado para apreciar por sí el Juez ordinario, como ha hecho el Tribunal Supremo en la Sentencia ya citada».

(119) En consideración precisamente a su mayor idoneidad para una interpretación iluminada por la percepción de los nexos y correlaciones subyacentes así como por el conocimiento del vínculo con la concepción fundamental por la que todos vienen inspirados y reconducidos a unidad. Esta apreciación y el párrafo del texto, casi literalmente, en MORTATI, C.: voz «*Diritto costituzionale (nozione e caratteri)*», en «Enc. Dir.», T. 12, *cit.*, pp. 957 y ss.

(120) PERLINGIERI, P.: *Norme costituzionale e rapporti di diritto civile*, en «Riv. Dir. Civ.», 1980, I, pp. 95 y ss.

(121) Cfr. MORTATI: *Op. et loc. cit.*, y SANTI ROMANO: *Il diritto costituzionale e le altre scienze giuridiche*, en «Scritti Minori», T. I, Milano, 1950.

(122) PERLINGIERI: *Op. et loc. cit.*, y TARELLO, G.: *L'interpretazione della legge*, en «Trattato di Diritto civile e commerciale», dir. A. CICU/F. MESSINEO, continuato da L. MENGONI, Milano, 1980, pp. 338-339.

aun cuando aparezca como metodología útil y de uso aconsejable, no agota la potencialidad de las normas constitucionales (123).

El objetivo a alcanzar implica un grado más. El ideal se pone justamente en la directa relevancia de las normas constitucionales en las relaciones interindividuales.

No es del caso dilucidar aquí si esa relevancia expresaría una aplicación indirecta de los mandatos constitucionales, **a través de las normas ordinarias**, o, más exactamente, una **aplicación coordinada**, según la confrontación de unos y otras se haga, respectivamente, en sede de interpretación o en la de selección de la norma aplicable (124).

(123) Incluye la «relectura» de la legislación ordinaria a la luz de las normas constitucionales —escribe PERLINGIERI, P.: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, ahora en «Tendenze e metodi della civilistica italiana», Napoli, 1979, p. 109—, en la doble vertiente de interpretación a partir de los principios constitucionales y de identificación de la justificación bajo el aspecto funcional de la normativa ordinaria, si constituye una metodología útil y de utilización constante, no parece que utilice con plenitud la potencialidad de las normas constitucionales. Aparte determinadas normas que tengan como único destinatario al legislador y cuya naturaleza sea, por definición, limitativa o programática, se impone afrontar el problema de su relevancia directa en las relaciones interindividuales, con particular referencia las relaciones de Derecho civil.

(124) Sobre tales construcciones, DRITTWIRKUNG O COMBINATO DISPOSTO, cfr. NIPPERDEY, H. C.: *Grundrechte und Privatrecht*, en «Festschrift Molitor», München-Berlin, 1962, pp. 17 y ss.; LOMBARDI, G.: *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, pp. 45 y ss.; PERLINGIERI: *Norme costituzionali e rapporti di diritto civile*, en «Tendenze...», *cit.*, pp. 109-110, y CHIARELLI, G.: *Processo costituzionale e teoria dell'interpretazione*, en «Studi T. ASCARELLI», T. 5, Milano, 1969, pp. 2856 y ss.

Entre nosotros, puede empezarse por QUADRA-SALCEDO, T.: *El recurso de amparo y los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Madrid, 1981, aportación temprana —«las primeras decisiones recaídas en recursos de amparo apenas permiten entrever la transcendental influencia en nuestro Derecho» (p. 11)—, de prejuicio positivo respecto de la recepción del «amparo» —p. 12— y de enfoque procesal: «Se contrae a determinar si puede utilizarse la vía de amparo para tutelar derechos y libertades fundamentales frente a violaciones de los mismos realizadas por particulares o por poderes públicos, pero actuando sometidos al Derecho privado» —p. 13— (por la negativa, se había decidido ya EMBID IRUJO, A.: *El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades públicas en el ámbito privado*, en «REDA», núm. 25, y viene, sin duda, facilitada por el estricto tenor literal del artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: violación que «sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial»). Para el autor, la oposición se sustenta en un par de prejuicios reduccionistas: negativa a que el Tribunal Constitucional desarrolle actividades jurisdiccionales en casos singulares respecto de personas individuales (sobre este punto, incide en sentido crítico la correspondiente recensión de E. COBREROS MENDAZONA: *RVAP*, 1982, núm. 2, pp. 495-497, y Sentencias del propio Tribunal Constitucional, como las de 27 de marzo -núm. 47— y 19 de julio -núms. 88 y 89— de 1985, así como la núm. 94/1987, de 3 de junio) y a la existencia misma de derechos fundamentales y libertades públicas «en las relaciones entre particulares» —pp. 19-20— a superar ambos dedica los dos capítulos siguientes. Aquí importa particularmente el contenido del capítulo III: «Sobre el concepto de derechos y libertades fundamentales y la polémica sobre su existencia o inexistencia en las relaciones entre particulares.»

