

CARLOS LASARTE ALVAREZ

## **Autonomías y Derecho privado en la Constitución española de 1978**

---

Tras la celebración de las III Jornadas de Estudios Andaluces y siguiendo el consejo de algunos colegas en el estudio del Derecho civil, desarrollé y amplié —en parte— el presente estudio enriqueciéndolo, asimismo, con la oportuna bibliografía que aquí se recoge, evidentemente muy resumida.

Dicha reelaboración ha tenido la fortuna de ser publicada como monografía en la colección *Cuadernos* de la Ed. CIVITAS —especializada en publicaciones de carácter jurídico—, bajo el título *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1989. Con todo, he de advertir que, naturalmente, las tesis centrales defendidas en el ensayo no han sufrido modificación alguna, en la indicada reelaboración parcial.

### **I. INTRODUCCION**

El tema que me ha correspondido desarrollar en estas «III Jornadas de Estudios Andaluces» es de tal extensión y complejidad que, sin falsa modestia alguna, no creo que las páginas siguientes puedan dejar de ser consideradas como un esbozo o boceto de un análisis en profundidad del mismo. Con todo, me ha animado a escribirlas la idea de que por alguna parte se han de empezar a estudiar los nuevos problemas (o las dimensiones de viejos problemas) planteados por la realidad de nuestros días, aún a riesgo de incurrir en simplificaciones o en yerros de importancia.

El giro político-constitucional de España en los últimos años plantea, sin duda, cuestiones que no pueden ser obviadas y que, al propio tiempo, tampoco parece que hayan de ser consideradas como exclusivas de la clase política. Su propio quehacer impone la adopción de medidas impregnadas de buena dosis de consenso e inmediatez (más o menos justificados), cuando no de demagogia. Naturalmente, no pretendo presentarme como un estudioso encerrado en

campana de cristal y sin sangre en las arterias; pero sí creo que el análisis realizado de la cuestión que me ha correspondido exponer está tan privado de posiciones preconcebidas cuanto de acritica aceptación de *slogans* al uso. El hecho de ser personalmente poco proclive a ciegas profesiones de fe en torno a las más diferentes cuestiones (centralismo y autonomías incluidos), creo que me ha permitido estudiar la significación propia del Derecho privado en un *Estado regional* con cierta serenidad, sin engañosos cantos de sirena en favor de las autonomías, ni injustificadas negativas al juego de las mismas.

## II. *UNA DELIMITACION PREVIA: EL DISCUTIDO CONCEPTO DE DERECHO PRIVADO Y SU CONCRECIÓN A LOS EFECTOS AQUI PERSEGUIDOS*

El desarrollo del tema exige, ante todo, delimitar conceptualmente los dos términos que lo intitulan: autonomías y Derecho privado. Respecto del primero de los mismos, no parece necesario detenerse particularmente, por ser una cuestión de amplia actualidad en nuestros días, cuyo alcance y significación, a grandes rasgos, es de todo punto evidente para cualquier persona medianamente culta. La sustitución de un Estado de marcado carácter centralista y de una Administración pública de raíz napoleónica por un sistema político-constitucional en el que la diversa idiosincrasia de los territorios estatales diferenciados es objeto de particular consideración, es evidente que genera (o, acaso mejor, evidencia la existencia) de una diversidad de soluciones en relación con un buen número de temas.

Precisamente pudiera ser representativo de los mismos el que se identifica con el segundo de los términos utilizados como rúbrica general de esta ponencia: el Derecho privado, sobre el que se discurrirá a continuación. Con semejante expresión, se hace referencia a un sector del ordenamiento jurídico de tan difícil delimitación que, al fin y a la postre, se acaba las más de las veces por definirlo a través de la contraposición con el Derecho público. Dicha participación constituye uno de los grandes tópicos de la doctrina jurídica, alejado, sin embargo, de una solución medianamente satisfactoria. A pesar de que las mayores inteligencias de todos los tiempos se han afanado por trazar la línea divisoria entre uno y otro sector del ordenamiento jurídico, elaborando las más diversas teorías, lo cierto es que aquella parece vana pretensión alquímica. Es más, para un buen número de autores, la contraposición entre ambos sectores normativos no deja de ser una entelequía que, de conseguirse, arrojaría escasos o nulos resultados, tanto prácticos como teóricos.

Desde semejante perspectiva, se ha llegado a afirmar que, a partir de la constitución de los modernos Estados y desde el momento en que el poder legislativo se atribuye la facultad de creación de normas jurídicas en exclusiva (en contra de la fuerza desplegada en épocas anteriores por la costumbre y las

comunidades intermedias no integradas en aparato estatal alguno), *todo el Derecho es Derecho público*.

En una primera aproximación el aserto anterior puede llegar a parecer irrefutable. Es de todo punto obvio que, en nuestros días, la fuente de creación de las normas jurídicas radica en el propio aparato estatal; el cual la ejerce, propiamente, a través del cuerpo legislativo (Cortes) y, por derivación y con evidente abuso, mediante la técnica de la delegación, a través del poder ejecutivo. No obstante, dicho criterio —fuente de creación de las normas jurídicas— no puede llegar a difuminar la existencia de materias, supuestos de hecho o instituciones (en adelante hablaré de *supuestos institucionales*) que se resisten a ser calificados como *públicos*, aún cuando sus normas reguladoras procedan en exclusiva del aparato estatal (o, al menos, *prima facie*, así lo parezca). En buena medida, las mismas normas estatales vienen reclamadas por instancias sociales que encuentran su asiento en *supuestos institucionales* de los que no puede hacer tabla rasa la legislación estatal. Es cierto que la política jurídica seguida en concreto modaliza y configura los márgenes propios de desarrollo de tales supuestos institucionales del Derecho privado; pero, al propio tiempo, el entendimiento que de éstos se tenga influye de forma poderosa sobre la *constitución interna* de la sociedad y, en definitiva, sobre las propias coordinadas políticas que se aceptan como rectoras de la misma.

Se produce, así, entre Derecho público y Derecho privado una estrecha interrelación de todo punto ostensible a lo largo de la historia. Interrelación que, a la postre, se traduce en un factor de contrapeso: la virtualidad e importancia del Derecho público y del Derecho privado se plantea siempre por comparación y la primacía del uno comporta el relativo desvanecimiento del otro. Hasta la fecha, no obstante, la alternancia de poderes de ambos sectores no ha llegado en ninguna época, ni en ninguna organización social, al ocaso absoluto de ninguno de ellos, ya se considere el sistema jurídico de Roma, ya el orden codificado durante el siglo XIX, ya los regímenes comunistas del presente siglo.

En consecuencia, cuando se habla de cualquiera de ambos sectores normativos se hace por referencia al otro, sin perder de vista la unidad del ordenamiento jurídico y dando por supuesto la adecuación y coherencia existentes entre Derecho público y privado. La concurrencia de ambos y su relativa importancia evidenciará el proyecto político de la sociedad y las bases fundamentales de ordenación de la misma.

Apuntada así la complejidad del tema, no creo conveniente entrar a fondo en el mismo, en cuanto la delimitación del sector Derecho privado tiene una finalidad instrumental en la economía de la presente ponencia. Según el comité organizador, debería y/o discurrir acerca de la actual virtualidad, conveniencia, posibilidad..., de la *regionalización del Derecho civil y del Derecho mercantil*; y, dado que ambas disciplinas comprenden la flor y la nata del Derecho privado, de

ahí la utilización de esta última expresión como rúbrica general de la ponencia. Con ello, evidentemente, opto en, cierto sentido, por la vía cómoda de utilizar categorías académicas para analizar un conjunto de problemas en ellas comprendidos; pero como se verá, no hago más que situarme en el mismo plano de la Constitución, en la que tampoco ha podido prescindirse de la *compartimentación* usual de los fenómenos jurídicos.

### III. LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES RELATIVOS AL DERECHO PRIVADO: COMPETENCIAS DEL ESTADO Y DE LAS COMUNIDADES AUTONOMAS SOBRE EL DERECHO PRIVADO EN GENERAL

Es conocido el hecho de que, a partir de la Constitución de Weimar (1919), las Constituciones políticas del siglo XX siguen unos derroteros bien diferentes a los característicos de las Cartas, Declaraciones y Constituciones anteriores. Si estas últimas se encontraban llenas de declaraciones programáticas y atendían sólo de forma marginal a la *constitucion interna* de la sociedad que regían; a partir de la de Weimar, las Constituciones, de un lado se tecnifican y, de otro, extienden el mandato normativo a materias que tradicionalmente habían quedado fuera de los documentos constitucionales del siglo XIX. Naturalmente, la Constitución española de 1978 no es una excepción: es rica de contenido (acaso demasiado); no deja en la sombra el sistema económico que sirve de sustrato al Derecho privado patrimonial (art. 38: libre empresa y economía de mercado); establece igualmente con cierto detalle los derechos y deberes fundamentales de los ciudadanos (entre los que se encuentran un buen conjunto de principios adscritos, históricamente, al Derecho privado) y regula de forma explícita algunos extremos (acerca de cuya oportunidad cabe la discusión, pues acaso no debieran haber alcanzado rango constitucional) que son claramente de Derecho privado. Pero, por encima de todo ello, para cuanto aquí interesa, reviste mucha mayor importancia el hecho de que la coexistencia de Estado y Comunidades autónomas requiera el establecer un cuadro de competencias respectivas, que comporta, así, *pasar revista* a todo el Derecho.

