

---

---

JOSE ANTONIO DORAL  
MIGUEL PASQUAU LIAÑO  
(Universidad de Granada)

## Unidad y pluralidad en el derecho civil

### I.—PLANTEAMIENTO

Hasta una época relativamente reciente solía identificarse el Derecho civil con el Código civil, atribuyendo a aquél los méritos y los deméritos de éste. Pero el ideal codificador —que unos mismos Códigos rijan en la península— cambia en nuestros días de signo al distinguirse, con matices no sólo jurídicos, entre unidad del Derecho civil y uniformidad de textos de instituciones. Mientras que a todas luces la unidad del Derecho civil se presenta como una conquista de los tiempos, la diversidad legislativa adquiere ahora una impronta acorde con una Administración menos absorbente.

Al socaire de la estructura y del significado del Código civil surgieron las clasificaciones más generalizadas de la ciencia del Derecho privado, llegando a asumir un carácter dogmático lo que eran simples distingos de escuela. No obstante, la acción depuradora del tiempo y la aplicación técnica del Derecho civil ha contribuido a dar a esas distinciones lógicas un valor de configuración jurídica, el sedimento del reposo al serenarse las corrientes. Así se explica que en Derecho civil cada «concepto» sea en su origen la solución formalizada de un problema, de un conflicto de interés, y que el mismo concepto conserve validez tiempo después de que aquel problema —ya resuelto— sea irrepetible. El concepto de Derecho civil que responde todavía al problema histórico a que dio lugar la publicación del Código civil tiene validez formal para

contraponerlo al que en nuestros días se alumbró, pero no puede olvidarse el arrastre de concepciones lejanas de la problemática actual. En este sentido, el Derecho civil es un Derecho conservador, a lo que coopera su armadura lógica, pero siempre progresivo porque su materia es tan cambiante como el objeto formal: la vida privada de los particulares.

## II. INTRODUCCION

El liberalismo decimonónico, el racionalismo codificador y el positivismo formalista son los tres pilares filosóficos básicos que constituyen lo que podemos llamar «filosofía jurídica» de nuestro Código civil. Dichos pilares no sólo han sido puestos en entredicho, sino que hoy día están fuertemente desacreditados. Si a esto añadimos el hecho de que la vida social y económica ha evolucionado de tal modo que desborda absolutamente las necesidades jurídicas que intentó cubrir el Código, podemos afirmar, como punto de partida de nuestro trabajo, y sin temor a equivocarnos, que el genuino espíritu del Código civil ha quedado desplazado tanto de su misión histórica como de la sociología moderna; que ese Derecho civil «no marca la hora de su tiempo». Lo que permanece es, cabría decir, un mero «residuo histórico».

Se trata, sin embargo, de un «residuo histórico» que no ha quedado relegado a la categoría de «pieza de museo», ya que aún constituye materia de estudio en las Universidades, sigue condicionando en buena medida la vida jurídica actual y continúa informando, con su estructuración dogmática y con sus principios básicos (un determinado modo de concebir la persona y su libertad, la propiedad, la familia y sus relaciones, etc.), todo nuestro ordenamiento jurídico, lo cual plantea importantes problemas que intentaremos poner de manifiesto.

Las nuevas concepciones jurídico-políticas, las nuevas necesidades del tráfico jurídico actual, la creciente pujanza del Derecho Foral, más influyente en las últimas reformas del Código que éste sobre los territorios forales, las nuevas orientaciones sociales que van configurando un «orden público» con un sesgo diferente al decimonónico (véase, como ejemplo, la resolución de 6 de abril de 1979), la nueva configuración de las relaciones familiares, el carácter innovador de la legislación especial civil en nuestro ordenamiento, las escasas pero constantes reformas operadas en el Código desde su promulgación, la trepidación

experimentada por las instituciones básicas del mismo, la progresiva disgregación de materias jurídicas que han ido internacionalizándose (Derecho mercantil) o administrativizándose (Derecho laboral, propiedad urbana, etc.), y otros factores de este género, todos ellos manifestación de una situación de «crisis» en el auténtico sentido del término, nos van poniendo cada día más difícil la tarea de definir qué es lo que auténticamente constituye el Derecho civil, y nos van haciendo dudar incluso, cada día más insistentemente si es que realmente tiene sentido seguir hablando hoy de «Derecho Civil» como algo más que un tronco común tradicional e histórico de todo el Derecho, y plasmado hasta nuestros días en un texto legal (el Código civil) repetidamente calificado de «reliquia» y de «anacrónico» por juristas y profesionales del Derecho.

Constituye el objeto del presente artículo el descubrir la «filosofía», es decir, la ideología jurídico-política subyacente en nuestro Código civil, y compararla con la «filosofía» del actual Derecho Civil, intentando, asimismo, encontrar el nervio definidor de dicha rama jurídica ante el fenómeno desintegrador que ha sufrido en su evolución.

Para ello, consideramos conveniente analizar en primer lugar las tres notas que clásicamente caracterizan el Derecho civil como «Derecho privado» (frente al Derecho público), «Derecho común» (frente al Derecho foral y especial) y «Derecho general». A continuación, un estudio de los principios informadores de las instituciones básicas de nuestro Código, haciendo referencia a la evolución filosófica, sociológica y legal antes indicada, y a los problemas que el «anacronismo» de nuestro Código plantea en esa triple línea de evolución.

### III. EL DERECHO CIVIL

«Lo que llamamos hoy Derecho civil no es otra cosa que una muestra o una forma, *históricamente condicionada*, de estudiar una parte o un sector del ordenamiento jurídico» (1). Después, la «inercia jurídica» se ha encargado de perpetuar dicho término, desconectado de sus orígenes históricos y etimológicos, agrupándose bajo una misma etiqueta un conjunto de materias jurídicas heterogéneas (Derecho de la persona, Derecho patrimonial, Derecho de familia, de sucesiones, etc.).

(1) DÍEZ PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, tomo 1.º, Madrid, 1981.

Lo que importa, naturalmente, no es cambiar o conservar el término. Se trata de analizar lo que hay debajo de dicha etiqueta: apreciar cuál es la situación actual y la «misión histórica» de aquello a lo que, propia o impropriamente, llamamos «Derecho civil»; si tiene sentido seguir agrupando estructural y dogmáticamente materias tan heterogéneas; si queda algo, en la actual ciencia jurídica de aquel Derecho «privado, común y general» que, en definitiva, cristalizó en el Código civil aún vigente, el «Código de leyes» que nació con pretensiones de reglamentar los aspectos fundamentales de la vida jurídica.

No insistiremos en el carácter histórico del concepto «Derecho civil», remitiéndonos a cualquier otro estudio en cuanto a su evolución en el tiempo, desde la época del «*ius civile*» romano hasta nuestros días. Nos situamos directamente en los siglos XIX y XX, y pasamos a analizar las características o notas clásicas del Derecho civil, bajo una perspectiva actual.

#### 1) EL DERECHO CIVIL ES DERECHO PRIVADO

El hecho de calificar al Derecho civil como Derecho privado supone dar por válida la distinción entre dos sectores del ordenamiento: el público y el privado. Dicha distinción es ahora y lo fue antes uno de los puntos más controvertidos, en que la polémica se hace siempre ardorosa y persistente. El problema se agudiza porque subyace en él un enfrentamiento de doctrinas políticas e incluso económicas, de tal modo que la cuestión no es exclusivamente jurídica. De ahí el interés que para nosotros tiene fijar bien los términos de la histórica contienda: ¿que se debate?, ¿por qué se debate? y puntualizar luego los diversos aspectos del problema que se discute.

La cuestión, indudablemente, no es vana ni desde una perspectiva científica ni práctica. Desde el punto de vista científico, la distinción entre el Derecho público y privado puede calificarse de «clave de la ciencia jurídica» o de «distinción por antonomasia». Y, desde el punto de vista práctico, porque incide en la aplicación de las normas y puede decidir los tribunales que habrán de conocer de un determinado asunto, según se considere de Derecho público o privado (2).

(2) Cfr. F. DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, Madrid, 1955.

Doctrinalmente, se han formulado diversas posiciones al respecto, tomadas como ocasión para volcar en ellas una determinada filosofía. Estas posiciones suelen clasificarse en tres grupos:

A) *Doctrinas dualistas*

Esta corriente afirma la división del Derecho objetivo en dos grandes y separables sistemas: público y privado. En esta línea se han intentado diversos criterios de distinción, atendiendo básicamente al sujeto de las relaciones jurídicas, al interés tutelado y a la protección o tutela de esos intereses.

a) Con relación al sujeto, afirman los dualistas que en las relaciones de Derecho privado éste se mueve en un plano de igualdad (igualdad formal, desde luego), mientras que las relaciones de Derecho público se sitúan en un plano de subordinación.

b) Respecto del interés, consideran que en las relaciones de Derecho privado aquel interés es particular, mientras que en las relaciones de Derecho público es general.

c) Por lo que respecta a la tutela de esos intereses, las normas de Derecho público son inderogables por voluntad de los particulares (3).