Entre lo más reciente, son fundamentales, desde luego, tanto ALEXY, R.: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, 1985 (cuyo capítulo X se dedica a la *Drittwirkung* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales, sosteniéndose que, como esta efi-

Sí parece obligado subrayar la difusión alcanzada en la doctrina alemana —con la consiguiente irradiación a la de otros países— por la *teoría de la Drittwirkung de los derechos fundamentales*; y que, aun cuando haya de concluirse —como parece necesario— que en todas las relaciones jurídicas típicas del Derecho civil la norma constitucional tiene una presencia y función como criterio de valoración de los comportamientos (125), en esa «interpretación conforme a la Constitución» de que nuestro Tribunal Constitucional viene hablando —para salvar la norma ordinaria—, resulta tarea prioritaria la identificación de los principios constitucionales que, a diferencia de los tradicionales principios pensados por el Código, van a ser **preferidos a la propia ley**, sobre todo cuando la, **prima facie**, aplicable no sea portadora de una cláusula general a cuyo través puedan —y deban— filtrarse las directrices constitucionales (126).

cacia está medida por la Ley y opera a través de su aplicación judicial, el derecho fundamental en cuanto tal sólo es oponible, también aquí, a un poder del Estado) como la aportación específica de GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ-BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares. La Drittwirkung en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid, 1986 [para una primera aproximación a ésta, vid. GARCÍA HERRERA, M. A.: *RVAP*, 1987, núm. 17, p. 343; y, de la monografía, llamaría la atención sobre sus apartados V y VI, el primero, reincidiendo sobre «el acto de los poderes públicos como presupuesto objetivo del recurso de amparo en la jurisprudencia constitucional» con «examen crítico de este punto en relación con el problema de la Drittwirkung» —pp. 59-96— y segundo, en torno a «la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la Drittwirkung», que se abre con la siguiente apreciación de conjunto: «Resulta... que... no es un problema **resuelto** (tras un planteamiento preciso), sino un problema **disuelto** en una discutible interpretación de los artículos 41.2 y 44.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. Las consecuencias no eran difíciles de predecir: «problematicidad» de la **Drittwirkung**, considerada como algo «natural» respecto de ciertos derechos (libertad sindical, huelga) y en ciertas esferas (relaciones laborales); escasez, por tanto, de formulaciones precisas; dudas acerca de si todos los derechos accionales en amparo poseen **Drittwirkung** y en qué grado»; y, por último, sobre las «reflexiones finales»: pp. 139-146].

Finalmente, la remisión es obligada a ROCA TRIAS, E.: *Principi d'igualtat i discriminacions per raó de sexe*, en «RJC», 1988, pp. 297 y ss., donde estudia, asimismo, la aplicación del principio de igualdad en las relaciones entre particulares, concluyendo (p. 310) que su aplicación ha de ser examinada desde una óptica diferente de la que se deriva de la específica protección constitucional por medio del recurso de amparo. Dicho recurso servirá para proteger el derecho a la igualdad cuando hayan fallado todas las garantías establecidas por el ordenamiento para su efectividad. Si el Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre la violación del derecho será porque los Jueces y Tribunales no lo habrán respetado dictando sentencias contrarias, pues si lo hubiesen reconocido y, consiguientemente, reparado la igualdad violada, no habría sido necesaria la intervención del Tribunal Constitucional.

(125) Así, PERLINGIERI, P.: *Por un Derecho civil constitucional*, en «ADC», 1983, p. 14. Lo que, por lo demás, es un postulado incorporado y formulado por una de nuestras primeras conclusiones autóctonas, ya que antes escribió GARCÍA DE ENTERRÍA (*La Constitución como norma, cit.*, p. 332) que la Constitución Española constituye el «contexto» necesario a que llama el artículo 3.1 del Código civil para la interpretación y aplicación de todas las normas.

(126) Sobre la duplicidad de «principios», constitucionales y tradicionales, y, en general, sobre el tema de fuentes y su jerarquía, tras la Constitución, vid. DIEZ-PICAZO: *Constitución y fuentes del Derecho, cit.*, pp. 189 y ss. También, PÉREZ ROYO: *Las fuentes del Derecho, cit.*, aunque con una visión claramente «propublicista», con olvi-

No hay hipérbole, pues, cuando se afirma que la Constitución aparece como «cabeza y clave», «el *deus ex maquina* de ese tono unitario» que es el ordenamiento jurídico —artículo 9.1 de la Constitución Española—, mientras que a las distintas ramas compete hacer efectivos sus mandatos «como preceptos jurídicos eficaces» (127).

Justamente, en clave constitucional alcanza tonos más suaves la tormentosa distinción *publicum-privatum*: intereses privados e intereses públicos asumen, en esa referencia unitaria, su propio significado histórico que no consenten una clasificación rígida y dogmática (128). Allí aparecen conjugados propiedad y función social, libertad de empresa —enunciado macroeconómico de la vieja autonomía contractual— y planificación estatal —el más amplio cauce para la intervención pública— (129).

do acaso de que la propia Constitución sigue hablando de «ordenamiento» (artículo 9), cuyas fuentes están —costumbre y principios generales incluidos— en el artículo 1 del Código civil (cfr. detenidamente, las apreciaciones de la «introducción», pp. 13-24, y la «orientación bibliográfica», p. 177).

(127) Tales expresiones en GARCÍA DE ENTERRÍA: *La Constitución como norma*, cit., p. 19 (prólogo).