En consecuencia, no se trata aquí tanto de considerar preceptos dispersos en los que se señalan las pautas constitucionales de supuestos institucionales de carácter privado (1), cuanto de elucidar hasta qué punto la organización territorial del Estado establecida por la Constitución de 1978 comporta y debe comportar la *regionalización del Derecho privado*. Se trata, pues, de estudiar si

---

(1) Como ocurriría con los artículos 10 y 18-1.º, referente a los derechos de la persona; los artículos 11 y 13, relativos a la nacionalidad y extranjería; el artículo 12, donde se regula la mayor edad; las referencias al matrimonio en el artículo 32; la mención de las coordenadas fundamentales de la propiedad privada y de la herencia en el artículo 33; y, finalmente, la constitucionalización de la fundación del artículo 34. Se recogen, como es obvio, los más significativos.

«el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española» (art. 2 Const.), conlleva, aconseja o determina una generalizada regionalización del Derecho privado de alcance diferente al que se diera antes de la vigencia de la actual Constitución.

Por razones históricas bien definidas, a las que se aludirá a continuación, dicho estudio ha de ser realizado con referencia general a todas las regiones españolas, y fundamentalmente, a los *paises forales* (expresión desde luego impropia, que después trataré de perfilar). Puede parecer ello inadecuado en unas Jornadas de Estudios Andaluces, que una visión estrecha de las cosas o una simplificación excesiva del fenómeno autonómico podría intentar asimilar a un cántico a las excelencias de la tierra. Pero la Historia no es susceptible de recreación (o, mejor, no debe serlo). De otra parte, como se verá, las propias conclusiones que se deducen del presente estudio no dejan de tener una aplicación general a todas las *nacionalidades o regiones* (suponiendo que se acepte dicho binomio) del país: salvo en las esferas familiar y sucesoria el Derecho privado tiene vocación universal, como el propio sistema económico que sirve de base a su formulación contemporánea.

Centrando, pues, el estudio en la atribución de competencias relativas al Derecho privado, conviene ir paso a paso. Regula la actual Constitución española la *organización territorial del Estado* en el Título VIII, dedicando el capítulo 3.º (arts. 143 a 158) a las Comunidades autónomas (2). En los artículos 148 y 149, respectivamente, se ofrece el elenco de las materias en que *podrán asumir competencias las Comunidades autónomas* y las que son *competencias exclusivas del Estado*. Ambos artículos son extraordinariamente prolijos —claridad obliga— y, por ello, no opto por la vía más cómoda para comentarlos: transcribirlos íntegros.

En una primera lectura de los mismos resplandece el hecho de que entre las materias relacionadas en el artículo 148 no se encuentra (al menos de forma directa y fundamental), ninguna atinente al Derecho privado. El aserto se ratifica al comprobar que el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias, entre otras:

- propiedad intelectual e industrial (art. 149, párrafo 1, núm. 9.º);
- nacionalidad (núm. 2.º);
- legislación mercantil (núm. 6.º);
- legislación civil (núm. 8.º).

---

(2) La Constitución vigente se separa así notablemente, desde un punto de vista sistemático, de la Constitución de la República española de 1931, en la que la *organización nacional* (arts. 8 a 22), constituían el objeto del Título primero. No es tanta la divergencia atendiendo al fondo del asunto de la atribución de competencias, aunque la afirmación habría de ser matizada mediante un estudio comparativo de los pertinentes artículos de ambas Constituciones que, por supuesto, no puedo realizar aquí.

Clara diferencia cualitativa existe entre las dos primeras materias reseñadas y las mencionadas en último lugar. Aquéllas constituyen, por así decirlo, sectores concretísimos del ordenamiento jurídico. Expresándolo en términos académicos diría que son *rincones del programa* de Derecho civil y de Derecho mercantil (por cuanto se refiere a la propiedad industrial), de los que, de añadidura, cabe poner en duda su carácter específicamente iusprivativista. Por el contrario, la referencia genérica a la legislación mercantil y civil (de la que forman parte las materias reseñadas en primer lugar) evidencia que la Constitución adscribe al Estado de forma exclusiva, en vía de principio, todas las cuestiones relativas a lo más granado del Derecho privado. Como es obvio, la técnica seguida requiere determinar casuísticamente, en caso de duda, la pertinencia o no de la regulación normativa de ciertas instituciones a la legislación civil o mercantil. Y, aunque es evidente que surgirán dudas al respecto, aquí no se puede decir más que el rancio abolengo de las dos disciplinas aludidas facilitará, sin duda, la resolución de los casos litigiosos. La existencia de cuerpos legales (Código civil y Código de comercio; y, en otras escalas, Compilaciones forales) nacidos (sólo los Códigos) con tendencia a la omnicomprensividad dentro de sus respectivos ámbitos materiales de aplicación; su natural complemento legislativo a través —según decía el antiguo art. 16 CC— *leyes especiales* (entre las cuales por poner sólo dos ejemplos, uno en cada campo, la Ley hipotecaria y la Ley de suspensión de pagos); la multisecular delimitación y conformación del contenido de ambas ramas del Derecho por obra y gracia de la doctrina de los autores sin duda facilitarían dicha tarea. Mas, con todo, siempre quedará pendiente, como espada de Damocles, el hecho de que si para determinar el contenido de cualquier rama jurídica se ha de atender fundamentalmente a los supuestos institucionales, esto es, a las *realidades sociales*, a los *problemas materiales*, que han de ser regulados, es evidente que cuando la regulación contemple aspectos iusprivatistas e iuspublicistas, la línea divisoria volverá a perderse, como ocurre en general en la atormentadora distinción entre Derecho público y Derecho privado.

Lo cierto es que la competencia estatal sobre la legislación mercantil se considera exclusiva del Estado sin paliativo alguno. En cambio, respecto de la legislación civil, el propio artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º se encarga de afirmar muy claramente que:

«El Estado tiene competencia exclusiva sobre..., la legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones juridico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obliga-

ciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de Derecho foral o especial.»

Es un precepto largo, ejundioso y, quizá, redactado con poco acierto. Por lo pronto llama la atención que en toda su segunda parte, a partir del punto, los redactores de la Constitución no hayan considerado oportuno introducir, al menos, un verbo. Cabría hacer una sencilla pregunta que, en la letra de la norma, no encuentra, desde luego, respuesta: «*En todo caso...*» ¿qué ocurre?

Como mínimo se debería haber dicho, sin utilizar coma alguna, *En todo caso sobre las reglas relativas a...* y, a partir de ahí, seguir con la enumeración de materias contenidas en el artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º de la Constitución. Con la redacción dada, sin embargo, la conexión de la segunda parte del número 8.º con el encabezamiento del párrafo 1 del artículo 149 (*El Estado tiene competencia exclusiva sobre...*) es evidente que ha de hacerse por *arte de birlibirloque*, técnica siempre peligrosa en Derecho y, con mayor razón, en la interpretación de preceptos constitucionales.

Pero, en fin, apuntada tal cuestión, pasemos a resaltar el contenido normativo del precepto, que acaso merezca mejor juicio que la estructura sintáctica del mismo. Aparte la genérica declaración de que la competencia exclusiva sobre la legislación civil corresponde al Estado, se enfrenta el artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º de la Constitución con el hecho de la coexistencia en España de diversos sistemas (o legislaciones) jurídico-civiles, pronunciándose por la *conservación, modificación y desarrollo de los Derechos forales*.

Según técnica formal suficientemente familiar a los juristas, discurre tal precepto de lo general a lo particular, estableciendo excepciones o matizaciones a lo apenas dicho. De forma que, ya en una primera aproximación, el precepto es realmente complejo, por lo que resulta conveniente descomponerlo y tratar incluso de resaltar tipográficamente la cadena de reglas y excepciones:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación civil.
2. Más la conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan, corresponderán a las Comunidades autónomas.
3. A pesar de la existencia de Derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a las siguientes materias:
  - A) la aplicación y eficacia de las normas jurídicas;
  - B) las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio;
  - C) la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos;
  - D) las bases de las obligaciones contractuales;

- E) las normas para resolver conflictos de leyes;
  - F) la determinación de las fuentes del Derecho.
4. No obstante, la competencia exclusiva del Estado sobre la determinación de las fuentes del Derecho, han de respetarse en este punto las normas (propias, podríamos añadir) de Derecho foral o especial.