En nuestra opinión, dichas doctrinas dualistas son fruto del liberalismo individualista del siglo XIX, que pretendió, como uno de sus máximos objetivos, el preservar un ámbito «privado», una esfera individual intangible, que escapase al poder del Estado. De esta forma, el campo del Derecho privado es el del interés individual, la libre disposición, las relaciones de igualdad... En definitiva, las relaciones propias del «estado de naturaleza», de que tanto hablaron los filósofos racionalistas.

En consecuencia, habría un Derecho privado, el reino de la libertad y la propiedad considerados casi como un «prius» al Derecho, y un Derecho público cuya misión consistiría en garantizar las relaciones privadas. Puede resultar ilustrativo transcribir un texto de Solari: «la codificación responde en la esfera del Derecho privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en la esfera del Derecho público; y así como éstas estaban dirigidas a garantizar las li-

(3) *Privatorum pactis jure publico mutari non potest.*

bertades políticas de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado, así también las codificaciones tenían por fin *asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las ingerencias indebidas del poder político*. El movimiento de emancipación política no podía ir separado del movimiento de emancipación civil: las constituciones y los códigos resumen ambos movimientos».

En definitiva, las concepciones dualistas tienen como denominador común una perspectiva individualista del Derecho que ampararía el egoísmo individualista mal entendido como motor de la autonomía privada y reduciría el campo del Derecho privado, relegado al margen estricto de los intereses particulares. Esta misma concepción pesimista inspira a quienes consideran el Derecho público como «más progresivo» que el Derecho privado, convirtiendo una categoría lógica de distinción en un artificio dialéctico: una alternativa.

#### B) *Doctrinas pluralistas*

Coinciden sus sostenedores en que la distinción entre Derecho público y Derecho privado es formal y entorpecedora. Formal, porque, para ellos, los criterios únicamente válidos para fundamentar una distinción en el seno del ordenamiento jurídico serían los de bloques de materias; así, en vez de Derecho público y privado, hay Derecho del trabajo, Derecho de la familia, Derecho urbanístico, Derecho económico, Derecho penal, Derecho bancario, etc.

Entorpecedora, porque muchas de las «materias» aludidas (como el Derecho del trabajo) chocan con la distinción, en el sentido de que se cruzan en ellas orientaciones, normas y principios de Derecho público y de Derecho privado.

#### C) *Doctrinas negativas*

Niegan la distinción en base a la unidad esencial del Derecho. El ordenamiento es único, coherente y homogéneo, sin que quepan en él secesiones o distinciones, por ser única su fuente (el Estado), único su fundamento (el poder estatal) y única su manifestación (la ley estatal). Su filosofía suele ser la concepción del Derecho como instrumento del poder establecido, lo que llevaría a justificar el totalitarismo estatal. En el fondo, se trata de una maximalista óptica de la eficacia.

D) *Doctrina ecléctica*

La opinión más generalizada en la actualidad, destaca la unidad esencial del Derecho —la garantía del orden justo— que permite, sin embargo, establecer una *distinción* sin que, por su valor clasificador, suponga *contradicción* o *contraposición*.

Concluyendo, damos fe de la vigencia actual de la clásica distinción entre Derecho privado y Derecho público, desde un punto de vista dogmático, docente e incluso práctico, como antes dijimos, si bien con una perspectiva distinta; es tarea difícil definir el criterio distintivo entre uno y otro sector y, de hecho, múltiples autores han ido poniendo objeciones, con éxito, a todos y cada uno de los criterios que doctrinalmente se han propuesto. Lo que sí está claro, y con ello nos basta para el presente estudio, es que «*intuitivamente*» cualquier jurista distingue, dentro del ordenamiento jurídico único, coherente y homogéneo, un conjunto de normas que tienden a regular las relaciones entre los particulares y la situación jurídica del individuo (normas en las que, por razones históricas y también lógico-jurídicas se otorga especial operatividad a la autonomía de la voluntad, libre disponibilidad e iniciativa privada), y otro conjunto de normas (cuyo volumen e importancia creció definitivamente con el paso de la teoría liberal al Estado intervencionista) que tiende a someter a Derecho la actuación de los órganos públicos como tales y en las que, por el contrario, se imponen los principios de necesidad, actuación de oficio y principio de legalidad muy reforzado.

A raíz de esta distinción intuitiva y poco perfilada, surge un problema de «calificación», o inserción en una u otra categoría, de las distintas ramas del ordenamiento, e incluso de cada norma en concreto. Y así, si tradicionalmente se ha afirmado casi unánimemente que el *Derecho civil es Derecho privado* y que el Derecho administrativo es Derecho público, hay otras materias de difícil encuadramiento, como el Derecho laboral o el Derecho agrario o el urbanístico. A esto hay que añadir que materias tradicionalmente estudiadas y normativizadas desde una óptica privatista, se les da actualmente un enfoque legal y doctrinal más publicista. Es el fenómeno denominado «administrativización del Derecho civil», o más genéricamente, «publicación del Derecho privado», que suele entenderse como constante y progresivo cercenamiento de las fronteras del Derecho privado, y que responde a la creciente intervención de la Administración en el «sector privado», con impor-

tantes implicaciones jurídicas, al ampliarse la esfera de acción pública y de control.

Pero ha de advertirse también el fenómeno opuesto que —a sensu contrario— podemos calificar de «privatización del Derecho público», en la misma medida en que la Administración se «civiliza», y se atiende a la gestión privada de intereses públicos, contratación administrativa, expropiación privada de intereses públicos, etc. En definitiva, lo que se detecta es una *aproximación* entre ambos sectores tradicionalmente aislados.

Una concepción pluralista del Estado y, sobre todo, una visión social del hombre, de la libertad individual y social, pone como centro de referencia la tutela de la persona humana y de sus intereses esenciales, por lo que tanto la «alternativa» entre público-privado como la identidad se rechazan por perder de vista la *complementariedad* y las articulaciones entre ambos. La dicotomía, de otra parte, se hace más difusa al distinguirse dentro del Derecho público, el público político y el público social.

En una concepción pluralista, pues, recogida de la Constitución, el individuo no se anula en el Estado ni se contrapone a él, sino que realiza su personalidad en comunidades sociales siempre más amplias: familia, escuela, trabajo, partido político, sindicato, etc. (4).

## 2) EL DERECHO CIVIL ES DERECHO COMÚN

La característica propia del Derecho civil, lo que le confiere su peculiar fisonomía dentro del Derecho privado (puesto que no todo Derecho privado es Derecho civil) es su carácter de «Derecho Común». Como tal, no tiene límites precisos, pero sí puede señalarse una doble referencia:

a) Presta la base dogmática a todo el Derecho no estrictamente político. En el Derecho civil se encuentran los llamados «arquetipos» del razonamiento jurídico. Su inveterada tradición y la consolidación científica de su estructura y su técnica institucional, atribuyen al De-

(4) «*La dimensione sociale nell'alternativa tra il pubblico ed il privato*». Refiriéndose al ordenamiento italiano, dice A. Amorth que la visión social del hombre fundada sobre la participación y valoración de la persona humana tiende a superar la contraposición entre el público y privado. Vid. *Rassegna di diritto civile*, n.º 2, 1980, pág. 588.

recho civil un cierto papel de contraste, de piedra de toque para medir la consistencia de cualquier argumentación técnico jurídica.

Así se explica que su parte general comprenda el estudio de nociones que rebasan el ámbito propio del Derecho civil, y que sea precisamente el Código civil el único de los Códigos que viene precedido de un título preliminar, comprensivo de las fuentes de Derecho y aplicación de las leyes en general: «De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia».

b) Si el Derecho civil constituye el núcleo originario de todo el Derecho, el tronco común del que han ido desgajándose las distintas materias jurídicas, sus principios (los del «ius civile») conforman básicamente los llamados «principios generales del Derecho», irradiando —por un mínimo de coherencia sistemática y lógica— fuerza expansiva a esas otras ramas del ordenamiento jurídico (Derecho mercantil, laboral, económico...).

Antes de seguir, es preciso hacer unas precisiones terminológicas en torno al vocablo «Derecho común», debido a que se entrecruzan en él consideraciones *históricas* y *lógico-jurídicas*.

El término «ius commune» se utilizaba en la Edad Media para designar el Derecho que se aplicaba supletoriamente en todo el Imperio, para cubrir las deficiencias de los derechos particulares. En este sentido, y originariamente, la acepción «Derecho común» estaba constituido por el «Ius civile» (que no era otra cosa que el Derecho romano) y el «Ius canonicum». Desde esta perspectiva histórica, hablamos del *Derecho civil como Derecho común*, en tanto que es el *sucesor* o el *consecuente* de aquel «ius commune» medieval, es decir, el tronco jurídico que recoge y transmite hasta nuestros días los principios tradicionales del pensamiento jurídico (v. supra, pág. 13), si bien presenta importantes diferencias con aquél, hasta el punto de que el calificativo de «Derecho común» aplicado a nuestro Derecho civil podemos considerarlo como una especie de «título nobiliario», ya que con la ruptura de la unidad del imperio se produjo el fenómeno de la *nacionalización* del Derecho civil (algo así como una disgregación del «ius commune» en Derechos comunes nacionales o particulares, si se acepta el contrasentido), siendo además distinto su contenido, pues no será ya el Derecho romano, sino unos Derechos civiles «de nueva planta», si bien nunca desprendidos de su herencia romanista.