(128) Vid., por todos, PERLINGIERI: *Por un Derecho civil constitucional*, cit., pp. 1-3, y, del mismo autor, *Il Diritto agrario tra pubblico e privato*, cit., pp. 708-709; ALPA, G.: *Compendio del nuovo diritto privato*, Torino, 1985, pp. 176 y ss.; y, ahora, entre nosotros, ROCA I TRÍAS: *Nota crítica*, cit., pp. 562-564, y ARCE Y FLÓREZ-VALDÉS: *El Derecho civil constitucional*, cit., pp. 30-33, donde referencia las STC de 7 y 20 de febrero de 1984, transcribiendo en expresiones de la primera que «la configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad, que difumina la dicotomía Derecho público-privado y agudiza la dificultad tanto de calificar determinados entes, cuando no existe una calificación legal, como de valorar la incidencia de una nueva regulación sobre naturaleza jurídica».

(129) Sería pretencioso intentar siquiera un bosquejo de lo que, para la propiedad, ha venido a suponer el texto constitucional. Sin embargo, tampoco estaría permitido cerrar un Concepto moderno de Derecho civil sin llamar la atención sobre el hecho de que dicha institución sigue siendo el paradigma de la sensibilidad del sistema (sin llegar al dato constitucional sobrevenido como eje del análisis, pueden consultarse los trabajos recogidos recientemente en «DROITS» —«Revue Française de Théorie Juridique»— núm. 1, 1985, bajo el rótulo genérico *Destins du droit de propriété*, y especialmente ATIAS, Ch.: *Ouverture*, p. 5; TERRE, F.: *L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil*, p. 33; LEPAGE, H.: *L'analyse économique et la théorie du droit de propriété*, p. 31; así como las remisiones del propio ATIAS —*Lectures*, p. 107— a trabajos escritos en francés).

El tema —partiendo de la perspectiva constitucional— ha sido ampliamente debatido en la doctrina italiana, de la que sólo traemos aquí la referencia de, por un lado, RODOTA, S.: *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, Prólogo y traducción de L. Díez-PICAZO, Madrid, 1986, y, por otro, MANGIAMELLI, S.: *La proprietà privata nella Costituzione. Profili generali*, Milano, 1986. Esta última aportación, parece estar escrita en clave conservadora frente a las tesis de quienes —a través de la interpretación del artículo 42 de la Constitución italiana— consideran que no hay propiamente una garantía constitucional de la propiedad privada, ni necesariamente un estatuto unitario de la propiedad [antes, al contrario, la Constitución estaría reconociendo **programáticamente** la propiedad privada, sin perjuicio de que la **ley ordinaria** a la que reenvía especifique diversos estatutos según el objeto sobre el que recaí-

La presencia de la Constitución modaliza, asimismo, el tema de la **desintegración**, cuando menos en dos extremos: primero, hay más posibilidades de recurrir al sistema, en cuyo ápice se halla la propia Constitución, pártase del Código o pártase de una ley especial. Y, segundo, si la preeminencia entre los diversos «subsistemas» se asigna, no en atención a los valores que uno u otro actúa —en tanto todos los legitimados constitucionalmente presentan títulos parejos—, sino por referencia a su respectivo acervo instrumental, nadie dudará

ga la propiedad (las propiedades); incluso, para algunos sería posible, sin retocar el artículo 42, llegar a la propiedad socialista, a excluir a los particulares de la propiedad de bienes de producción] —véanse, particularmente, las pp. 1-48—. De esa aportación, a la de Rodotá, puede pasarse por el Prólogo de DIEZ-PICAZO, en el que, asimismo, puede tomarse pie para subrayar la peculiaridad de nuestro artículo 33 en lo que respecta a la referencia y obligado respeto por el Legislador ordinario del **convenio esencial** —trasunto de los preceptos constitucionales que regulan «derechos y libertades públicas», y que no se contiene en el citado precepto italiano—.

Con todo, al momento actual y entre nosotros, poco podrá escribirse sobre el contenido y límites del Derecho de propiedad sin un análisis detenido de la doctrina jurisprudencial establecida en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/1987, de 26 de marzo («BOE» de 14 de abril), de la que fue Ponente el Magistrado don Jesús Leguina Villa y que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido contra determinados artículos de la *Ley del Parlamento de Andalucía, núm. 8/1984, de 3 de julio, de Reforma Agraria*. Sentencia que es trascendental para el Derecho civil que profesamos, desde diversos ángulos. Lo es, en efecto —como luego veremos—, para la configuración de la estructura del Ordenamiento civil en relación con las competencias autonómicas de las Comunidades donde «no exista» Derecho civil foral o especial. Pero, también —y es lo que en este momento destacamos— para la elaboración dogmática del derecho de propiedad. En este sentido, PÉREZ ROYO, J. (en *BJC*, núm. 72, 1987, p. 432), subraya que, si bien el Tribunal Constitucional «ya había tenido ocasión de pronunciarse y en la misma dirección en que lo hace en ésta» —sentencias 111/1983 y 166/1986, resolviendo el Recurso y la Cuestión de inconstitucionalidad de la expropiación de RUMASA (en función crítica, especialmente de la primera, vid. MENDOZA OLIVÁN, V.: *El orden económico en la Constitución Española*, en «Cuenta y Razón», 1984, p. 23, y LACRUZ BERDEJO, J. L.: *Elementos de Derecho civil*, III-1.º, 2.ª, Barcelona, 1988, pp. 44-46)— no se había enfrentado «con el derecho de propiedad de una manera tan frontal y completa», «ya que en las ocasiones anteriores el derecho de propiedad era analizado desde la perspectiva del instrumento normativo que se había utilizado para incidir sobre él: el Decreto-Ley en el primer caso; la ley “singular” en el segundo». En cambio, el Recurso ahora desestimado tenía como **objeto inmediato la delimitación del derecho de propiedad sin rodeos de ningún tipo**, ya que se había planteado a partir de «una concepción abstracta, virtualmente ilimitada y puramente civilísima», que sirve al Tribunal Constitucional de «negativo» en relación con la cual va a fijar «su» concepción del derecho de propiedad o, mejor dicho —concluye PÉREZ ROYO—, la concepción de propiedad incorporada por el constituyente al texto de 1978.