Es evidente que la complejidad del precepto y, de otra parte, la innegable trascendencia de lo regulado, requiere un análisis extraordinariamente detenido y minucioso, que aquí sólo cabrá apuntar. El sentido preciso de fórmulas tan generales y de tan difícil concreción como las utilizadas en el artículo 149, párrafo 1, núm. 8.º de la Constitución no puede ofrecerse, desde luego, de un plumazo. Pero, sobre todas ellas, parece claro que —dado que la contraposición fundamental se da entre *legislación civil* y *Derechos forales*— habrá que aclarar ante todo este último término, enmarcándolo históricamente y tratando de ofrecer la significación propia de una expresión usada desde hace largo tiempo con valor entendido para identificar las peculiaridades jurídico-civiles de ciertos territorios, en diversa medida diferenciados, integrantes de la unidad política que es España, y a los que estoy aludiendo en este trabajo con el término convencional de *países forales* (3). *Hic et nunc*, los *Derechos forales* son también *legislación civil*, como a continuación se verá.

---

(3) Creo haber dicho ya, en algún lugar del texto, que la expresión *países forales* que normalmente utilizo merece ciertas precisiones. De lo contrario, quizá una decisión tomada en aras de economía gramatical pudiera inducir a confusiones de otro orden. Así, pues, antes de pasar al párrafo siguiente, convendría subrayar ya aquí que los diversos territorios comprendidos bajo tal denominación no pueden ser enmarcados dentro de las mismas coordenadas. Es más, considero que —con independencia de las referencias generales que a continuación realizo— sería absolutamente necesario analizar la controversia acerca de la codificación, centrándola en cada uno de tales territorios (una buena muestra indicativa de lo oportuno de tal procedimiento la ha ofrecido últimamente Francisco Tomás y Valiente en el artículo que más adelante cito). Mas, ante la ingente dificultad de dicha tarea, me circunscribo a indicaciones muy sumarias: parece claro que algunos de los territorios en que se plantea la «cuestión foral» son, en efecto, países (Cataluña, Euzkadi, Galicia). Aunque en muy diversa medida desde luego (habría que realzar a Cataluña), cuentan y contaban con una demarcación geográfica delimitada y poseían y poseen un cúmulo de tradición, cultura, ciertos factores étnicos y, sobre todo, lengua, propios. Otros territorios, guste o no y a pesar de que hoy se huya con más pavor de las verdades impopulares que del diablo, atendiendo a tales consideraciones, habrían de ser conceptuados como regiones (Aragón y Navarra; salvo que esta última haya de ser considerada realmente como parte integrante de Euzkadi), al igual que otras demarcaciones territoriales, asimismo bien diferenciadas, no forales (Andalucía, por ejemplo; o la propia Castilla, demasiado olvidada ahora). Por su parte, no parece que pueda entenderse la realidad efectiva de las Baleares con preterición de Cataluña.

Pero, ¿qué sentido tiene hacer consideraciones de este tipo cuando una Constitución, como la actual española, se permite en las postrimerías del siglo XX recrear un concepto romántico del *principio de las nacionalidades*, nacido precisamente en su formulación originaria de la mano de la soberanía política? Sinceramente creo que ninguno. Todos estamos ya enfebrecidos, si no enloquecidos, con el *baile de las denominaciones* y cabe preguntarse, sin demasiado sarcasmo, si no estaremos retrayéndonos a planteamientos de *filosofía nominalística* y olvidando conquistas de Derecho constitucional (y democrático, atención) que parecen irrenunciables. A pesar de la sensación (a lo peor verdaderamente fundada) de andar sin norte, indico algo más de cuanto decía. Euzkadi, repito, es un país; pero nunca apareció como una entidad —única, valga la redundancia— diferenciada desde el punto de vista jurídico



#### IV. LA DIVERSIDAD DE REGIMENES JURIDICOS-CIVILES COMO PECULIARIDAD CARACTERISTICA DEL DERECHO ESPAÑOL

##### 1. Preliminar

Ha sido siempre la Península Ibérica un territorio de encrucijadas, de constantes migraciones étnicas desde la noche de los tiempos. Abocada a ello por su propia situación geográfica, la Península ha recibido y asumido numerosas civilizaciones sucesivas que, no podía ser de otro modo, han dejado un profundo poso de tensiones étnicas, lingüísticas y culturales en todo momento vivas, con independencia de su grado de evidencia. Ni la política unificadora de los Reyes Católicos, ni la profunda centralización instaurada por los Borbones —y, sobre todo, por el primero de ellos, que para algo era nieto de Luis XIV de Francia—, ni la obtusa política seguida al respecto por el general Franco han podido ocultar la realidad del *hecho regional* que, como un persistente Guadiana, siempre acaba por reaparecer, haciéndolo a veces con mayor virulencia tras una larga etapa de sometimiento regional (a mi entender, algo de ello se da en la España actual). Negarlo sería querer encerrar la evidencia en una caja blindada y, como todo argumento refractario a la realidad, a la postre devendría contraproducente, exacerbando los ánimos y enfrentando a unas Comunidades con otras, con preterición incluso de un planteamiento serio de la cuestión. Desde el lado contrario, acentuando —a veces con notorios excesos— el *hecho regional* y situando a la depauperada Castilla (región, sin duda, «unificadora») como beneficiaria del centralismo, no creo tampoco que se pueda llegar a resultados medianamente aceptables. Es conveniente recordar que cuando se analizan fenómenos histórico-sociales no se puede partir de premisas simplistas, sencillamente porque la realidad es mucho más compleja.

Por suerte o desgracia, la temática nos resulta particularmente familiar a los iusprivatistas y, en concreto, a los estudiosos de Derecho civil, desde hace largo tiempo: desde que —tras la huella del *Code Napoléon* y sus presupuestos político-filosóficos, que no fueron otros que los de la Revolución francesa— se

---

(ya público, ya privado). Galicia, por mucho que en 1888 de forma sorprendente apareciera como país foral, no llegó a tener un régimen jurídico propio y sus «peculiaridades jurídico-privadas», transidas de una organización agraria minifundista, probablemente no pudieran considerarse en el momento de la codificación con mayor rango que ciertos *usos y costumbres* (también agrarios) *del lugar* característicos de otras regiones españolas. Sin embargo, había que emular a otros nacionalismos (el catalán) y autorrevestirse de un falso régimen jurídico propio. La tesis de que Navarra tiene una posición jurídico-política peculiar en base a la inexactamente denominada Ley paccionada de 16 de agosto de 1841 (categoría normativa inexistente y, además, inaceptable desde bases de teoría política no federal), ambiguo y manipulado fruto del llamada *abrazo de Vergara* entre Espartero y Maroto (el Convenio se firmó en dicha ciudad el 31 de agosto de 1839), parece francamente discutible... Y basta con lo dicho. Resulta más que suficiente para demostrar la impropiedad de meter a todos los territorios que hoy se rigen por las Compilaciones forales en el mismo saco.

comienza a intentar en España la tarea de la codificación del Derecho civil, se produce un acusado enfrentamiento entre los juristas de las regiones forales y los partidarios del ideal codificador racionalista, connatural al ideario de la burguesía triunfante.

Los unos, los *foralistas*, asumen la cualidad de representantes de sus respectivos territorios, los cuales, habiendo perdido ya desde comienzos del XVIII sus instituciones políticas de autogobierno y, por supuesto, la propia soberanía política que con anterioridad ostentaban, pretenden conservar, al menos, las instituciones jurídico-privadas más características. Para ello, un determinado sector de los foralistas, el catalán, acaudillado por Durán i Bas, importa rápidamente las ideas de la llamada *escuela histórica*, encabezada por F. K. von Savigny, uno de los mejores juristas de todos los tiempos, a la par que artífice de una elaborada y profundísima remodelación del Derecho privado sobre bases romanas y de marcado acento conservador (el *Sistema del Derecho romano actual*, cuya versión española, de Messia y Poley, prologa el propio Durán i Bas): la codificación, se piensa, esclerotizaría el desenvolvimiento del Derecho en fórmulas cerradas; la aceptación de esquemas iusracionalistas, extraños al *Volksgeist*, no podría comportar más que un mayor alejamiento entre pueblo y Derecho.

No quisiera dejar de subrayar la profunda parte de verdad que impregna dicho planteamiento: el Derecho (sobre todo, el privado, pero en alguna medida también el público), no puede ser una creación de gabinete y, desde luego, su virtualidad depende en gran parte de su adecuación a las *realidades* que regula y al *ámbito territorial* en que se aplica. De otra parte, es evidente que, de alguna manera, la nueva etapa jurídico-cultural, la codificación, implicaba por definición una simplificación, racionalización y sistematización de una profusa pluralidad de sistemas normativos existentes con anterioridad. Pero con ser todo lo anterior susceptible de inacabables matizaciones (4), no quisiera pasar por alto un dato que estimo profundamente significativo: la falta de oposición de los mismos sectores catalanes (a excepción de minúsculos brotes de algunos grupos radicalmente nacionalistas) frente a la *codificación mercantil* (que en el siglo XIX español se realizó por partida doble: en 1829, con el Código de comercio de Sainz de Andino, y en 1885 —esto es, simultáneamente al Código civil— con el Código de comercio todavía vigente), en contra de lo que ocurriera con la *codificación civil*.