Desde una perspectiva lógico-jurídica y más actual, el término «Derecho común» es también equívoco, ambivalente, en tanto opuesto al Derecho especial y al Derecho foral. Esta dualidad podría simplificarse considerando el Derecho foral como un Derecho propio por la razón del ámbito territorial de aplicación, habiendo entonces un Derecho especial territorial, y un Derecho especial material, no necesariamente tributarios de un único Derecho común (el Código civil). Se oponen los foralistas a la consideración del Derecho foral como Derecho especial, porque constituye el «Derecho común en los territorios forales», lo cual supone *considerar como «Derecho común» no al «Código civil», sino al Derecho civil en general*; es decir, seguir un criterio de coherencia institucional. En esta línea parece ir la sentencia de 28 de junio de 1968 del T. S., en la que se hace patente el problema de la polivalencia del término «Derecho común»:

«Al referirse el artículo 50 del Código de comercio (Derecho especial por razón de la materia) a las reglas generales del derecho común para regular la capacidad de los contratantes, es indudable que estas reglas son las constituidas por las del Código civil que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial (por razón del territorio) de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, *tanto si están en el Código civil como en el Derecho regional*, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda de que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su compilación.»

El carácter de «Derecho común» atribuido al Derecho civil le ofrece una especial relevancia respecto del ordenamiento jurídico general, a un doble nivel:

a) Por la «*vis atractiva*» de lo común sobre lo especial, lo cual no supone una «reabsorción» de materias, sino tan sólo una fuerza expansiva de los principios del Derecho civil (¿o del Código civil?), que se considerarán «informadores» de todo el ordenamiento, y tendrán incluso la consideración de «fuentes» del Derecho español (art. 1 C.c.). Esto, en definitiva, no es más que expresión, en el campo jurídico de la regla lógico-filosófica según la cual «A la parte se le aplican los principios del todo».

Conviene hacer referencia aquí al hecho de que si es cierto que el Derecho especial procede del Derecho común y suele ir por necesidades

mínimas de coherencia, en consonancia con sus principios, no es menos cierto que el Derecho especial, como exponente de nuevas tendencias y como «avanzadilla» del Derecho frente a la realidad social cambiante, revierte a su vez sobre el Derecho común. De una forma expresiva, Ascarelli se refiere a este fenómeno diciendo que «el Derecho especial muere en el momento de su mayor triunfo: cuando los principios jurídicos elaborados por él ingresan en el ámbito del Derecho común».

b) La *aplicación subsidiaria o supletoria* del Derecho común. Lo específico prevalece sobre lo genérico (o dicho en términos jurídicos: «la ley especial deroga la ley general»), pero el Derecho común está detrás del especial, cubriendo sus lagunas y deficiencias (V. art. 4,3 C.c.), Son muy frecuentes, además, las remisiones expresas que las leyes especiales hacen al Código civil (o incluso, literalmente, al «Derecho común», como el art. 50 del C. de Com. a que se refiere la sent. de 28-6-78 antes aludida). Y en este mismo sentido, no debe olvidarse que el Código civil (en tanto Derecho común por razón del territorio) se aplica supletoriamente en los territorios forales, en las materias no reguladas por sus compilaciones.

Las cuestiones jurídicas más importantes que en la actualidad se plantean en torno al Derecho común son las siguientes:

a) Si se tiende a una canalización del Derecho civil, diluido en los derechos especiales por razón de la materia.

b) La nueva ruta del Derecho civil español en el Estado de las Autonomías del art. 149,8 de la Constitución: ¿Tiene sentido hoy y ahora un Código civil general? ¿Se tiende, por el contrario, a una regionalización del Derecho civil, o sólo persistirán los Derechos civiles «históricos»: «allí donde existan», esto es, conforme a la doble referencia de lugar (territorialidad —«allí»—) y tiempo (vigencia —«donde existen»—).

Respecto del primer problema, acaso sea todavía opinión mayoritaria la de propugnar un Código civil general que incluyese:

- Los principios generales del Derecho.
- Las nociones jurídicas básicas, en el ámbito privado.
- Las instituciones fundamentales del Derecho civil.

De esta forma, el Código civil cumpliría su función de núcleo del ordenamiento jurídico-privado, dejándose para la legislación especial complementaria el desarrollo concreto de cada una de las instituciones, siempre en completa armonía con el Código. En definitiva, esto no supondría más que poner en orden el panorama jurídico-privado, que tanto urge de una actualización en este sentido.

No es conveniente, a nuestro juicio, la desintegración del Derecho civil, por la misma razón que las especialidades médicas (cardiología, reumatología, nefrología) nunca podrán desplazar al médico general de su misión integradora, con su «visión de conjunto» respecto del organismo humano, y en perfecta coordinación con dichas especialidades sectoriales. El Derecho civil debe reivindicar su *carácter nuclear y central* respecto del ordenamiento jurídico, sin dejarse «arrinconar» por los Derechos especiales, que tan sólo contemplan al «enfermo» (la vida jurídica) de una forma particularizada. La perspectiva de conjunto que el Derecho civil puede y debe asumir, es ineludible para la construcción de un sistema jurídico coherente. En este sentido, puede decirse que si bien la Constitución ocupa la cúspide, el lugar más alto en ordenamiento jurídico, el Derecho civil debe situarse en la médula, en el centro.

En cuanto a la configuración del Derecho civil español de cara al Estado de las Autonomías que la Constitución prevé y ya se está construyendo, hay que tener en cuenta, sintéticamente, lo siguiente:

- a) Que el Derecho civil, por su carácter histórico de Derecho común, y por su relevante función nuclear dentro del ordenamiento, como acabamos de afirmar, es materia difícilmente traspasable a la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas, salvo en aspectos particularizados que, por ende, correspondería a una legislación especial que escaparía del Código civil general del que hemos hablado como deseable.
- b) Que los Derechos forales, *históricamente consolidados*, han de respetarse en su integridad, por constituir un patrimonio cultural y jurídico de determinadas comunidades o zonas territoriales, cuya violación supondría un grave error, una «extirpación» antinatural y una exorbitada manifestación de una concepción estatista del Derecho.
- c) Que, no obstante, dichos Derechos forales tienen un cierto carácter de «especialidad» por las dificultades a que dan lugar los problemas

de Derecho interregional, con el juego de *relaciones e interferencias* mutuas, lo que obliga a regular de una forma clara y unitaria dicha interacción, y justifica la imposición de límites a la competencia legislativa de los órganos de las Comunidades autónomas en materia civil.

En definitiva: respeto y protección de los Derechos forales históricos (y no sólo desde una perspectiva foralista unilateral, sino por la riqueza que dichos Derechos aportan al Derecho civil español, en general), y desconfianza respecto de unos eventuales «Derechos civiles regionales» de nueva creación.

Concluyendo, consideramos que no queda excluida la pretensión de un Código civil de *carácter nacional*, en cuanto a su aplicación (directa y/o subsidiaria) en todo el territorio del Estado. O, lo que es lo mismo, un Código civil común, pero tampoco queda excluida otra forma de «conservación, modificación y desarrollo» del Derecho civil por cauces distintos de un Código civil «virtualmente aplicable» a todo el territorio del Estado español.

### 3) EL DERECHO CIVIL ES DERECHO GENERAL

Igualmente equívoco es el término «Derecho general»; de hecho, muchos autores entienden por Derecho general lo que nosotros hemos denominado «Derecho común».

Puede decirse, desde nuestra óptica, que el Derecho civil es Derecho general en el sentido de que abarca en su conjunto la persona y sus intereses esenciales. En efecto, si repasamos las instituciones del Código civil, podemos comprobar que los tres ejes fundamentales son: la persona, la familia y el patrimonio, lo cual configura al Derecho civil como «Derecho *social* por excelencia», lo que es natural, dado que, siendo el Derecho de la persona, contempla a ésta no sólo en su consideración individual (nacimiento, muerte, ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes), sino también en el desenvolvimiento de su «libertad *social*» (elección de estado civil, ciudadanía, domicilio, vecindad, relaciones familiares, etc.).

El Derecho civil «clásico» atendía de modo especial esa esfera personal en la vertiente individual. Acaso por eso, en la actualidad se muestra incapaz de abarcar la complejidad de las nuevas convulsiones económico-sociales y así se explica que se anuncie un Derecho civil más en

consonancia con el realmente vivido, que excede de los cuadros, las sistematizaciones, y, en definitiva, los rígidos postulados clásicos.

#### IV. FILOSOFIA DEL CODIGO CIVIL

Ya hemos tenido ocasión, con motivo del análisis del Derecho civil como Derecho privado y Derecho común, de descubrir algo de la filosofía jurídica subyacente en nuestro Código. Nos queda ahora apuntar algunas consideraciones en torno al propio contenido material del Código, testimonio aún vivo de unos principios que han perdido, ciertamente, buena parte de su vigor y su actualidad.