Para terminar y en apoyo del texto al que esta ya extensa nota responde [y sin resistirnos a recordar, con COCA PAYERAS, M.: *Tanteo y retracto, función social de la propiedad y competencia autonómica*, Bolonia, 1988, que la gran diferencia que existe entre la propiedad y los restantes derechos objetivos radica en que la función social (artículo 33.2 de la Constitución Española) aparece en sede estructural del derecho como criterio determinante de su contenido por lo que es el único que se halla doblemente comprimido por la función social: estructuralmente, por así fijarlo el artículo 33.2 de la Constitución Española y en su ejercicio, como los demás, por el artículo 7.2 del Código civil], nos limitaremos a transcribir uno de los párrafos de su Fundamento de Derecho segundo:

«En efecto, la referencia a la “función social” como elemento estructural de la

que el Derecho civil, entre los «privados», y el Código, entre sus normas, llevan considerable ventaja. El Código civil sigue siendo en este aspecto el primer cuerpo legal del ordenamiento (130).

Derecho civil, que aparece en adelante —he aquí el tanto de humildad que habrá de asumir— constitucionalmente mediatizado en puntos tan básicos para su configuración como pueden serlo: su propio contenido, su eje de rotación y su misma unidad nacional.

No digo ahora que ello implique siempre variación de tendencia —que, en el último punto, la hay radical—; subrayo sólo la realidad del condicionamiento.

Por lo que al contenido hace, externamente nada ha cambiado. Han sido constitucionalizados los principales institutos del Derecho civil tradicional. Persona, familia, propiedad, autonomía y herencia se han visto confirmadas como realidades configuradoras de su contenido.

2. «Despatrimonialización»

Diversa suerte ha corrido la impronta individualista que la codificación puso en todas estas instituciones. Aquí, la Constitución suministra una nueva idea-eje: **la persona humana**. Entidad, ciertamente, no desconocida, pero sí desconsiderada por el Derecho civil más tradicional, que prácticamente la reduce a una de sus facultades, la voluntad, asignándole una función ineludible, ser sujeto de derechos. Ineludible, porque es dogma consolidado que no hay derecho sin su-

definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular... Por el contrario, **la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las leyes, en atención a valores e intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio está llamada a cumplir.** Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. **Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes.**»

(130) El es —ha escrito BERCOVITZ, R.: *Prólogo, cit.*, p. 31— el heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sentido paralelo, SANTORO-PASSARELLI: *Il codice civile e il mantenimento dei valori essenziali, cit.*, p. 137.

jeto; en tanto que la inversa queda en categoría potencial: no hay persona sin capacidad (131).

No es de hoy (ni siquiera de ayer) la denuncia de una excesiva patrimonialización del Derecho civil (132). La exaltación de los fines meramente materiales de la existencia, pergeña a un tiempo la figura del «homo oeconomicus» y el Derecho que le sirva. Aquí, el Derecho patrimonial comienza a ser un valor en alza; el de familia, algo dudosamente privado, y —como también se ha escrito— las relaciones a la vez extrapatrimoniales y extrafamiliares acaban por configurar el área deprimida del Derecho civil (133).

Se habla, en cambio, ahora de *despatrimonialización* como tendencia normativo-cultural (134); de colocar, como la Constitución hace, la persona humana por delante del interés económico, de modo que las relaciones patrimoniales mismas se funcionalicen a la lógica de respeto a la dignidad de aquélla.

Con ello —entiéndase bien—, no se propugna la expulsión o reducción cuantitativa del contenido patrimonial del Derecho civil. El giro es esencialmente cualitativo, de valoración del momento económico, insuprimible como aspecto de la realidad social organizada, pero supeditado a las situaciones existenciales.

Según esto, la Constitución coadyuva sobremanera a devolver al Derecho civil su verdadero sentido, en tanto siga manteniéndose con

(131) Sobre la concepción decimonónica del Derecho civil y la valoración del individuo, puede encontrarse un cuadro bastante comprensivo, con las precisas referencias bibliográficas, en TORRALBA SORIANO: *El Derecho civil desde la Codificación*, cit., pp. 245-254.

(132) Por todos, DIEZ-PICAZO: *El sentido histórico del Derecho civil*, cit., p. 643.

(133) La expresión es originaria de SACCO, R.: *Il manuale per la matricole (dal Ruggiero al nostro tempo)*, en «Riv. Dir. Civ.», 1975, II, p. 343: «Las relaciones que sean a un tiempo extrafamiliares y extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, relaciones entre asociados) constituyen el área deprimida del Derecho italiano (y no italiano)»; y ha sido retomada por PERLINGIERI, P.: *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: Introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, ahora, en «Tendenze e metodi...», cit., p. 78. Autor, este último, que se había detenido, a su vez, sobre la «alternancia» del ser y del tener: *Profili istituzionali del Diritto civile*, 2.^a ed., Napoli, 1979, pp. 28-29.