---

(4) Me he de conformar con decir aquí que, a pesar de la aureola revolucionaria con que se presenta en los primeros momentos el fenómeno codificador, la codificación no supuso una ruptura frontal con el Derecho histórico, ni desde luego la preterición de consecuencias dimanantes del Derecho consuetudinario; la codificación se presentaba como un necesario reajuste del Derecho que, claro es, no se podía seguir asentando en los pilares del fenecido *ancien regime*.

La propugnada defensa y conservación de los sistemas propios de los territorios forales, en el marco de las instituciones jurídico-privadas, se encontraba en principio perfectamente fundada. La codificación no tenía por qué comportar la aniquilación de instituciones, primordialmente familiares y sucesorias, de honda raigambre en tales territorios y, siendo así que en los trabajos preparatorios del Código civil español se seguían los pasos de la «unificadora» codificación napoleónica, los foralistas opusieron con razón (o, al menos, con parte de ella), todo su empeño en evitarla. Las condiciones socio-políticas eran evidentemente muy diferentes en ambos países.

## 2. *Napoleón y su Código*

En Francia, la Revolución había sido un hito «vividio» por toda la nación; el Código civil se concibió desde un primer momento como un necesario instrumento que plasmase las nuevas coordenadas sociales, que materializase la nueva «constitución interna» de la sociedad, que consagrarse las «conquistas» revolucionarias. Semejante planteamiento facilitaba, sin duda, la consecución de un Código civil que estableciese las mismas leyes para toda la nación, aspiración que no había logrado coronar nunca la Monarquía guillotizada (primaba en el norte de Francia el *droit coutumier*, mientras que en el sur lo hacía el *droit écrit*). Mas, a pesar de todo y aunque sea mucho aventurar, la promulgación efectiva del *Code civil* (que tuvo lugar el 21 de marzo de 1804), se hubiese visto desde luego entorpecida y quizá notoriamente retrasada de no haber contado con el impulso personal de Napoleón Bonaparte. La indudable «auctoritas» política adquirida ya por entonces por el primer cónsul (5) y la confianza que en él depositaba la nación, deseosa de salir de la etapa de inestabilidad consecuente a la Revolución, hicieron posible que Napoleón llevara adelante la culminación y promulgación de un Código civil que unificaba bajo unas mismas leyes toda la nación, al mismo tiempo que lograba dotar a Francia de una serie fundamental de instituciones administrativas (de carácter obviamente centralista), que —en expresión del propio Bonaparte— constituían las *masas de granito* sobre las que se asentaba la nueva conformación de la sociedad y del Estado. El Código, denominado precisamente durante un largo periodo de forma oficial *Code Napoleón* y así apellidado por lo general entre los juristas, no fue a la postre tan revolucionario (6), aunque naturalmente reflejaba los presupuestos socio-políticos de la irresistible ascensión de la burguesía como nueva clase o sector social dirigente (laicismo estatal, libertad individual, igualdad de derechos...). Pero al propio tiempo conectaba con toda la tradición jurídica anterior, desde el sistema jurídico

---

(5) Los otros dos, Cambacérès y Lebrun, de acuerdo con la Constitución del año VIII —1799— eran meros acólitos de aquél: sólo tenían voz consultiva, mientras que Napoleón hizo que se le atribuyeran inmensos poderes legislativos y ejecutivos.

(6) El Tribunado, de hecho, lo rechazó en su primera redacción en base a dicha valoración; pero se procedió a depurar al Tribunado y a reformar el Código sobre líneas más conservadoras, para ser definitivamente publicado.

romano hasta el *ius communes* paneuropeo anterior a la época codificadora. El Código, pues, era reclamado por las nuevas condiciones sociales sin duda de ningún tipo y, como se presume que ocurre siempre en los fenómenos histórico-sociales (a mi entender, con acierto), de no haber existido Napoleón, hubiera visto la luz por el empuje de otras fuerzas u otras personas. Lo cierto, sin embargo, es que en buena medida fue una criatura personal de quien, en el mismo año de publicación del Código era coronado —o, mejor, se hacía coronar— Emperador en Nôtre-Dame y se dedicará casi de inmediato a resucitar instituciones y esquemas paralelos aunque sólo lo fueran relativamente a los del *ancien regime* (7): de las 102 sesiones dedicadas por el Consejo de Estado a la preparación del Código, Napoleón presidió personalmente más de la mitad (en concreto, 57) y, por supuesto, no se limitó a ser un mero elemento ornamental en las discusiones, que dejarían de ser tales cuando él tratara de imponer sus personales criterios, como hizo en más de una ocasión.

### 3. Breve historia de un imposible: un Código civil general para España

La *idea codificadora*, como una expresión más del ideario de la Revolución francesa, penetra en España, pero en su desarrollo efectivo encuentra el mismo cúmulo de dificultades que el conjunto de las ideas liberales. Pero, no habiendo llegado todavía los historiadores a delimitar con cierta claridad ni siquiera los presupuestos metodológicos de acercamiento al emerger de la revolución burguesa en España, más vale que nos centremos exclusivamente en aquélla.

Como es bien sabido, en cualquiera de las Constituciones del siglo XIX español —y algunas hubo (8)— el ideal codificador es objeto de explícita consideración. Desde la de las Cortes de Cádiz hasta la de la restauración canovista, se reclama de forma insistente el hecho de que sean unos mismos los Códigos para toda la Monarquía, como necesaria superación de la larga etapa prerrevolucionaria que, en el ámbito del Derecho, se identifica como *particularismo jurídico* o *particularización jurídica* y que, en España, presenta relieve particular precisamente a causa de la tensión existente entre los llamados «Derecho civil común» y «Derechos civiles forales».

(7) La coronación como tal tuvo lugar el 22 de diciembre de 1804, de forma esplendorosa: Napoleón no quiso ser menos que los Borbones. La cremonia pretendía emular asimismo a la de Carlomagno, siendo coronado por el papa Pío VII. En el mismo año, restablece Napoleón los títulos de príncipe en beneficio de su parentela y crea la Legión de honor a imagen y semejanza de las antiguas órdenes de caballería. Finalmente y en el cúlmo de la inconsecuencia, en 1808, se crea la nobleza imperial, con carácter hereditario y a cuyos componentes se les legitima para constituir *mayorazgos* a favor de sus primogénitos, en contra del principio fundamental de la Revolución (insertado en el *Code* y en todos los cuerpos legales que le siguen, entre ellos el español) de que, en adelante, la propiedad había de considerarse *libre y no vinculada*.

(8) No considero oportuno, sin embargo, relatarlas. Desde una perspectiva general de historia política puede cfr. J. SOLE TURA y E. AJA: *Constituciones y periodos constituyentes en España, (1808-1936)*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 3.ª ed., 1978. Vid. también el capítulo IV, págs. 164 y ss., de Juan

Antes o después, la aspiración se cumple en relación con las más diversas materias (9), salvo en lo que respecta a la legislación civil. Todos los trabajos preparatorios de ésta (10) encuentran un triste fin, hasta que en 1889 y de forma hartamente curiosa (11) se consigue la publicación del Código civil español. Y, a pesar de la tardanza, lo cierto es que en los largos años de discrepancias e intentos de transacción entre partidarios de la codificación y foralistas no se vieron coronados por una fórmula brillante. El artículo 5 de la Ley de Bases del Código civil, de 11 de mayo de 1888, se limitaba a establecer que:

A. ALEJANDRE, *Derecho del constitucionalismo y la Codificación*, I, Sevilla, 1978: así como las páginas 171 y ss. del segundo volumen (y último de la Colección *Temas de Historia del Derecho* de la Universidad hispánica) de Enrique GACTO, *Derecho del constitucionalismo y la Codificación*, Sevilla, 1979. Desde una visión más atinente a cuanto aquí interesa, cfr. Encarna ROCA I TRIAS, *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978 (Estudio comparativo del tratamiento de los derechos civiles españoles en las distintas constituciones y en la vigente)*, en Revista Jurídica de Cataluña, 1979, núm. 1, págs. 7 y ss.; donde parece acentuarse en demasía el planteamiento pluralista del Derecho privado, con minusvaloración del ideal codificador y uniformador, en las primeras constituciones del XIX. En concreto, en relación con el conocido art. 258 de la Constitución de Cádiz («El Código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes») y respecto del segundo inciso parece propugnar una interpretación (basada en la *Història de Catalunya* de Joan REGLA, vol. 2, Barcelona, 1978, pág. 211) que, según ella misma, se presenta contradicha por la interpretación que «proporcionan las escasas actas de las discusiones de estas Cortes» (págs. 8-9). En efecto, de seguir a Mariano PESET, *La primera codificación liberal en España (1808-1823)*, en Revista Crítica de Derecho inmobiliario, 1972, págs. 125 y ss., en el debate parlamentario no habrían primado consideraciones tendentes a reforzar planteamiento foralista alguno, sino a resaltar las particularidades que habían de tomarse en consideración por la existencia de los territorios de ultramar, en contra de cuanto afirma J. REGLA: que la introducción del inciso en cuestión se debió a la intervención de diputados catalanes.