Como obra del espíritu humano, el Código civil se gestó en una circunstancia histórica de la que no podemos aislarlo para su estudio. Las concepciones filosóficas dominantes, y el estado de la ciencia jurídica en aquella época (finales del siglo XIX) determinaron su contenido, por más que el racionalismo codificador, confiado en la universalidad de la lógica y la razón humana y jurídica, pensase que sus producciones pudieran ser eternas, o lo que es lo mismo, «ahistóricas». El formalismo podrá codificar, reordenar, sistematizar y estructurar con criterios de lógica jurídica, pero el material objeto de codificación, el *contenido* del Derecho lo aporta fundamentalmente la experiencia jurídica, la voluntad política y la filosofía dominante en un momento histórico concreto, de manera que el Derecho presenta como nota fundamental el carácter de *historicidad*. Y de este postulado ha de partirse.

No debe olvidarse, por otra parte, que un momento histórico integra en sí todo un pasado que lo configura y condiciona. De esta forma, el Código civil, siendo expresión del siglo XIX, lo es también de toda una tradición jurídica española, de tal modo que se ha podido decir de él que es un «Código tradicional», puesto que «se limita a conservar el Derecho nacional dándole la forma doctrinal correspondiente a su época».

Como ejes de la filosofía jurídica subyacente en el Código civil, empaçada del liberalismo conservador e individualista, podemos señalar los siguientes:

- Una determinada forma de entender el individuo.
- Una determinada forma de entender la libertad.

- Una determinada forma de entender la propiedad.
- Una determinada forma de entender la familia.

## 1) INDIVIDUO

La principal exigencia jurídica del liberalismo quizá fuese el reconocimiento de una esfera privada del individuo frente al Estado, quien debería abstenerse de interferir en su desenvolvimiento. Esta doctrina se basa en las teorías del «estado de naturaleza» y el «contrato social»: lo primero es el individuo, aislado, el cual, libremente, acepta un compromiso con otros individuos de mutuo respeto y mutua colaboración, de forma que el Estado, producto de ese «contrato social», nunca comprometería el ámbito personal de cada individuo; tan sólo lo garantizaría, y sólo así se justifica la existencia del Derecho, y del propio Estado.

Supone un avance en el sentido de considerar a la persona como un «*prius*» respecto del Derecho, lo cual constituye un dato progresivo, si tenemos en cuenta que en aquella época comenzaban a adquirir relevancia los «derechos de la persona humana», más allá del Derecho positivo, y como reacción a un Estado absolutista.

Lo que ocurre es que con el Positivismo jurídico, frente a este concepto «filosófico», de persona, se fue imponiendo un concepto jurídico, que convirtió al individuo en mero centro de imputación de normas, es decir, como «sujeto de relaciones jurídicas, titular de derechos y obligaciones»; es decir: un «*posterius*» respecto del Derecho un «concepto destinado a unificar una pluralidad de deberes, de responsabilidades o de derechos subjetivos», de forma que el individuo interesó tan sólo como «punto de referencia de las normas», y no como «razón primordial de la existencia y del sentido del Derecho». La naturaleza y la dignidad del hombre pierden así relevancia jurídica.

Al lado de este aspecto progresivo (anulado, como decimos, por el positivismo jurídico), dicha concepción contiene aspectos que hoy pueden considerarse como *entorpecedores* del propio desarrollo de la persona en sociedad, ya que se ignora deliberadamente la dimensión social del individuo integrado en comunidades, grupos y asociaciones (distintos de la familia y del Estado), de forma que no se regula satisfactoriamente su articulación en dichos grupos. También es entorpecedora la concepción negativa del Estado que conlleva la teoría liberal.

## 2) LIBERTAD

A una determinada forma de concebir la persona o el individuo, corresponde un modo paralelo de entender su libertad. Y así, siguiendo la argumentación anterior, cabe considerar la libertad desde un doble plano:

a) Como atributo propio de la persona humana, previo e incluso oponible al Estado y al Derecho.

b) Como «concesión» del Derecho, que otorga un margen de actuación al individuo.

No es irrelevante esta distinción, porque da paso a la dualidad fundamental, entre *libertad formal y libertad material*, punto clave en el repertorio de problemas de la ciencia jurídica actual: el reconocimiento por parte del Derecho de la libertad del individuo no asegura ni garantiza la libertad real o material de dicho individuo, si no existen unas condiciones previas que posibiliten el ejercicio de esa libertad.

De otra parte, al igual que hemos criticado el olvido de que nuestro Código civil adolece respecto de la dimensión social de la persona, corresponde ahora afirmar que la libertad configurada en el mismo Código es una libertad individualista, más cerca de la persecución de intereses exclusivamente personales que del ejercicio de una solidaria libertad social. El Código civil contempla individuos aislados, que ejercitan libertades «*de fuera a dentro*» (hacia sí mismos, hacia sus propios intereses), y no «*de dentro afuera*» (mediante un sistema de coordinación de voluntades e intereses). El Derecho, de esta forma, está tan sólo para regular los *choques* entre las distintas libertades, más que para *armonizar* el ejercicio de las mismas. El «pacto» (encuentro de dos libertades) se configura más como disputa que como cooperación responsable...

Las manifestaciones jurídicas de esa «libertad civil», en el Código, son primordialmente:

- La libertad de pactar: (1255).
- La libertad de testar: (658).
- La libertad de capitular: (1315).

Estas tres facetas no son sino los tres lados del «triángulo», cuya área denominamos «Autonomía de la voluntad».

Este principio supone el reconocimiento de la potestad de los particulares de autorregular sus relaciones principales, y es el corolario principal de la «libertad civil».

Como límites a dicha libertad de pactar, el artículo 1.255 de nuestro Código civil señala «la ley, la moral y el orden público»; en cuanto a los dos últimos, difícilmente podrán condicionar por sí solos la libertad civil, ya que son conceptos ambiguos, relativos y cambiantes, de modo que su relevancia jurídica *directa* (y no así la indirecta) queda condicionada a que se positivicen en forma de ley. De esta forma, y gracias a una simplificación, sólo la ley puede constituir un límite a la autonomía de la voluntad; y aún cabe una precisión más, puesto que habría que distinguir entre *ley imperativa* y *ley dispositiva*, la cual únicamente es aplicable si no hay pacto en contrario, o sea, si no la rechazan los particulares. Así, sólo las leyes imperativas prevalecen sobre la autonomía de la voluntad, con lo que el Código dio amplios poderes a los particulares para autorregular sus propias relaciones. No obstante, como veremos, el intervencionismo estatal, con su torrente de normas imperativas, irrumpió en el terreno de las relaciones privadas, poniendo coto a una quizá excesiva (o mejor, mal entendida) libertad civil que dio lugar a abusos y «disfunciones» que reclamaron un apoyo de la parte más débil en dichas relaciones privadas, mediante la imposición de límites y condiciones a la libertad formal, en beneficio de la libertad material, o, dicho en términos geométricos, «achicar la altura del triángulo, para ensanchar su base»...

Además de la libertad de pactar, máxima expresión de la autonomía de la voluntad, ésta encuentra su complemento con la *libertad de testar*, según la cual el individuo, mediante testamento, autorregula el destino de sus bienes para después de su muerte (v. art. 667 del C.c.), sometándose, eso sí, a determinados límites legales, como es el sistema de legítimas (v. art. 806). Por último, la autonomía de la voluntad cristaliza en la libertad de capitular (v. art. 1.315), tradicional en el ámbito de los derechos forales, pero no en el Código civil que, hasta la reforma de mayo de 1975, establecía en su artículo 1.320 que «después de celebrado el matrimonio, no se podrán alterar las capitulaciones otorgadas antes». Con dicha reforma, se dispone justo lo contrario: «Los cónyuges mayores de edad podrán en todo momento, actuando

de común acuerdo, modificar el régimen económico, convencional o legal, del matrimonio». Esta libertad de capitular no es más que una forma especial o particularizada de la libertad de pactar, ya que las capitulaciones matrimoniales son *pactos* en los que los otorgantes estipulan las condiciones de la sociedad conyugal relativas a sus bienes presentes y futuros; lo que ocurre es que por su gran incidencia respecto del régimen económico matrimonial, es merecedora de una mención específica.

### 3) PROPIEDAD

Poco nuevo queda por decir de la concepción que del derecho de propiedad tenía el liberalismo decimonónico.

Al margen de las consideraciones estrictamente filosóficas y políticas, interesa reiterar que el derecho de propiedad fue y sigue siéndolo, el «derecho subjetivo por excelencia», la máxima expresión de los poderes y facultades del individuo, hasta el punto de que algún autor como Locke, llevó a identificar la propiedad con aquel margen privado intocable atribuido a cada individuo: la propiedad, desde este punto de vista, sería una situación de hecho que el Derecho vendría a proteger y garantizar después del «contrato social». La propiedad sería, incluso, la materialización de la libertad del individuo. Una vez aparecido el Derecho, dicha propiedad es un «derecho sagrado», inviolable, presupuesto ineludible para el desarrollo de la personalidad del individuo.

El derecho de propiedad adquiere un carácter paradigmático, constituyéndose en el eje indiscutible de todo el sistema de derechos y titularidades. Hay un Derecho real absoluto (la propiedad) y otros derechos reales limitados o limitativos (usufructo, servidumbres, derechos reales de garantía, etc.), que presuponen siempre un derecho de propiedad. El derecho de propiedad es la plataforma, la base material sobre la que se eleva la organización de las relaciones patrimoniales.