(134) Sobre esta nueva tendencia es básico el documentado trabajo de DONISI, C.: *Verso la «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Rass. Dir. Civ.», 1980, p. 644; e interesantes, las notas críticas de DE CUPIS, A.: *Sulla «depatrimonializzazione» del diritto privato*, en «Riv. Dir. Civ.», 1982, II, p. 482, y las admoniciones —un tanto conciliatorias— de PERLINGIERI, P.: «*Depatrimonializzazione e diritto civile*, que localiza en un extenso *Editoriale* («Rass. Dir. Civ.», 1983, pp. 1-4) por considerarlo transcendental para la centralidad de la persona humana en la jerarquía de los valores constitucionales y, por consiguiente, para la reconstrucción de las instituciones civiles.

En el parecer de PERLINGIERI, con el término (poco elegante —en esto, todos coinciden—) de «despatrimonialización» se apunta, en definitiva, a la toma de conciencia de que en el ordenamiento (no sólo civil; DONISI analiza detenidamente el fenómeno, además de en el Derecho agrario, en el mercantil y laboral) se ha operado una elección que va actuándose lentamente entre personalismo (superación del individualismo) y patrimonialismo (superación de la patrimonialidad en sí misma, del productivismo primero y del consumismo luego, como valores).

Hernández Gil, que el concepto básico en torno al cual lo adquiere es el de persona; que eso es, ante todo, el Derecho civil: el estatuto jurídico de la persona (135), pero, tomada ésta, no sólo en su dimensión «doméstica» o «intimista», en la que encuentran perfecto acomodo los derechos de la personalidad, sino incluso en su dimensión «productivista», en la que aún cabe radicar —con la subordinación indicada— propiedad y autonomía (136).

(135) HERNÁNDEZ GIL: *Prólogo* a PASCUAL QUINTANA, *En torno al Concepto de Derecho civil*, cit., p. 7; en los mismos términos, JORDANO BAREA: *Concepto y valor del Derecho civil*, cit., p. 724.

(136) Sobre los dos planos de lo que ha dado en llamarse la «riscoperta del privado», véase escuetamente, IRTI, N.: *Introduzione: Le incognite del Diritto privato*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., p. 6.

Obligado parece —aunque sea en nota— destacar el relanzamiento que, fuera y dentro de nuestras fronteras, ha alcanzado el tratamiento de la que pudiéramos llamar —sin perjuicio de lo que se advierte, en nota 138— esfera extrapatrimonial de la persona. En efecto, basta repasar la última bibliografía «civilista» para apercibirse que en los denominados «derechos (y bienes) de la personalidad» se está redescubriendo un filón al parecer inagotable; y que el «tema», pese a todo, sigue contando con las viejas dificultades de enfoque dogmático y encuentra aspectos «novedosos» en la normativa constitucional de los «derechos fundamentales» y «libertades públicas».

Por lo que respecta a aquellas «dificultades», es sabido que nacen (como recuerda LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 172, con citas de FERRARA y BELTRÁN DE HEREDIA) de la peculiaridad que supone el que, frente a los derechos (subjettivos) sobre bienes externos, los de la personalidad parecen garantizarnos el goce sobre nosotros mismos, que identifican unas titularidades cuyo punto de partida y referencia es la personalidad misma. «Recaen», pues, sobre objeto especialísimo, cual es la persona humana o alguna de sus manifestaciones existenciales, de manera que superan el cómodo ámbito de la «patrimonialidad» (originalidad de la que participa toda prerrogativa o derecho que se ejerce sobre «persona»: cfr. DECOCO, A.: *Essai d'une théorie general des droits sur le personne*, Paris, 1960); y suman el hecho de que forman parte del sujeto activo, lo que acaba por poner a prueba el propio concepto de «derecho subjettivo» (bien se sabe, sin embargo, que, para mantenerlos dentro de este esquema, se apunta que el concepto de derecho subjettivo se maneja, en la crítica, sólo en su versión «patrimonialista», por lo que debe, previamente «despatrimonializarse» el concepto manejado, y la misma idea de «bien», que debería conectarse (LETE DEL RÍO: *Op. cit.*, p. 174) «no con que éste sea material o inmaterial y se encuentre dentro o fuera de la persona, sino con el interés que el bien representa para el sujeto».

Para lo que en el tema haya podido incidir la promulgación de la Constitución (sin perjuicio de otras publicaciones recientes, de enfoque más concreto o de menor extensión: vid., respectivamente, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Madrid, 1984, en particular, sus «conclusiones», pp. 171-178, y ROMERO COLOMA, A. M.: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Madrid, 1985) puede tomarse como punto de arranque la monografía de ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad. Derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia-Zaragoza, 1985. Su primer capítulo, dedicado al enfoque clásico, parte del trabajo de CASTÁN TOBEÑAS (1952) y considera hitos importantes los de DE CASTRO (1959), DIEZ DÍAZ (1963), DE ANGEL YÁGÜEZ (1974) y BELTRÁN DE HEREDIA (1976), mientras que, en la polémica «derechos»/«no derechos», alcanza una solución ecléctica, con apoyo sucesivo en las tesis de DE CASTRO y CARBONNIER (vid. su recapitulación, en pp. 41-43). Por lo demás, tras estudiar la civilística que se ha acercado al tema después de la Constitución, ROGEL VIDE viene a afirmar «que, en la consideración de los bienes y derechos de la personalidad desde una perspectiva estricta del Derecho civil —al margen de su conexión con las libertades públicas y derechos funda-

En suma, reafirmación de la persona, sí, mas con una dimensión nueva. El individuo —ha escrito Galasso desde una perspectiva post-moderna (137)— no aparece ya identificado tanto como centro, esencial, de intereses económica y materialmente definibles cuanto como centro de aspiraciones y querencias de orden psicológico, afectivo o moral; y, consiguientemente, reclama autonomía antes del no «ser hecho» que del «hacer» (138),

3. «¿Diversificación?»