E. ROCA reconsidera (con algún detalle) en el *loc. cit.* cuanto afirmara ya antes en *La codificación y el Derecho foral*, en Revista de Derecho privado, julio-agosto de 1978, pág. 596; opinión que, últimamente, ha sometido a consideración crítica Bartolomé CLAVERO, *La idea de código en la ilustración jurídica*, sep. del núm. 6 de «Historia. Instituciones. Documentos». Sevilla, 1979, pág. 37. Por su parte, TOMAS Y VALIENTE, *Los «derechos históricos» de Euzkadi*, en «Sistema», núm. 31, julio de 1979, pág. 9, tras afirmar en términos generales que «en la creación y consolidación de ese modelo de ordenamiento unitario estuvieron de acuerdo en principio fracciones de la clase burguesa de la más heterogénea pertenencia territorial», indica textualmente que «Espiga y Gadea, Capmany y Dou y Bassols, todos ellos diputados catalanes, tuvieron en las Cortes de Cádiz muy destacada intervención en favor de la política unificadora del Derecho».

(9) Cfr., últimamente, E. GACTO, *Derecho del constitucionalismo y la Codificación*, II, Sevilla, 1979, págs. 35 y ss., para el Derecho penal; págs. 69 y ss., respecto de la codificación mercantil; y págs. 91 y ss., en relación con la organización judicial y las leyes rituarías o de procedimiento.

(10) Cfr. GACTO, *Derecho del constitucionalismo y la Codificación*, II, cit., págs. 171 y ss. Aunque me resulta poco grato hacerlo, he de advertir que, en pág. 193, comete Gacto el error de considerar vigente aún la Ley de registro civil de 17 de junio de 1870. Desde el primero de enero de 1959 rige, sin embargo, la nueva Ley de registro civil de 8 de junio de 1957 (el Reglamento, que ha sufrido importantes modificaciones en 1 de diciembre de 1977, es de 14 de noviembre de 1958). Acaso semejante *lapsus* se deba a que, en tales páginas, viene resumiendo el conocido *Derecho civil de España*, tomo I, de Federico DE CASTRO, cuya última edición lleva pie de imprenta de 1955 (Madrid, I.E.P.). Aprovecho semejante precisión para indicar que, en las notas, me limito a recoger las publicaciones recientes estrechamente atinentes a lo tratado, para no ahogar al lector no especializado en el *maremagnum* bibliográfico sobre la historia de la codificación y las relaciones entre Código civil y legislaciones forales, parafraseando así el título de la conocida monografía de Manuel ALONSO MARTINEZ.

«Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan sólo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales. El título preliminar del Código, en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, será obligatorio para todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones que se dicten para el desarrollo de la base 3.<sup>a</sup>, relativa a las formas de matrimonio.»

De acuerdo con tal base y recogiendo incluso algunos incisos *ad pedem litterae* establecía el artículo 12 del Código civil, fundamental en la materia, que:

«Las disposiciones de este título, en cuanto determinan los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación, son obligatorias en todas las provincias del Reino. También lo serán las disposiciones del título IV, libro primero (“Del matrimonio”).

En lo demás, las provincias y territorios en que subsite derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como Derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales.»

No puede extrañar, por tanto, que se haya dicho con insistencia que, a la publicación del Código civil, la llamada cuestión foral quedó irresuelta. Urgía publicar el Código civil, sobre todo, porque en el ámbito que pudiéramos denominar *negocial* o *patrimonial*, las condiciones concretas de un sistema de producción capitalista que buscaba las vías de despegue, necesitaba contar con un instrumental jurídico hecho a su medida y según el signo del siglo, que ya estaba acabando. El retraso de la codificación civil había comportado que, en cuanto se vio que fracasaba el afrancesado proyecto de 1851, se decidiera publicar por separado, entre otras, la Ley hipotecaria (8 de febrero de 1861), exponente paradigmático de la necesidad de movilización de los capitales y de la seguridad de las garantías reclamadas por la emprendedora burguesía.

---

(11) Intento referirme con ello al hecho de que los obstáculos continuos a la codificación hicieron que, a través de la técnica de la Ley de bases, el Código civil se publicó de forma definitiva a través de un Real Decreto de María Cristina (de 6 de octubre de 1888, con la firma de quien, a la sazón, fuera Ministro de Gracia y Justicia: Manuel Alonso Martínez). Más detalles al respecto en F. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, cit., págs. 213 y ss.

Viéndose pues que no se lograba llegar a una transacción con los foralistas que desembocara en un *Código civil general* para todo el Reino se optó por ofrecer una dilación al tema. En dicha línea, creo que se ha de enmarcar el artículo 6 de la Ley de bases:

«El Gobierno, oyendo a la Comisión de Códigos, presentará a las Cortes, en uno o en varios proyectos de ley, los apéndices del Código civil, en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen.»

Emerge de este precepto y del artículo 5, antes transcrito, la sensación de que la *idea codificadora* no se abandonaba; simplemente se prorrogaba: los países de derecho foral *lo conservarán por ahora*. De otro lado, en la Ley de bases subyace, asimismo una valoración de los derechos forales que francamente no les resulta favorable: de alguna manera se les considera como *sistemas de segundo orden* llamados a sufrir la *vis atractiva* del Derecho del Código civil, como expresión del «último grito» del momento. De ahí que la Ley de bases propugne que la «codificación foral» se realice formalmente a través de *apéndices* al Código, como cuerpo legal de primer orden; al propio tiempo dispone que en dichos apéndices se contengan las *instituciones forales que conviene conservar*. En la misma dirección habría de anotarse igualmente la consideración del propio *Código civil como derecho supletorio de primer grado*. Y, finalmente, habría que resaltar que el proyecto de ley que sirviera de vehículo a tales apéndices debía ser *presentado a las Cortes por el propio Gobierno*, tras haber oído a la Comisión de codificación.

Sólo el *Apéndice al Código civil correspondiente al Derecho foral de Aragón* llegó a promulgarse en cuanto tal (Real Decreto de 7 de diciembre de 1925); todos los demás se quedaron en el camino. Aunque en todos los territorios forales se hicieron trabajos preparatorios al respecto, no llegaron a germinar (12), pues su misma publicación hubiera supuesto la aceptación por los países forales de un «procedimiento formal de codificación» en el que el trato displicente de que eran objeto por parte del Código civil, venía a resultar demasiado ostensible.

---

(12) «La razón de ello —como ha escrito de reciente el profesor LOPEZ JACOISTE— ha de verse en la misma concepción restrictiva implícita tanto en su designación como en su previsto contenido. La idea de *Apéndice* implicaba, sin duda, una cierta postergación y un menoscabo de su estimación normativa. Por otro lado, la referencia a las instituciones que *conviniere conservar* entrañaba una actitud selectiva que ponía en interrogante la totalidad del Derecho dentro del cual habría de procederse a seleccionar. De ahí que despertaran congénita insatisfacción para unos Derechos que históricamente habían significado ordenamientos virtualmente plenarios». Cfr. *Constitucionalismo y codificación civil*, en «Lecturas sobre la Constitución española», coordinación de T. R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, Facultad de Derecho, U.N.E.D., Madrid, 1978, págs. 581 y ss. (La afirmación ahora trascrita en pág. 594.)

El infructuoso sistema de apéndices se abandona definitivamente en el *Congreso Nacional de Derecho civil* celebrado en Zaragoza en los primeros días de octubre de 1946 (bajo autorización y respaldo del poder central: Orden de 3 de agosto de 1944), por considerarlo como un procedimiento inadecuado para «codificar» los Derechos forales. Se propone ahora seguir la técnica (formalmente hablando) de las *Compilaciones* de Derecho foral. Indudablemente el término tampoco es particularmente acertado (13), ni llega a ser representativo de la tarea realizada a la postre.