No es de extrañar que este derecho se configurase con una amplitud casi infinita: «La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes» (art. 348 Código civil). Si además recordamos que «la propiedad se presume libre de cargas», (como reza el viejo axioma jurídico), lo que supone que tales limitaciones legalmente establecidas deberían interpretarse restrictivamente por su carácter excepcional, deducimos que la propie-

dad es la institución más vehementemente protegida por el Derecho, por el «Código de los bienes».

Según esta concepción de la propiedad (que siguiendo el hilo conductor del análisis de los principios del Código también podemos calificar de *individualista*), el titular de este derecho tiene unas facultades sobre la cosa objeto del mismo derecho casi absolutas, «gozando» y «disponiendo» de ella con entera libertad, y pudiendo llegar incluso a la destrucción de la cosa, tenga o no ésta un «valor social» apreciable. Se atiende exclusivamente al interés individualista del propietario, sin que se contribuya a una racionalización de la distribución de la titularidad o dominio sobre las cosas. Hasta tal punto es esto cierto que, sintomáticamente, nuestro Código teme la prolongación de las situaciones de titularidad conjunta o «co-propiedad», ya que tal circunstancia no responde fielmente al esquema clásico «propietario-cosa».

#### 4) FAMILIA

No es necesario insistir en que la institución familiar ha sido siempre, y es, otro de los pilares del sistema jurídico.

Caben aquí consideraciones paralelas a las apuntadas anteriormente, en torno a la doble faceta de la familia como entidad natural anterior al Derecho, y como institución jurídica configurada por el Derecho.

Sin duda, en el momento de la promulgación del Código civil, la regulación jurídica de la familia coincidía básicamente con el modelo de familia de dicha época. Este modelo familiar recogido por el Código presentaba, entre otras, las siguientes características:

— Indisolubilidad del matrimonio.

— Preponderancia del papel del marido en la gestión económica familiar y en la «dirección de la familia» (administración y disposición de los bienes gananciales, ejercicio de la patria potestad, etc.).

— Distinción entre la filiación «legítima» y «natural» o extramatrimonial, con importantes efectos en el orden patrimonial y moral.

Como muestra vale un botón. Será ilustrativo reproducir algunos artículos del Código en su redacción ordinaria, en su mayoría ya refor-

mados: así, el artículo 57: «El marido debe proteger a la mujer, y ésta obedecer al marido», el artículo 59: «La mujer está obligada a seguir a su marido donde quiera que fije su residencia», artículo 59: «El marido es el administrador de los bienes de la sociedad conyugal», artículo 60: «El marido es el representante de su mujer», los artículos 108, 119 y 139, vigentes hasta la reforma de 1981, que distinguían entre hijos legítimos, legitimados y naturales, el artículo 154: «El padre, y *en su defecto*, la madre, tienen potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados; y los hijos tienen la obligación de obedecerles mientras permanezcan en su potestad, y de tributarles respeto y reverencia siempre», artículos todos ellos que no son sino expresión jurídica de una realidad: el modelo familiar decimonónico.

Son éstos, básicamente, los principios que dieron vida, forma y contenido al Código civil español. Con el paso del tiempo, terremoto tras terremoto, estos cimientos han sufrido una lenta pero progresiva y corrosiva trepidación, y han ido cediendo buena parte de su terreno, de forma que la coherencia institucional de nuestro Código se ve gravemente afectada, por albergar en su seno elementos tan dispares como los «supervivientes» decimonónicos y los «recién nacidos». Se hace, pues, imprescindible una referencia a la evolución jurídica española de este último siglo.

## V. EVOLUCION Y ANACRONISMO

...Mucho ha llovido desde entonces. La historia del hombre y, a la par, la «historia del Derecho», avanza con un movimiento uniformemente acelerado, y por ello se agudiza en nuestro tiempo el problema del choque, el enfrentamiento del Derecho y la realidad, la dialéctica «estatismo jurídico-dinamismo social».

No es preciso tener agudeza de lince para apercibirse del cambio tan extraordinario operado en el tiempo que va desde que se promulgó nuestro Código hasta el momento presente. El mundo actual («mundo en crisis» como todos lo califican) tiene ya poco que ver con el de hace un siglo. Se ha podido decir que en este último siglo la humanidad ha evolucionado tanto como los veinte anteriores. Probablemente se trate de una exageración, o de una equivocada concepción de la «evolución»; lo que está claro es que el sistema de ideas, el panorama político mundial, las relaciones sociales, las condiciones materiales y las relaciones económicas de producción son ostensiblemente distintas.

Lógicamente, el siguiente paso de nuestro estudio debe ser el enfrentarnos con el problema que plantea en nuestros días el anacronismo de un Código elaborado para regular un mundo radicalmente distinto del nuestro, con unos criterios mayoritariamente desacreditados hoy, y que, no obstante, conserva su vigencia, pretendiendo, por razones de legalidad y seguridad jurídica, «encorsetar» la vida jurídica en sus viejos cauces. ¿Qué problemas supone el estatismo de nuestro Código frente al dinamismo filosófico y sociológico? ¿Qué respuesta ofrece nuestro Derecho en su constante diálogo con la realidad? ¿Qué sentido tiene conservar un Derecho civil decimonónico en el mundo de finales del siglo xx? ¿En qué sentido puede ser enriquecedora la crisis? ¿Qué nueva ruta deberá seguir el Derecho civil en esta circunstancia si se quiere evitar que estalle en pedazos por su inadecuada y estrecha capacidad encauzadora?

Para no perdernos, sistematizaremos este epígrafe, «Evolución y Anacronismo», distinguiendo tres niveles:

- 1) El filosófico-jurídico: nuevas concepciones, cambio de principios y problemas de inadecuación «Código civil - filosofía jurídica actual».
- 2) El sociológico: nuevas necesidades, cambio en las condiciones materiales y problemas de inadecuación «Código civil - vida jurídica actual».
- 3) El estrictamente jurídico: nueva legislación, reformas sucesivas del Código civil, evolución jurisprudencial, problemas de inadecuación, «Código civil-nueva legislación».

#### A) EVOLUCIÓN FILOSÓFICO-JURÍDICA

Es obvio que no podemos extendernos en este tema más de lo preciso. Lo trataremos de modo referencial, señalando los sistemas ideológicos de entidad, y dando cuenta de las nuevas orientaciones y principios hacia los que apunta el nuevo Derecho civil.

Casi esquemáticamente, podemos destacar las siguientes líneas de evolución:

- 1) *Frente al positivismo formalista* y el estatalismo jurídico, se han prodigado reacciones antiformalistas (Realismo jurídico, Tópica jurídica, Uso alternativo del Derecho, etc.) que tropiezan aún en la ac-

tualidad con la teoría kelseniana, máxima expresión del formalismo jurídico que, si bien con correctivos importantes que introducen «brechas» para una apertura hacia la realidad, sigue condicionando, como «ideología jurídica dominante», la ciencia jurídica en la actualidad.

En este sentido hay que decir que no se ha evolucionado mucho. El sistema de fuentes del Derecho no parece que pueda modificarse ampliamente en mucho tiempo, y los principios de legalidad y seguridad jurídica siguen siendo preeminentes, actuando a modo de «muros de contención» difícilmente salvables para las «avanzadillas» del realismo jurídico. Precisamente esta contradicción íntima viene a ser otra de las claves de nuestra ciencia jurídica y, en tal sentido, es expresiva la reciente sentencia de 27 de febrero de 1981:

«Que si el Derecho debe partir de unos postulados éticos, y estar al servicio de la justicia, al mismo tiempo tiene que procurar el contribuir al logro de la seguridad jurídica, en cuanto ésta representa un valor no despreciable dentro del complejo de fines a alcanzar por cualquier ordenamiento.»

De todas formas, puede detectarse algún signo de cambio:

a) El «nuevo aire» insuflado al Código (y, en consecuencia, a todo el ordenamiento) por la reforma del Título Preliminar de 1973, que algún autor ha considerado como exponente de una «*crisis del legalismo*», al introducir y dar fuerza a elementos como la analogía (art. 4), los principios generales del Derecho (art. 1,4), la jurisprudencia complementadora (art. 1,6), la equidad (art. 3,2), la interpretación sociológica («según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas») y teleológica («atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas») (art. 3,1).

b) La práctica interpretativa del Derecho por parte de tribunales y autores que, superando en ocasiones incluso el margen de operatividad otorgado por dicho Título Preliminar reformado, y mediante una «puesta a punto», quizá algo «heterodoxa» (desde un punto de vista legalista) del ordenamiento, llegan a una aplicación del mismo que, a caballo entre los principios de legalidad, seguridad jurídica, justicia y eficacia, puede calificarse de muy meritoria y que, precisamente por el anacronismo de nuestro ordenamiento en determinados aspectos, están consiguiendo superar la «*veneración*» casi fetichista por la Ley (o por la «literalidad de la ley»), «sin faltarle el *respeto*».

2) Frente al liberalismo individualista nos encontramos con la reacción radical del marxismo, y la evolución progresiva de un capitalismo que se va alejando paulatinamente del modelo liberal individualista, adquiriendo matices más «socializadores».