Por lo que al **Concepto** hace y para completar los puntos anunciados, sólo nos resta **poner en plural** la mayoría de las aseveraciones que, respecto del Código y del Derecho civil hemos venido haciendo. Habría ahora que referirse a la coexistencia, ya no otorgada ni claudicante, de los distintos Derechos territoriales, forales o especiales (139).

mentales plasmados en la Constitución—, no se producen mutaciones sustanciales en la identificación de los problemas ni en las respuestas arbitradas» (p. 63), detectando «un cierto aislamiento, un cierto divorcio entre el tratamiento del tema por los autores que pudieran decirse dentro del Derecho público y el que los privatistas le asignan». Por su parte, y en el capítulo tercero, se propone e intenta demostrar «diferencias históricas en el nacimiento de los distintos términos estudiados; diferencias en el ámbito aplicable de cada uno de ellos; diferencias, en fin, relativas a la perspectiva, protección y garantías diversas que les son referibles, incluso cuando toman como punto de referencia un mismo objeto» (p. 17).

Tampoco falta la bibliografía reciente que aborda el tema desde la perspectiva de las «técnicas específicas de protección» de esta esfera extrapatrimonial. Vid., entre otros, GARCÍA MORRILLO, J.: *El amparo judicial de los Derechos fundamentales*, Madrid, 1985; OLIVER ARAUJO, J.: *El recurso de amparo*, Palma de Mallorca, 1986; TOMÉ GARCÍA, J. A.: *Protección procesal de los derechos humanos ante los Tribunales ordinarios (Constitución Española y Leyes de desarrollo)*, Madrid, 1987 —relación bibliográfica, pp. 229-247—, y VV.AA.: *Tribunales Constitucionales europeos y Derechos fundamentales* —trad. de la ed. francesa— (París, 1982) por L. AGUIAR DE LUQUE y M. G. RUBIO DE CASAS—, Madrid, 1984.

De las monografías italianas más recientes, puede tomarse como referencia a GARUTTI, M.: *Il diritto all'onore a la sua tutela civilistica*, Padova, 1985, que —no obstante el título— alcanza conclusiones generalizadas a otros derechos de la personalidad (vid., por ejemplo, las apreciaciones de las pp. 187-188).

(137) Si se quiere ampliar la referencia, ver GALASSO, G.: *Il diritto privato nella prospettiva postmoderna*, en «Temi della cultura giuridica contemporanea», cit., pp. 16-23.

(138) Vid. LÓPEZ JACOISTE, J. J.: *Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad*, en «ADC», 1986, p. 1063; donde explica, no obstante, la tendencia contemporánea a «pensar en dinero»: «Es sorprendente y aún paradójico —dice— que la aventura del ser, del afirmarse como persona, propenda a expresarse y recabar menuras pecuniarias, pero quizá ello se deba a que el dinero en las sociedades contemporáneas ha venido a ser a estos efectos la unidad convencional de cuenta; unidad abstracta, como un lenguaje, generalizable frente a todos.»

Sobre la «patrimonialidad de la prestación», entre nosotros y a partir del trabajo de Donisi, consúltese, MARTÍN PÉREZ, A.: *La «despatrimonialización» del Derecho civil y la patrimonialidad de la prestación*, en «RDP», 1986, p. 603.

(139) Si en algún tema no cabe alcanzar la exhaustividad en la cita bibliográfica, ese es el de los denominados «Derechos forales», ni antes del florecimiento debido a su tratamiento constitucional ni luego. Tómesese como «manual» de referencia, LA-

Es cuestión que permite un doble análisis. El uno parte de la idea de autonomía; el otro, de la realidad histórica. Si se desarrollaran ambos —cosa que aquí no parece oportuno y ya hemos hecho en otra ocasión (140)—, la conclusión debería ser ésta: «Los viejos Derechos forales —como dice Lacruz— son un antecedente de la Consti-