Pero vayamos por partes, pues a quien no esté familiarizado con la materia le extrañará, sin duda que, en esta breve exposición se considere con relativo detenimiento un Congreso. Por lo general, la celebración de los Congresos, Jornadas o Coloquios no llega a tener una trascendencia social efectiva y, ya en el marco jurídico, raramente sirven de impulso eficaz a la propia legislación. No ocurrió así en este caso, por supuesto. El Congreso Nacional de Zaragoza tuvo consecuencias directas: la publicación de las diversas *Compilaciones* forales: Vizcaya y Alava (1959), Cataluña (1960), Baleares (1961), Galicia (1963), Aragón (1967) y Navarra (1973). El contenido material, la técnica concreta seguida en su elaboración, y sobre todo, el juicio o valoración que merecen no son por nada homogéneos; pero aquí no cabe entrar en detalles. Es imposible, sin embargo (o, mejor, sería omisión significativa), dejar de notar la propia significación que —de acuerdo con las conclusiones del Congreso de Zaragoza— había de atribuirse a la *tarea compiladora*. Evidentemente el Congreso Nacional de Zaragoza supuso un reforzamiento del Derecho foral y la búsqueda de una reactualización del mismo (pretensiones o conquistas perfectamente loables, a mi entender), que habría de conseguirse insertando los principios inspiradores de los diversos Derechos forales en un sistema normativo (las *Compilaciones*) que no naciera obsoleto, que fuera susceptible de ser aplicado dentro de los respectivos márgenes territoriales (14) y a las circunstancias socio-económicas contemporáneas.

---

(13) La técnica de *compilar* o *recopilar* pertenece desde luego al pasado, a las épocas anteriores a la Codificación, hito jurídico-cultural innegable. Cfr., al respecto, las págs. iniciales de B. CLAVERO, *La idea de código en la ilustración jurídica*, cit. En ellas plantea, cómo la idea de *código* implica, entre otras cosas, la aceptación de un método de sistematización propio y de un contenido preceptivo que habrían de contraponerse a las sistematizaciones anteriores, «que respondían a unos caracteres contrarios de constitución básicamente escolástica y tradicional» (pág. 4).

(14) Y, en este punto, siguiendo una recentísima publicación de Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, separata de los «Estudios sobre la Constitución española de 1978» dirigidos por M. RAMÍREZ, 1979, pág. 335, es necesario realizar una digresión en relación con el País vasco o Euzkadi, cuyos límites territoriales como Comunidad autónoma no coinciden con el ámbito tradicional de aplicación de su Derecho foral. Según indica la propia *Compilación* vigente, el Derecho vizcaíno se entiende aplicable sólo en el Infanzonado o Tierra Llana de Vizcaya y en Llodio y Aramayona (arts. 1, 2, 4, 60) y, por su parte, el Fuero de Ayala en «los cuatro términos municipales de Ayala, Amurrio, Lezama y Oquendo, y los pueblos de Mendieta, Retes de Tudela, Santa Comola y Sojoguti, del término municipal de Aceniega, pero no esta villa y caserío de su



No obstante, las Compilaciones no deberían ser consideradas como un paso definitivo, sino precisamente como un estadio preparatorio de un *Código general del Derecho civil español*, para cuya elaboración se debería convocar un nuevo Congreso Nacional de Derecho Civil, en el que se examinaría y discutiría la forma y el contenido de dicho Código. Estas eran las ideas imperantes en el momento de propulsión de la tarea compiladora.

Publicadas las Compilaciones, en análisis doctrinales que a mi entender tienen indudable solvencia técnica, se ha subrayado que, si en las primeras se trata de mantener esa tendencia hacia la uniformidad juridico-privada y el Código general, en las publicadas en los últimos años, se acentúan los propios principios forales de los respectivos territorios, en algún caso de forma exarcebada (como en la de Navarra), con el resultado de que se ha producido un notable alejamiento entre el planteamiento inicial y el resultado final. De alguna manera creo que ello es cierto y que encuentra una explicación relativamente fácil, atendiendo al régimen político bajo el que las Compilaciones fueron preparadas y publicadas. No cabiendo en el régimen de Franco (de aquellos barros estos lodos) plantear de forma alguna el «hecho regional» en su vertiente jurídico-política (o, mejor, simplemente en cuanto tal), el relanzamiento del tema de los Derechos forales cumple, en cierto sentido, la función de sucedáneo preparatorio del análisis político verdadero del hecho regional que, tras la caída del régimen y antes o después, se podía presumir con todo fundamento volvería a parecer en la palestra. En definitiva, el caparazón pretendidamente apolítico de la compilación de las instituciones juridico-civiles ha cumplido en los últimos años de nuestra historia la función objetiva de servir de punta del verdadero *iceberg* político. Ni que decir tiene que dicha circunstancia viene a incrementar el grado de obscuridad y rigidez en los planteamientos de que, inconsciente o deliberadamente, hemos rodeado los juristas a la denominada «cuestión foral».

---

término» (art. 61). La circunscripción territorial del ámbito de aplicación del Derecho foral vasco (centrado en exclusiva en las naturales derivaciones exigidas por la conservación del casero) se encuentra especialmente reforzada en la propia Exposición de motivos y en el artículo 4 de la Compilación: «las modificaciones administrativas en los límites de los términos municipales de Vizcaya no alterarán el Derecho civil aplicable a los territorios afectados». ¿Cuál será ahora el espíritu y cuáles las claves de desarrollo del artículo 10-5.º del Estatuto de Autonomía del País vasco?

Aunque realizado desde un enfoque que, por consideraciones de tipo expositivo, excluye lo concerniente al Derecho civil (vid. pág. 10), no puede dejar de considerarse el magnífico estudio de F. TOMAS Y VALIENTE, *Los «derechos históricos» de Euzkadi*, cit., págs. 3 y ss. El artículo está lleno de buen sentido y consideraciones valiosísimas en relación con el «hecho regional», así como de un hilo conductor que, desde el punto de vista histórico, parece impecable: los diversos territorios vascos nunca tuvieron un régimen jurídico común, ni constituyeron una entidad política o administrativa, y las profundas tensiones sociales que en Euzkadi acaecieron, no son directamente imputables a la pura injerencia de poder central alguno, sino más bien al enfrentamiento abierto entre diversos sectores sociales vascos entre sí. Como dice en algún lugar, «cualquier mitificación de una arcaica democracia vasca puede ser ingenua o interesada, pero es sin duda falsa» (pág. 12).

Desde perspectiva bien diferente, para cerrar este párrafo, habría de indicarse que la actualización de los Derechos forales que ha supuesto la publicación de las diversas Compilaciones no ha dejado de influir en el propio Código civil, remozado también en los últimos tiempos. En efecto, con ocasión de la reforma del título preliminar del mismo (realizada, en su texto articulado, por Decreto de 31 de mayo de 1974), el artículo 12, que antes he transcrito en su redacción originaria, pasa a ser el artículo 13, estableciendo cuanto sigue:

«Las disposiciones de este Título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España.

En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales.»

## V. LA LLAMADA CUESTION FORAL Y EL ACTUAL PLANTEAMIENTO AUTONOMICO EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

### 1. La preexistencia de Derecho foral como requisito de atribución a las Comunidades autónomas de competencia en materia civil

Al final del párrafo tercero se ha dicho que la vigente Constitución española *constitucionaliza* la conservación, modificación y desarrollo de los Derecho forales. Con ello, pudiera parecer a primera vista que, dada la opción política de un *Estado regional*, el planteamiento del tema que nos ocupa debiera prescindir de la cuestión analizada en el párrafo precedente. No se trataría ya de volver a considerar el desarrollo histórico de las relaciones entre los llamados «Derecho común» y «Derechos forales», sino de plantear el estudio del tema *ex novo*, atendiendo en exclusiva al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas, a la nueva ordenación política instaurada por la actual Constitución española.

Conviene subrayar, sin embargo, que tal entendimiento de la cuestión no puede ser defendido. Y me interesa subrayarlo por diversos conceptos. En primer lugar, porque no desearía que el relato *per saltum* realizado en el párrafo anterior sobre el fenómeno codificador (y compilador) generase en el lector la impresión de ser una mera exposición de relleno, aunque de todos sea conocido que el presente difícilmente puede entenderse con olvido del pasado. Y tal juicio

merecería el precedente párrafo si se entendiera que la Constitución ha trazado una falla infranqueable con el tradicional planteamiento de la cuestión.

Pero, con independencia de tal advertencia (que, desde luego no servirá para alterar la bondad o los errores del esquema de desarrollo de la ponencia), es indudable que mi mayor o menor probidad científica poco interesa ahora. Lo fundamental es subrayar que, guste o no y a pesar de la evidente radicalización regionalista que se palpa en el ambiente, la Constitución no hace tabla rasa del planteamiento «histórico» de los Derechos forales. Es más, dicho planteamiento constituye el punto de partida de la Constitución de 1978; en cuanto que, precisamente, la existencia o inexistencia de Derechos forales en las diversas regiones o países que constituyen el Estado es el criterio determinante de la posible atribución a las respectivas Comunidades autónomas de competencias sobre la legislación civil; la cual, en principio, es de competencia exclusiva del Estado (15).