La principal aportación del marxismo en el campo jurídico-privado quizá haya sido al llamar la atención sobre los abusos cometidos al amparo de la legislación liberal decimonónica, el dar cuenta de la dualidad entre la libertad formal o jurídica y la libertad real o material, el impugnar insistentemente la concepción clásica de la propiedad (si bien desde una perspectiva más política que jurídica), y añadir al paradigma Individuo-libertad, el principio de la Igualdad.

El modelo capitalista actual no es sino el fruto de una dialéctica constante en torno a estos dos ejes:

- a) Continuidad del sistema liberal.
- b) Evolución en base a exigencias promovidas «desde fuera» hacia un sistema más progresivo.

Como resultado, el individuo, la propiedad y la libertad siguen siendo los pilares básicos de la filosofía jurídico privada, pero, eso sí, concebidos de una forma diferente. No queremos pasar sin aludir a estas nuevas formas de concebirlos, a pesar de que en la exposición de tales principios, según el liberalismo decimonónico, ya apuntábamos las líneas de evolución desde las cuales podía estructurarse una crítica seria a la filosofía jurídica del Código.

### 1) *Individuo*

Mejor sería hablar ya de «Persona», y no de individuo; y en esto estriba, precisamente, el nervio definidor de la nueva filosofía: en la superación del individualismo. Lo cual, evidentemente, no supone en absoluto una minimización de la importancia de la persona en el fenómeno jurídico, sino todo lo contrario; el Derecho deberá considerar a la persona en su integridad: como «individuo» «integrado en sociedad».

Puesto que la sociedad no es la suma de individuos, y puesto que las concepciones individualistas se volvieron pronto en contra de la propia persona, urge una reestructuración del «*Derecho de la persona*», tintada por los siguientes colores:

- a) La persona es anterior al Derecho y, como tal, se constituye en el principal destinatario, fundamento y sentido de su existencia.
- b) La persona tiene necesidad de un Derecho adecuado a sí misma (hecho para sí misma), para el desarrollo de su existencia social, es decir, de su existencia.
- c) Reforzamiento de los derechos constitucionales de la persona humana y de los llamados «derechos civiles de la personalidad».
- d) Reforzamiento de los llamados «derechos sociales», que deberán tener una proyección en el ámbito del Derecho privado.

## 2) *Libertad*

En línea con lo anterior, no cabe pensar en una libertad individual sin libertad social, ni viceversa. En este sentido puede decirse que son dos libertades complementarias, o, mejor aún, que son dos caras de la misma moneda: la libertad integral de la persona.

Como fenómeno jurídico importante destaca hoy el efectivo «recomendamiento» del ámbito de la «autonomía de la voluntad», debido a dos tipos de razones:

- a) Intervención del Estado en las relaciones entre particulares para asegurar la libertad del más débil, imponiendo cláusulas limitativas o condiciones mínimas, revisando judicialmente las «cláusulas abusivas», interpretando en favor de la parte que ocupa la posición menos preeminente, etc.
- b) Intervención del Estado en las relaciones privadas con el fin de conseguir determinados objetivos de carácter general, dictando preceptos no derogables por la voluntad de los particulares.

La jurisprudencia, en sentencia de 2 marzo 1942, proclama ya que la autonomía de la voluntad pierde volumen en «su clásica y amplia esfera de acción», merced a la «infiltración» de elementos que le imprimen «cierto carácter público».

Por ser la autonomía de la voluntad en el Código civil la fuente «no normativa» por antonomasia (libertad contractual, libertad de capitu-

lar y libertad de testar), tal incidencia o «infiltración» es, sin duda, relevante.

Debe proceder el Derecho civil, pues, en nuestra opinión, a dar un giro y:

a) Garantizar la libertad individual frente a un excesivo abuso o inadecuado intervencionismo estatal. No se debe confundir libertad con el abuso, que es su negación.

b) Garantizar la libertad social mediante una oportuna reglamentación mínima de las relaciones privadas, que corrijan el excesivo distanciamiento entre la libertad formal y la material, y armonizando con un criterio racional el ejercicio de la libertad civil y la persecución del interés particular.

### 3) *Propiedad*

El derecho de propiedad, fortísimamente impugnado en su configuración liberal, constituye un punto político conflictivo de grave trascendencia jurídica. Sin entrar directamente en la problemática, que excede de los objetivos de este artículo, si creemos conveniente señalar, desde una óptica jurídica, lo siguiente:

a) En cuanto al *contenido*, que el extendido principio de la «función social de la propiedad», lejos de ser un justificante teórico (una especie de «excusa») del derecho de propiedad, debe desarrollar su operatividad, exigiendo jurídicamente al propietario de *cosas socialmente relevantes* una serie de obligaciones (de cuidado, conservación; utilización adecuada y orientación hacia intereses sociales) e imponiéndole prohibiciones y cortapisas en el ejercicio de sus facultades dominicales. El propietario, de esta manera, no será sólo el «dueño y señor» de la cosa, sino también su «servidor»: algo así como un «*depositario social*», si se admite la metáfora.

b) En cuanto a la *titularidad*, que deben regularse y favorecerse nuevas formas de titularidad en el derecho de propiedad, que evidentemente girarán en torno a la idea de «co-propiedad», y que se situarán a medio camino entre la propiedad privada y la propiedad pública.

c) En cuanto al *objeto*, que consideramos conveniente hacer distinciones en el derecho de propiedad en función del objeto sobre el que

recaiga. A cubrir esta exigencia han venido las llamadas «propiedades especiales» (propiedad intelectual e industrial, propiedad de aguas y de minas, etc.), y en esta línea se ha movido la legislación especial en materia, por ejemplo, de la llamada «propiedad urbana», que, como dice el T. Supremo en su sentencia de 28 de enero de 1961, «por su especial configuración» su régimen jurídico no encaja en los esquemas que sobre el derecho de propiedad ofrecía la «escuela clásica». Así se han ido ensayando nuevos modelos de derecho de propiedad que no sólo se apartan del clásico, recogido en el Código, sino que revierten sobre él, modificándolo.

La afirmación de que «ya no hay propiedad, sino propiedades», expresa de forma manifiesta esta realidad.

Y a este respecto, podemos sugerir, para dar cuenta de la importancia de esta última idea, la distinción básica entre la propiedad de los medios de producción y la propiedad de cosas para el consumo o de utilización personal; o la de bienes con relevancia social y la de bienes de aprovechamiento individual exclusivo, etc.

#### 4) *Familia*

Por lo que respecta a las relaciones de familia, otro de los núcleos básicos del ámbito material del Derecho civil, la sentencia de 18 enero 1969 declara que en ellas, en su actual configuración, «fallan los principios tradicionales de Derecho clásico», con lo que también en este punto la jurisprudencia, cargada de valor interpretativo, manifiesta su «abandono de los modelos clásicos».

La exposición de motivos de la ley de 13 de mayo de 1981 de modificación del C.c. en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, nos exime de todo comentario:

«El matrimonio, la familia y también las relaciones entre la madre o el padre y los hijos, tal como se viven hoy en tantos lugares y ambientes de nuestro país, nuestra civilización industrial y nuestra sociedad de masas, se hallan bastante alejados, tanto en el terreno de las ideas como en el de las costumbres, de los institutos homónimos que sirvieron de modelo a nuestro legislador, hace casi un siglo, para proyectar y redactar el Código civil. Mas a este cambio profundo de la realidad no ha correspondido otro semejante de la legislación, anclada siempre en los modelos de pareja con-

yugal y grupo familiar que tuvo presentes el redactor del Código, y, por tanto, cada vez más ajena a esa evolución, hasta extremos que hacen insostenible en algunos puntos la continuación de la antigua normativa, e inadecuada en otros muchos. Si reformas esporádicas vinieron a modernizar aspectos concretos del viejo ordenamiento, faltó en ocasiones una visión de conjunto y, acaso, el propósito de abordar de frente los problemas más candentes y de solución más comprometida.»

La Reforma del Derecho de familia, incorporada al Código civil, supone una fuerte modificación de dicho texto legal, que adecúa la legislación al modelo familiar sociológico actual, evidentemente distinto del modelo decimonónico. Este alejamiento se manifiesta jurídicamente en lo siguiente:

a) Disolubilidad del matrimonio (v. art. 85).

b) Principio de igualdad marido-mujer (art. 66: «El marido y la mujer son iguales en derechos y deberes»; artículo 154: «Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre»; artículo 1.375: «En defecto de pacto en capitulaciones, la gestión y disposiciones de los bienes gananciales corresponde conjuntamente a los cónyuges»...

c) Equiparación de la filiación matrimonial y extramatrimonial, y de éstas a la adopción; artículo 108: «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción. La filiación por naturaleza puede ser matrimonial y extramatrimonial. Es matrimonial cuando el padre y la madre están casados entre sí. La filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adopción plena, surten los mismos efectos, conforme las disposiciones de este Código».