CRUZ: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., p. 83. Entre las publicaciones monográficas, las de los «Congresos» citados en nota 109, y los primeros tomos dedicados a las respectivas Compilaciones de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dir. por M. ALBALADEJO —EDERSA—; ARCE JANARIZ, A.: *Constitución y Derechos forales*, Madrid, 1987; FIGUERAS PAMIES, M.: *La Escuela jurídica catalana frente a la Codificación española. Durá y Bas: Su pensamiento jurídico-filosófico*, Barcelona, 1987; LASARTE ALVAREZ, C.: *Autonomías y Derecho privado en la Constitución Española*, Madrid, 1980; ROCA I TRIAS, E.: *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, Barcelona, 1982. Y, de los artículos, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I.: *Competencia de Navarra en materia de Derecho civil*, cit.; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R.: *Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «Estudios de Deusto», vol. 34/2, Bilbao, 1986, p. 303; CASAMITJANA I COSTA, J.: *El Dret civil català: Ara i vers el futur*, en «RJC», 1982, p. 803; CERDA GIMENO, J.: *Baleares ante el artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «RCDI», 1982, p. 1055, y *El proceso de adaptación constitucional del Derecho civil de las Islas Baleares*, en «RCDI», 1983, p. 1539; COCA PAYERAS, M.: *¿Nueva Compilación del Derecho civil de Baleares o modificación de la vigente?*, en «Cuadernos Fac. Der.», 12-1985, p. 77; DELGADO ECHEVARRÍA, J.: *Comentario al artículo 1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón*, en «Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón», dir. por J. L. LACRUZ BERDEJO, T. I, Zaragoza, 1988, pp. 99 y ss.; ELIZALDE Y AYMERICH, P.: *El Derecho civil en los Estatutos de Autonomía*, en «ADC», 1984, p. 389; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: *La materia civil desde el punto de vista competencial: algunas precisiones*, en «RJC», 1983, p. 181; GARCÍA AMIGO, M.: *La competencia legislativa civil según la Constitución*, en «RDP», 1983, p. 435; GAY ESCODA, J. M.ª: *La gènesi del Decret de Nova Planta de Catalunya*, en «RCJ», 1982, pp. 7 y 261; LACRUZ BERDEJO, J. L.: *El principio aragonés Standum est chartae*, en «ADC», 1986, p. 683; MASOT MIQUEL, M.: *El proyecto de revisión de la Compilación del Derecho civil de Baleares*, en «AC», 1986, p. 1641; DE PABLO CONTRERAS, P.: *Tres competencias de Derecho privado en el artículo 44 del Amejoramiento: Asociaciones, Fundaciones y Centros de contratación de mercaderías y valores*, en «RJC», 1987, núm. 3, pp. 28 y ss.; ROCA I TRIAS, E.: *La modernizació del Dret civil català*, en «RJC», 1985, p. 583; SALINAS QUIJADA, F.: *Algunas notas sobre el Proyecto de Ley Foral de reforma de la Compilación de Derecho civil o Fuero Nuevo de Navarra*, en «RGD», 1984, p. 1299; SALVADOR CODERCH, P.: *Interpretació necesaria. Materiales para la reconstrucción del título preliminar de la Compilación catalana*, en «RJC», 1983, pp. 801 y 1984, p. 7; *El Derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana*, en «RJC», 1984, p. 793; *La disposición final tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas*, en «ADC», 1984, p. 975, y *Constitución Española, Compilación catalana y Derecho supletorio. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985*, en «ADC», 1985, p. 745; SANCIÑENA ASURMENDI, C.; CARDENAL CARRO, R.; MARCOS GONZÁLEZ, M., y SANZ IRURETAGOYENA, J. M.: *La Constitución Española de 1978 y el Derecho privado Foral*, en «RJN», 1987, núm. 3, pp. 97 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P.: *Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución*, en «ADC», 1986, p. 1121, y SOTO NIETO, F.: *Especialidades legislativas, sustantivas y procesales en Cataluña. Alcance del artículo 9.1.6 y 8 de la Constitución Española*, en «RDP», 1984, p. 115.

(140) Nos referimos a la participación en el Seminario «Derecho privado y Constitución», impartido en el Colegio Universitario DOMINGO SOTO de Segovia y en el que me correspondió desarrollar el tema «La Constitución (y la historia) como condicionantes de la actual estructura del Ordenamiento civil», sesión, 4 mayo 1987 (trabajo inédito).

tución respetado y potenciado en ella, y no una consecuencia de las autonomías» (141).

En efecto, en la idea autonómica late, sobre todo, el convencimiento de que nuestra sociedad ha alcanzado, si no superado, el límite de centralización socio-políticamente soportable; de manera que la configuración de una sociedad más próxima a las necesidades humanas pasa por el retorno a unidades socio-organizativas más reducidas y fácilmente controlables (142). Pero, de ahí, únicamente se sigue necesariamente una *diversificada geografía jurídica* en el ámbito público; por más que se piense que, de ella, tampoco podrá sustraerse el propio Derecho civil (143).

Realmente, el límite de la excepcionalidad y el ejemplo de otros países sólo permite pensar la descentralización del Derecho civil en muy concretos sectores —caso alemán, de los arrendamientos urbanos— y a nivel prácticamente reglamentario o de desarrollo de bases unitariamente fijadas —caso, actual, de la concreción de la función social de la propiedad agraria en la Comunidad andaluza (144)—;

(141) Cfr. LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, 1-1.º, cit., pp. 86-122.

(142) KRONKE: *Progetti*, cit., p. 60.

(143) Así lo cree PERLINGIERI: *Scuole civilistiche*, cit., p. 83; y así puede propugnarse, a partir de la STS núm. 37/1987, de 26 de marzo, sobre la Ley de Reforma Agraria andaluza. De nuestros autores, debe traerse aquí a CAPILLA RONCERO, F.: *Propiedad privada y límites de la reforma agraria*, en «Temas Laborales», 4, 1985, pp. 9 y ss., donde señala que la Comunidades Autónomas que no tienen competencia en materia de Derecho civil no están privadas de la posibilidad de asumir competencias legislativas sobre cualquier cuestión que incida en las instituciones civiles, pues, de lo contrario, se vaciarían por esta vía los contenidos competenciales de tales Comunidades en importantísima medida.