Quede, pues, bien claro que la Constitución atribuye una relativa competencia respecto de la legislación civil exclusivamente a aquellas Comunidades autónomas que, en el momento de publicación de la Constitución, se estuvieran rigiendo ya en ciertas materias (ningún *Derecho foral* puede considerarse como sistema completo) por un conjunto de normas forales o especiales (que, de acuerdo con lo referido, se encuentran en las respectivas Compilaciones). Las demás regiones, sometidas tradicionalmente al *Derecho común*, no gozarán de competencia alguna en relación con la legislación civil. Y ni que decir tiene que, entre estas últimas, se encuentra Andalucía.

---

(15) Discrepo, pues, en cuanto ahora desarrollo, de las consideraciones conclusivas a que llega Encarna ROCA, *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, cit., fund. págs. 23-27. Entiende que «con la Constitución desaparece definitivamente el derecho foral, para pasar a ser derecho civil de la comunidad autónoma de que se trate, en este caso, de Cataluña. La utilización del término *derecho foral* en la Constitución se debe a reminiscencias históricas, más que a la propia organización constitucional». Insiste asimismo en la idea de que la existencia de un Derecho civil propio no supone situación de privilegio alguno y argumenta, al respecto, con base en el art. 138 Const. («Las diferencias entre los Estatutos de las diversas Comunidades Autónomas no podrán implicar, en ningún caso, privilegios económicos o sociales»).

Desde luego no creo yo que la existencia de diversos regímenes jurídico-civiles diferenciados deba plantearse en términos de privilegio; pero, al propio tiempo, tampoco llego a entender cómo puede traerse a colación el artículo 138, que a mi juicio tiene un nítido campo de aplicación: el propio del Derecho público y, en particular, en relación con materias fiscales.

Por cuanto se refiere a la apreciación recogida en primer lugar, insisto en que, con la Constitución en la mano, no sólo no desaparece el Derecho foral, sino que su propia existencia es el criterio material de atribución de competencias respecto de la legislación civil a ciertas Comunidades autónomas y, en consecuencia, la propia organización constitucional (por emplear los mismos términos de E. ROCA) resalta la pervivencia de aquél. Cuestión bien diferente es que la expresión *Derecho foral*, en sí misma considerada, tenga claras resonancias históricas y que pueda discutirse su relativa impropiedad semántica; en contraste, es expresión que tiene hoy un valor entendido que nos permite discurrir sobre el tema sin continuas precisiones de carácter terminológico.

Así, pues, respecto de la legislación civil, al mantenerse en la Constitución de 1978 el planteamiento histórico, ha de decirse que el sistema constitucional sigue estando asentado más que en un verdadero marco autonomista, en el propio esquema tradicional de la cuestión foral. Por consiguiente, el desenvolvimiento de las relaciones entre el Derecho común y los Derechos forales y la innegable *vis atractiva* de aquél, en cuanto ordenamiento más desarrollado y completo, ha de entenderse que siguen planteados en similares términos a los que se daban con anterioridad a la Constitución. Así lo ha entendido también uno de nuestros mejores estudiosos de Derecho foral, Jesús Delgado Echeverría. Recuerda dicho autor, cómo en un primer momento, en el Anteproyecto de la Constitución actual, se concedía potestad legislativa en materia de Derecho civil a todas las Comunidades autónomas, «tanto si en ellas estaba vigente, o lo había estado, un Derecho civil foral o especial propio, como en el caso contrario». Señala a continuación que, después, se produce una corrección de dicho rumbo, porque tal planteamiento «pareció excesivo o inadecuado al legislador constituyente» y que «se pasó, entonces, de la consideración de la legislación civil como competencia posible de toda Comunidad autónoma, a la restricción a aquellas en que exista un Derecho civil foral o especial y dentro de los límites —por más elásticos que éstos sean— de su conservación, modificación y desarrollo. Del autonomismo al foralismo» (16).

Comparto plenamente dicho planteamiento y, con olvido del Anteproyecto de la Constitución, diría a mi vez: *mantenimiento del foralismo*. No se trata de un puro juego de palabras, ni de alterar de forma subrepticia la indudable brillantez y rigor del estudio de Jesús Delgado. Pretendo simplemente —lo que no es poco— resaltar que la cuestión sigue donde estaba y tampoco dudo en afirmar que me congratulo sinceramente de la modificación del planteamiento del Anteproyecto. Me hubiera parecido vía insensata *pluralizar* el Derecho privado otorgándole competencia legislativa en la materia a territorios que nunca abanderaron particularidades tales que sean incompatibles con los esquemas codificados. La Historia demuestra, a mi entender, de forma inconcusa que los juristas y la propia sociedad han seguido la senda de la homogeneidad del Derecho privado y que —en términos generales— la consecución de tal meta ha de ser considerada como una indudable conquista. No me muevo, no obstante, en

---

(16) *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 328. Sentado ello, en páginas posteriores (332 y ss.), se detiene J. DELGADO en subrayar, de forma especialmente interesante y realizando un análisis a lo que me parece original, la dicotomía existente entre *Comunidades de autonomía plena* y *de autonomía menos plena* (ex arts. 151 y 143 Const., respectivamente), en relación con la competencia sobre materia civil. Las ideas centrales sobre tal punto (y, en general, un resumen del artículo de J. DELGADO) pueden cfr., también en la *Puesta al día de los «Elementos de Derecho civil»* de José Luis LACRUZ BERDEJO (fechada en septiembre de 1979), págs. 1-4. Pero dado que tal bipartición resulta de interés exclusivo para las *Comunidades autónomas forales* (nueva expresión de dudosa propiedad, pero espero que de fácil inteligencia) no estimo aconsejable extenderme en el tema.

clave antiautonomista ni antiforalista, pero creo que la ruptura de la uniformidad juridico-privada (en los márgenes en que se da actualmente) hubiera sido caminar contra la historia.

Tampoco soy partidario de la desaparición *manu militari* de la falta de uniformidad juridico-privada y en tal sentido, considero defendible la conservación, modificación y desarrollo de las peculiaridades juridicas de los países forales. Pero —he ahí el *quid*— ¿cómo ha de interpretarse dicho inciso de la Constitución?; ¿al estilo navarro? Responderé a tales interrogantes con pocas palabras: a mi entender, el desenvolvimiento de los Derechos forales ha de ceñirse a los *supuestos institucionales* (esto es, *realidades materiales* peculiares o reguladas con criterios peculiares) tradicionalmente características de los respectivos territorios y divergentes (por su propia materia, o por los criterios de regulación) del sector del ordenamiento juridico-civil (el llamado *Derecho común*) que, también por razones históricas, ha desplegado un papel de punto de referencia necesario y ha conseguido una más alta cota de perfeccionamiento técnico por ser *hic et nunc* un sistema juridico completo, circunstancia que no se puede predicar de *ninguno* de los Derechos forales (Compilación navarra incluida).

Propugnar, por consiguiente, que el *desarrollo de los Derechos forales* no ha de atender a su estado actual, a los supuestos institucionales regulados en las Compilaciones (si se dejan a salvo los excesos de la navarra), entiendo que supone una alteración gravemente perturbadora del propio precepto constitucional, en cuanto manipulación del planteamiento historicista en que se asienta la misma Constitución (17). Si bien se piensa, nada parece más lógico: la propia automarginación del fenómeno codificador preconizada por los *países forales* y el posterior *statu quo* de la materia, encuentran su fundamento en consideraciones que siempre hunden sus raíces en la historia: en la existencia no ya sólo de sistemas normativos diversificados, sino fundamentalmente en el mantenimiento de estructuras familiares y socio-económicas (sobre todo, con referencia a las explotaciones agrarias) que, perfectamente ostensibles todavía en el siglo XIX, impidieron la homogeneización del Derecho privado en todas las regiones españolas, esto es, si la uniformidad juridico-privada predicada por el movimiento codificador (18), a consecuencia de la propagación y generalizada aceptación

(17) Destaca de forma particular la debida adecuación de los Derechos forales a su propio pasado y principios inspiradores F. SANCHO REBULLIDA, *El futuro de los Derechos forales*, en Revista general de legislación y jurisprudencia, 1977, págs. 315 y ss. Tras la vigencia de la Constitución, cfr. el tantas veces citado artículo de J. DELGADO ECHEVERRIA, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 340.

(18) Plausible en abstracto y de innegables connotaciones progresistas: las mismas, a fin de cuentas, de la *Revolución burguesa*; la cual, si *a posteriori* ha merecido fundadas críticas (sobre todo por los juristas adscritos a la órbita socialista) en atención a la *igualdad formal* en que se asentaba, es evidente que supuso un paso adelante en comparación con la multiplicidad de estatutos y regímenes prerrevolucionarios característicos del *ancien regime*, de su esquema de organización social y de su sistema de producción.

del ideario iusracionalista, fue repudiada (19) por los países forales en base a consideraciones de carácter historicista (y, sobre todo, por cuanto se afirmaba que el Derecho privado —o, mejor, las instituciones jurídico-privadas por aquél reguladas— no podía ser recreado racionalmente y que debía seguir la línea de lo socialmente practicado), no creo acertado alterar ahora los términos de la cuestión propugnando que cada Comunidad autónoma foral, con preterición de los presupuestos históricos, *se construya racionalmente su propio Código civil*, «chupando rueda» —permítaseme el símil ciclista— de la moderna dogmática, desarrollada precisamente de acuerdo con los esquemas codificados.