## B) EVOLUCIÓN SOCIOLÓGICA

El Derecho y la realidad están en continuo diálogo. La realidad, con su repertorio de necesidades jurídicas, va configurando el Derecho, quien, a su vez, encauza y condiciona de uno u otro modo el desarrollo de la vida jurídica, económica, social. La mutua interacción es enriquecedora si el sistema jurídico es coherente y válido, pero entorpecedora y problemática si el Derecho vigente no responde a su vocación práctica, si se convierte en una reliquia. «El Derecho civil decimonónico que hemos heredado, que todavía cultivamos, crista-

lizado en esa obra gigantesca de los Códigos civiles, es una realidad hermosa, es acaso una de las realizaciones más perfectas de toda nuestra civilización; pero es, desgraciadamente, arcaico. ¿No hay algo de extraño en que sigamos ocupándonos de la dote, de la anticresis, del censo consignativo, de los mayorazgos y de las capellanías, cuando lo que a la gente le ocupa de verdad son los créditos documentarios de comercio internacional, el transporte aeronáutico, los cupos de hierro o de cemento o, sin ir tan lejos, las viviendas de renta limitada? ¿Qué es lo que ha pasado? Ha habido un cambio tan extraordinario en el mundo como pocas veces lo habrá conocido la historia del hombre. No necesita ser detallado en este lugar el modo cómo la máquina de vapor, el motor de explosión, la energía eléctrica y la energía atómica, han producido un impacto terrible sobre el mundo, y cómo se alteran, a consecuencia de ello, sustancialmente las formas y condiciones de la vida del hombre «el trabajo, el transporte, la vivienda, la difusión de noticias, la alimentación, la higiene o la utilización del ocio» (5).

Se dice que el Derecho corre siempre detrás de la realidad, persiguiéndola, y que «casi siempre llega tarde». Que llegue tarde o no, no lo sabemos. Lo que está claro es que en ocasiones tarda en reaccionar, y la realidad se le escapa, de forma que se produce un *desajuste* importante que impide tanto que el Derecho cumpla su misión reguladora de la vida social (se muestra ineficaz, poco operativo), como que la realidad misma evolucione (puesto que se ve entorpecida por rígidas «formas jurídicas» de otro tiempo). «Y en este mundo que ha cambiado, que está cambiando con un movimiento uniformemente acelerado, de una manera tan radical, ¿cómo es el Derecho civil? Podría definirse con una sola nota: el Derecho civil sigue siendo decimonónico». «Nuestro Derecho civil es el Derecho de la vieja economía agraria, de la antigua familia, de los contratos tradicionales, pero no el Derecho de las sociedades anónimas, de la navegación aeronáutica, del comercio internacional o del trabajo en la empresa» (6).

También es necesario referir la evolución sociológica a la distinta composición de las capas sociales en la actualidad, respecto a la existente en el tiempo del Código civil, lo cual tiene una gran trascendencia jurídica, ya que el poder se encuentra más distribuido (tanto desde el punto de vista político como económico), y las exigencias de am-

(5) Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Op. cit.*

(6) Díez PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Op. cit.*

plias capas sociales que no son las descendientes de la burguesía liberal decimonónica han de verse satisfechas, en mayor o menor medida, en el Derecho civil.

En definitiva, este anacronismo del Código respecto de la vida jurídica actual, con su carga de soluciones jurídicas a problemas ya inexistentes, y de problemas acuciantes sin respuesta jurídica, es tan importante como el anacronismo filosófico, y aporta otra buena dosis de urgencia a la necesidad de una reelaboración valiente y drástica del Derecho civil.

### C) EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

El afirmar que nuestro Derecho civil es anacrónico no equivale a pensar que no ha reaccionado en absoluto ante dicha evolución filosófica y sociológica. Naturalmente que ha reaccionado, hasta el punto de que el ordenamiento jurídico español de nuestros días es sustancialmente distinto del existente en el momento de la promulgación de nuestro Código civil.

El Derecho, a nivel legislativo y a nivel jurisprudencial, ha evolucionado, persiguiendo a la realidad y recogiendo las sucesivas orientaciones filosóficas. Sería extraordinariamente interesante analizar con lupa toda la producción legislativa del último siglo, y las líneas jurisprudenciales trazadas por nuestro Tribunal Supremo; pero nos conformaremos con menos.

*a)* La *doctrina jurisprudencial*, con su evolución lenta, pero constante, es el recurso que soslaya, de alguna manera el anacronismo del Derecho legislado, interpretándolo de la forma que más convenga (puesto que sabemos que una misma norma puede dar lugar a muy diversas interpretaciones, según se utilice uno u otro criterio hermenéutico), configurando nuevas figuras jurídicas y «creando» Derecho (si bien es difícil afirmar que la jurisprudencia sea fuente del Derecho sin caer en la heterodoxia, nadie duda de que, junto a la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, es preciso tener en cuenta la doctrina jurisprudencial para conocer nuestro ordenamiento jurídico)

Por esta razón puede decirse que la jurisprudencia ha sido la gran baza de nuestro mundo jurídico, lo cual presenta una doble cara:

— Negativa, en tanto que su causa es la pobreza de un Derecho anacrónico e ineficaz.

— Positiva, en tanto que de hecho ha supuesto una dinamización de la práctica jurídica, al atribuirse una mayor importancia a la labor de interpretación y aplicación del Derecho, difícilmente corregible en adelante, por más que cambie el Derecho legislado.

Al estudiar la nueva filosofía jurídica y la nueva concepción de los principios básicos del Código, hemos señalado varias sentencias que reflejaban el «abandono de los modelos clásicos» por los Tribunales. Otras muchas podrían reproducirse, pero lo que nos interesa no es el volumen de sentencias, sino la convicción de que realmente —y salvo excepciones— el Derecho jurisprudencial es el punto de enganche entre la realidad y el Derecho legal: la jurisprudencia corre detrás de las necesidades de la vida jurídica siempre en evolución y, a su vez, «tira» del Derecho legal.

b) A nivel legislativo, la evolución puede sistematizarse del modo siguiente:

- Legislación especial.
- Reformas al Código civil.
- Constitución.

#### 1) *Legislación especial*

Ya hemos indicado que, al quedarse estrecho el Código civil, hubo que acudir a la legislación especial, bien para regular fenómenos nuevos que no podían haberse previsto en el tiempo de elaboración del Código, bien para reglamentar de forma más minuciosa instituciones que en el Código reciben un tratamiento insuficiente.

Como leyes especiales más significativas podemos señalar:

- Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento.
- Ley Hipotecaria.
- Ley de Propiedad horizontal.
- Ley de Arrendamientos Urbanos y Ley de Arrendamientos Rústicos (exponentes de un fuerte intervencionismo estatal en las relaciones contractuales por razones de tipo social).

- Ley del Suelo (que introduce un nuevo concepto de propiedad).
- Ley y Reglamento del Registro Civil (que responde a una filosofía sustancialmente distinta a la del Código, lo cual le constituyó en precursora hacia una amplia reforma).
- Ley del Contrato de Seguro.

## 2) *Reformas al Código civil*

La base 27 de la Ley de Bases de 11 de mayo 1888, dispone que «se establecerán, con el carácter de disposiciones adicionales, las bases orgánicas necesarias para que en períodos de diez años formule la Comisión de Códigos y eleve al Gobierno las reformas que convenga introducir como resultados definitivamente adquiridos por la experiencia en la aplicación del Código, por los progresos realizados en otros países y utilizables en el nuestro, y por la jurisprudencia del Tribunal Supremo».

Estas palabras dan fe de que el Código nació consciente de su provisionalidad. No hubo en sus redactores propósito de elaborar un texto eterno e inmutable; y, de hecho, han sido múltiples las reformas y mejoras al texto de nuestro Código. Las más relevantes de entre ellas son las siguientes:

- Ley de 24-4-58, que supuso un paso adelante en el proceso de igualdad de derechos entre el marido y la mujer.
  - Ley de 31-5-73 de reforma del Título Preliminar, que ya hemos comentado.
  - Ley 2-5-75, uno de los «hitos» en el proceso de reforma de nuestro Derecho de Familia, continuando lo que se inició en la ley de 24-4-58. Los principios básicos consagrados en esta ley son la igualdad jurídica de los cónyuges y la modificabilidad del régimen económico del matrimonio una vez celebrado éste.
  - Ley 13-5-81, modificatoria en materia de filación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.
  - Ley 7-7-81, que regula el matrimonio y determina el procedimiento en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- Estas dos últimas leyes constituyen la coronación de la Reforma del Derecho de familia.

Las sucesivas reformas introducidas en el Código civil han tenido como virtud la aproximación del Derecho civil a la actualidad, pero

ciertamente han afectado a la coherencia sistemática de dicho Código debido a que introduce, junto a los criterios y los principios clásicos, otros contrapuestos que podrían llegar a chocar entre sí si no fuera por la interpretación llevada a cabo por los tribunales. Lo que está claro es que, a partir de ahora, en vez de «reformas» al Código lo que urge es la reforma del Código civil en su integridad.

### 3) *Constitución*

Sin duda, la promulgación de la Constitución española de 1978 constituye todo un gran «acontecimiento jurídico», debido a su repercusión en todo el ordenamiento y a su vocación encauzadora de la vida social y jurídica.