(144) Es, ahora, imprescindible hacer una remisión a la ya invocada STC núm. 37/1987, de 26 de marzo, que desestima el Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley (andaluza) de Reforma Agraria —núm 8/1984, de 3 de julio—. Precisamente y como recuerda el Fundamento de Derecho octavo, uno de los motivos del recurso se fundaba en la vulneración de la competencia estatal exclusiva en materia de legislación civil ex artículo 149.1.8 de la Constitución Española, por no ser la Comunidad Autónoma en cuestión de aquellas en las que exista Derecho civil foral o especial. Sería de sumo interés el contenido completo del Fundamento de Derecho octavo, en su tenor literal y en el contexto de la Sentencia completa, en la medida en que se compulsa la competencia de Comunidades Autónomas sin Derecho civil propio para incidir en la regulación de institutos básicos —v. gr. arrendamiento, régimen sucesorio y fraude de ley—, pero nos ceñiremos a reproducir la conclusión según la cual la determinación autonómica de la función social de un tipo concreto de propiedad —urbana, mediante las competencias en materia de urbanismo y ordenación del territorio; y rústica, en virtud de las atinentes a la reforma y desarrollo agrario— no contraría la competencia exclusiva del Estado en materia de Legislación civil, entre otras razones, porque «en su vertiente institucional» no es —sólo— materia civil: «Así las cosas, resulta también evidente que si la Comunidad Autónoma andaluza es titular de una competencia específica para legislar en materia de «reforma y desarrollo en el sector agrario»..., dicha competencia incluye la posibilidad de legislar, asimismo, sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía».

No cabe, sin embargo, dejar de llamar la atención sobre la STS (sala 5.ª) de 6 de junio de 1988, que desestima el recurso de apelación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la correspondiente Sentencia de la Audiencia que había anulado el Decreto 276/1984, de 30 de octubre, o Reglamento para la ejecución de la Ley de

nunca en auténticos Derechos con pretensión de «complitud» pese a reconocerse insuficientes.

A favor del Derecho privado como necesariamente homogéneo sigue estando su concepción como Derecho común, y, por lo mismo, no fraccionable en Derechos territoriales completamente dispares; pero, sobre todo, su racionalidad, que postula el máximo de uniformidad, cuyo logro justifica y exige la unicidad de las fuentes de creación (145).

La singularidad de nuestro caso tiene explicación histórica, aunque ahora se refleje en la Constitución y aproveche los cauces autonómicos. Nuestros Derechos «forales» habían alcanzado ya el reconocimiento de su función de Derecho común en sus respectivos territorios, si bien no lograron sustraerse a la cura de racionalización que la Compilación les exigía en aras de la proyectada unidad del Derecho civil.

Es mérito (primero, de la Reforma del Título Preliminar del propio Código civil, y, ahora) de la Constitución haber fallado, conforme a la Historia, este pleito centenario, casando —al menos— tres siglos de pendiente uniformizadora.

La ejecución llevará tiempo. Tampoco parece fácil encontrar acuerdo doctrinal sobre la medida exacta de la nueva orientación. Pero ya van destilándose conclusiones de principio. Y, entre otras, éstas:

— Que para los Derechos forales, habiéndoseles reabierto la fuente de su renovación, se ha cerrado el ciclo posible de restitución de su naturaleza originaria (146).

— Que todas las Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas giran en torno a la norma constitucional y conectan directamente con ella, de manera que no pueden interferirse entre sí. El camino entre unas y otras es ruta que pasa siempre por la Constitución (147).

— Que, en fin, siendo los Derechos «forales», o mejor «especiales», una parte del ordenamiento nacional, no pueden por menos de influir en la propia interpretación del Código, cuyos dogmas y principios relativizan al aducir como igualmente válidos y justos en alguna parte del territorio español, principios y regulaciones distintos y aun

Reforma Agraria: «Aunque las Comunidades Autónomas tengan competencia no sólo en relación con los aspectos organizativos, insita en la autonómica de autoorganización, sino incluso en orden a la definición de los supuestos legitimadores de la expropiación, mediante la declaración de las causas **expropiandi**, es evidente, en consecuencia con todo ello, que la aprobación del Reglamento, en cuanto desarrolla normas estatales garantizadoras de los derechos de los ciudadanos en el orden procedimental y patrimonial, exigía en todo caso el previo dictamen del Consejo de Estado».

(145) GALGANO: *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, cit., pp. 56-57.

(146) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, I-1.º, cit., p. 118.

(147) FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, F.: «**Contestació**» a E. ROCA I TRÍAS: *L'estructura de l'ordinament civil espanyol*, cit., p. 65 (en la misma publicación, y en «RJC», 1983).

opuestos a los suyos (148), propiciando el argumento —ya desvelado por el Tribunal Supremo— de la llamada «analogía interregional» (149).

(148) LACRUZ: *Elementos de Derecho civil*, volumen y lugar citados.

(149) Nos referimos a la conocida Sentencia del Tribunal Supremo sobre las posibilidades de que un albacea, en el régimen de Derecho común, otorgara la escritura de adopción que no pudo concluir el causante: fecha, 6 de febrero de 1982; comentarios: MARTÍNEZ CALCERRADA, L.: *¿Pueden adoptar los albaceas?*, en «La Ley», 1982-2, p. 903, y MORENO FLÓREZ, R. M.^a: *La adopción póstuma*, en «La Ley», 1983-3, p. 693.