En el caso español, parece claro que la Constitución ha sido, y puede seguir siéndolo, un gran motor de «progreso jurídico», debido a:

- La constitucionalización de situaciones y principios que sí «marcan la hora de su tiempo».
- Su exigencia implícita de reforma del derecho positivo actual (derogación expresa o tácita de las leyes, desarrollo legislativo de los principios constitucionales).
- El afianzamiento de un nuevo modo de «entender el Derecho», a raíz del enorme «movimiento legislativo». El Derecho ya no es el Derecho positivo exclusivamente. También es Derecho lo que puede llegar a serlo en un futuro. «Derecho» es algo más que su manifestación en forma de ley. En este sentido, la crisis puede ser enriquecedora.

Pero el Derecho civil y la Constitución recorren caminos distintos. El Derecho civil es quizá la rama jurídica menos apta para la constitucionalización, por ser, precisamente, la que regula las relaciones jurídicas privadas. No obstante, y debido a circunstancias formales (la constitución es la norma suprema) y fácticas (las especiales condiciones en que nació la Constitución, el momento histórico y las expectativas de la sociedad, etc.), ambos caminos se cruzan en puntos determinados:

- a) La Constitución proyecta sobre el ordenamiento unos *principios generales* que sirven de criterios interpretativos que el Derecho civil debe y necesita recoger. Dichos principios pueden ser propiamente

constitucionales y también principios del Derecho civil recogidos por la Constitución.

b) El reconocimiento de los *derechos fundamentales* por parte de la Constitución tiene así mismo una clara incidencia sobre el Derecho civil, pero de una forma distinta: no como principios informadores, sino como *mandato* constitucional que debe ser recogido y desarrollado por los distintos cuerpos del Derecho civil.

c) La Constitución tiene su proyección sobre el *sistema de fuentes*:

— Como norma jurídica fundamental, se sitúa en el lugar más alto del ordenamiento, sin que una norma inferior pueda contravenirla

— La Constitución incluye unas disposiciones concretas referentes a la teoría de las fuentes (art. 9-1, 81 a 86, etc.).

d) Un tema más agudo, del que ya hemos tratado, es la competencia del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil, donde una u otra interpretación ofrecerán múltiples problemas de índole jurídica a la luz de los artículos 149 de la Constitución y de los artículos 10, número 5, del Estatuto vasco, el artículo 9 del Estatuto catalán y el artículo 27, número 4, del gallego: ¿qué agrupa ahora a los Derechos forales, el ámbito territorial, el hecho de que «existen»? La Constitución señala dos centros de referencia: el ámbito territorial —«allí»— y el ámbito *temporal* —«donde existen»—, la vigencia anterior a la Constitución. Es secundario que formen o no parte del territorio de una Comunidad autónoma, porque así como éstas son creación de la Constitución, aquéllos ya eran «existentes».

## VI. REAJUSTE

En un tiempo de *crisis*, como el actual, se plantea abiertamente la disyuntiva: ¿*progreso o cambio*? La doctrina moderna se sitúa, por tanto, ante un dilema cuyos términos radican en tener que elegir entre el progreso, según una línea de permanencia, o proponer un cambio; o, lo que es lo mismo, una ampliación o una mutación: en suma, que la concepción clásica de Derecho civil se transforme en otra, o que se limite a incluir en sus acrisolados moldes los nuevos contenidos.

Estos puntos de vista se basan en una doble concepción del Derecho:

- a) Como instrumento respecto de la realización de valores objetivos (por ejemplo, «la justicia», «la seguridad», «el orden», etc.).
- b) Como simple destilado del cuerpo social en cada momento histórico (importancia del «elemento sociológico» para la configuración y la interpretación del Derecho).

El primer criterio, esto es, la realización de valores objetivos, aparece recogido por la jurisprudencia en multitud de sentencias. Así, en sentencia 28-10-30, refiriéndose a esa acomodación de la realidad a los principios básicos, declara en uno de sus considerandos que «todo precepto de Derecho sustantivo, del legislador, entraña una relación de conformidad con un postulado de Derecho natural del que recibe el carácter de justificación y legitimidad».

Al elemento sociológico, sin aceptar las consecuencias del método histórico evolutivo, aluden las sentencias de 5-4-66, 24-1-74, que se adhieren a criterio iniciado por la sentencia de 21-11-34.

En todo caso, no cabe duda de que nuestro Derecho civil es anacrónico, que su anquilosamiento plantea graves problemas, y que es urgente un *reajuste* para que el Derecho civil vuelva a ocupar su lugar en el bloque del ordenamiento jurídico del país.

Los problemas a que da lugar el anacronismo del Código, se plantean en dos momentos:

- 1) Legislación.
- 2) Interpretación y aplicación del Derecho.

Intentaremos especificarlos, a modo de conclusiones del presente artículo.

#### 1) APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO

Ya nos hemos referido al extraordinario papel desarrollado por los Tribunales en estos momentos de crisis del Derecho, mediante la utilización de los criterios hermenéuticos permitidos por la ley, que pueden dar lugar a mil y una interpretaciones de una misma norma.

En este sentido, el anacronismo Código-filosofía jurídica actual se soslaya mediante una interpretación teleológica o mediante una calificación de «Derecho excepcional» a las normas que vayan en contra de las nuevas concepciones.

El anacronismo Código-realidad social se subsana gracias a una interpretación sociológica del Derecho, es decir, teniendo en cuenta «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas» (art. 3), y mediante la analogía y el recurso a los principios generales del Derecho.

Por último, el anacronismo Código-nueva legislación, encuentra solución mediante una adecuada interpretación sistemática o contextual, también prevista en el artículo 3.

La nueva legislación, y muy especialmente la Constitución, insertan en nuestro ordenamiento principios nuevos que deberán ser prioritarios en el momento de la interpretación.

## 2) LEGISLACIÓN

a) La *evolución filosófica* produce como consecuencia que normas que en su tiempo eran conformes con el concepto que se pretendiera alcanzar, resulten ahora «injustas» o poco aceptadas socialmente. La nueva filosofía pide un cambio en las normas que regulan la conducta social, porque han variado los fines que se persiguen.

b) La *evolución sociológica*, como dijimos, hace que algunas normas queden en desuso por su falta de proyección social, y que multitud de problemas sociales no encuentren su adecuado tratamiento jurídico. Es preciso una amplia reelaboración del Derecho, adecuándolo a los problemas de organización social realmente existente en la actualidad.

c) La *evolución legislativa*, limitándonos al área de aplicación del Código civil, amenaza la coherencia sistemática, a causa del posible choque entre el Código civil y las leyes especiales o las leyes de reforma del propio Código. Sin duda, un nuevo Código civil que con fidelidad a la tradición jurídica española la sincronizase con el panorama jurídico actual, es exigible con toda urgencia.

Dicha exigencia es todavía más fuerte si tenemos en cuenta la aparición de la Constitución, que nos obliga a considerar la *contradicción* entre las leyes civiles y la Constitución:

— Leyes anteriores a la Constitución: si son contrarias a la misma, quedan derogadas, de una forma expresa o tácita, debido a que la Constitución es norma de rango superior, y, además, es posterior en el tiempo. A este respecto, la Resolución de 6-4-79 da valor derogatorio, no sólo interpretativo, al «profundo cambio político-social y también jurídico, que refleja la promulgación de la Constitución española».

— Leyes posteriores a la Constitución: en este caso, si contravienen lo dispuesto en ella, será preciso acudir a los procedimientos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. El Derecho civil constitucional ocupa el ámbito de lo jurídico en que el desarrollo del Derecho privado encuentra sus *límites*, no así su *fundamento*, al menos en aquellos derechos civiles que ya existían acrisolados por su origen y efectiva vigencia. Un cambio en su fundamento supondría una novación extintiva, la extinción como tales y el nacimiento de otros diferentes; novación extintiva por cambio de causa, su peculiar razón histórica y su tradición jurídica.

En términos generales, y como ratificación del punto de partida, el Derecho civil, precisa de un reajuste que corrija su anacronismo. Esta afirmación no parece discutible, si bien la intensidad mayor o menor de dicho reajuste no goza del acuerdo unánime de los juristas; nosotros pensamos que no basta con nuevas reformas parciales al Código civil existente, sino que es necesaria una reforma global o, mejor aún, la elaboración de un nuevo Código que, entre otras, reúna las siguientes características:

a) Un Código civil que configurase el Derecho civil como Derecho privado (según la concepción del Derecho privado que hemos expuesto al principio del artículo, es decir, complementario y no contrapuesto a la dimensión social y pública de la persona); Derecho común (desde un punto de vista material, recogiendo los principios básicos de todo el Derecho civil) y Derecho general (volviendo a ocupar su puesto central dentro del ordenamiento).

b) Un Código civil que contuviese las nuevas orientaciones respecto de los pilares básicos del Derecho civil: Persona, Libertad, Propiedad y Familia, en consonancia con la Constitución.

c) Un Código civil que respondiese a las necesidades de su tiempo.

Todo lo que se encamine hacia estos objetivos, contribuirá, a nuestro juicio, a una simplificación del material jurídico, un afianzamiento de la coherencia sistemática del ordenamiento jurídico-privado, una «puesta al día» de la organización de las relaciones entre los particulares, y una mayor amplitud de margen de un Derecho cuya existencia queda legitimada por su capacidad encauzadora de la vida social.