En definitiva, que no puede desconocerse o minimizarse, sino que al contrario ha de subrayarse, el hecho de la adecuación técnica existente entre la Constitución de 1978 y el planteamiento histórico de la cuestión, como a continuación tratare de ilustrar.

2. *Las dos redacciones del Título preliminar del Código civil: los artículos 12 y 13 de dicho cuerpo legal*

He transcrito ya con anterioridad los preceptos a los que me refiero en el epígrafe y no voy a reiterar aquí su tenor literal, aun cuando las consideraciones de carácter comparativo que voy a realizar acaso lo aconsejaran. Una lectura medianamente atenta de ambos preceptos arroja en efecto, ciertas diferencias en el enfoque de la cuestión que no pueden ser despreciadas o minulavoradas (20):

1. En primer lugar, el artículo 13 actual evidencia una mayor estabilidad de los Derechos forales o un trato más deferente hacia los mismos: la transitoriedad que se dejaba denotar en el artículo 12 originario desaparece al suprimirse la expresión *por ahora*. Al propio tiempo el planteamiento de 1889 de que los Derechos forales *se conservarían*, se ve ahora sustituido por el *pleno respeto* a los mismos.

---

(19) E insisto en que, a mi entender, en tales términos el rechazo de la *uniformidad codificada* se encontraba perfectamente fundado.

(20) El autor más atento, sin duda, al abanico de problemas planteados por los artículos 12 y 13 del Código civil (en la redacción originaria y actual, respectivamente), en relación con el actual artículo 4-3.º, es el profesor LALAGUNA, quien ha ofrecido un incisivo análisis de la materia en sucesivas publicaciones sobre tales extremos: *Valor del Código civil como Derecho común después de la reforma del Título preliminar*, en Documentación jurídica, 1974, núm. 4, págs. 1261 y ss., *Aplicación del Código civil como Derecho supletorio de otras leyes*, en Revista de Derecho privado, 1976, págs. 589 y siguientes; *Ámbito territorial de aplicación del Código civil*, en Revista de Derecho privado, 1977, páginas 311 y ss.; así como en sus colaboraciones en los *Comentarios a las reformas del Código civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1977, págs. 239 y ss. y 681 ss. y en los *Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBADALEJO, tomo I, EDESA, Madrid, 1978, págs. 451 y siguientes. La amplitud, sin embargo, de tales escritos y el elaborado nivel técnico de los mismos —como he tenido oportunidad de resaltar en alguna otra ocasión—, me hacen desistir de tratar siquiera de señalar los ejes cardinales de la producción doctrinal del profesor citado.

2. En segundo lugar, parece admitirse por conocidos juristas que, mientras de acuerdo con el artículo 12, el Título preliminar del Código había de considerarse aplicable en toda España, «conforme al presente, quedan fuera, al menos, las fuentes del Derecho, ya que no deben estimarse comprendidas entre *los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación*» (21).

Personalmente considero que, en relación con las fuentes del Derecho, el análisis del artículo 13 debe arrojar conclusiones similares a las que se deberían haber obtenido antes de la reforma del Título preliminar. Si las fuentes del Derecho se consideran hoy excluidas por no poder estimarse insertas en «los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación» (art. 13), parece claro que tampoco deberían haberse considerado comprendidas en «los efectos de las leyes y de los estatutos y las reglas generales para su aplicación» (art. 12). De hecho, bajo la vigencia del Título preliminar originario, ni siquiera el más recalcitrante de los «centralistas», llegó a poner en duda, por ejemplo, la vigencia de la *costumbre contra legem* en Navarra (22), supuesto sin duda paradigmático en la materia de fuentes del Derecho. Antes bien, todos los estudiosos de Derecho civil —foralistas o no— señalaban dicha particularidad del Derecho navarro, precisamente con la finalidad de resaltar que las relaciones entre ley y costumbre no tenían por qué seguir con carácter general el criterio de la primacía de la ley consagrado de forma definitiva por los cuerpos codificados.

Mas, sea de este segundo punto lo que fuere y advertida la diferencia de trato que en relación con los Derechos forales manifiesta el actual artículo 13 del Código civil, lo que aquí interesa subrayar ahora es que determinados sectores del Código civil tiene *aplicación general y directa en toda España*, en expresión del propio precepto mencionado. De acuerdo con su tenor literal, estrechamente entendido, tales sectores quedarían reducidos a los siguientes:

---

(21) Así lo entiende HERNÁNDEZ GIL en *Génesis y aportaciones del nuevo Título preliminar del Código civil*, en «Ciclo de conferencias sobre el nuevo Título preliminar del código civil», Barcelona, 1975, pág. 19.

(22) De acuerdo con la ley 2 de la vigente Compilación o fuero Nuevo (Ley 1-1.º), la costumbre es la primera fuente del Derecho en Navarra. A su vez, la ley 3 admite la *costumbre contra legem* en los siguientes términos: «la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea contra ley, prevalece sobre el Derecho escrito».

Conviene recordar que el término *ley*, multívoco ya de por sí en los textos jurídicos, en la Compilación Navarra equivale también a los *artículos* de la moderna técnica legislativa. Consciente de semejante particularidad, la propia Exposición de motivos considera que «debe advertirse a este propósito que el uso de la palabra *ley* para designar las disposiciones de la vigente Compilación obedece a un criterio de fidelidad a la tradición legislativa de Navarra». La fidelidad a los textos históricos (también los *castellanos* seguían tal procedimiento) es, desde luego, indudable; la oportunidad o conveniencia de semejante anacronismo es, con todo, francamente discutible.

- a) las disposiciones del Título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación;
- b) las disposiciones del Título IV, del Libro I (artículos 42-107), reguladoras de las formas de matrimonio, con excepción de las normas relativas al régimen económico matrimonial;

mientras que «en lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que estén vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

### 3. *El artículo 149 de la Constitución: reconsideración del ámbito de competencia exclusiva del Estado en materia civil*

Si se confronta lo anterior con el artículo 149 de la Constitución, parece a primera vista que el precepto constitucional ha ampliado el ámbito de competencia exclusiva del Estado en materia civil en los territorios en los que existe Derecho foral. Como ya quedara dicho, al final del párrafo tercero, no obstante, la vigencia de los Derechos forales, el Estado tiene competencia exclusiva sobre las reglas relativas a:

- A) la aplicación y eficacia de las normas jurídicas;
- B) las relaciones juridico-civiles relativas a las formas de matrimonio;
- C) la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos;
- D) las bases de las obligaciones contractuales;
- E) las normas para resolver los conflictos de leyes;
- F) la determinación de las fuentes del Derecho, con la salvedad en este punto del respeto de las normas propias de los Derechos forales.

En los apartados A) y B) se da, por tanto, una plena coincidencia material entre Código civil y Constitución (23). Los apartados C) y D) nunca han sido objeto de consideración, al menos en apariencia o de forma explícita por el Código civil, y su procedencia de la Constitución republicana de 1931 parece de todo punto indiscutible. Con todo, adelantaré ya que dichos extremos, atribuidos en general a la competencia estatal (o, dicho de otro modo, la aplicación general y directa en toda España de las disposiciones del Código y leyes especiales sobre

---

(23) Así lo entiende también LOPEZ JACOISTE, *Constitucionalismo y codificación civil*, cit., pág. 605: «En el párrafo constitucional que nos ocupa se mencionan en primer lugar “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”, las cuales reconducidas al tenor del artículo 13 del Código, encontrarían paralelismo en “las disposiciones del Título preliminar en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación”. Luego se refiere la Constitución a “las relaciones juridico-civiles relativas a las formas del matrimonio”, a las cuales en el Código corresponderían “las del título IV libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial” ...»



tales materias), no supone alteración alguna del planteamiento tradicional de las relaciones entre los diversos regímenes jurídico-civiles existentes en España. Con referencia a los dos últimos apartados, la presenta ampliación realizada por el precepto constitucional es mucho más aparente que real y no deja de ser tributaria del planteamiento histórico de la cuestión.

Dada la heterogeneidad de las cuestiones tratadas, conviene estudiarlas brevemente por separado, a efectos de contrastar la adecuación técnica existente entre la Constitución de 1978 y el tratamiento de dichas cuestiones con anterioridad.

#### A) *La aplicación y eficacia de las normas jurídicas*

Como ya he indicado, parece presumible que dicho inciso constitucional no hace más que reiterar la tradicional aplicación general (a toda España) de las disposiciones del Título preliminar del Código civil relativas a los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación. Lo que ocurre es que, en la medida en que se trata de una precisión que de entrada presenta la dificultad de identificar su alcance y que a la postre se ha de reconducir a principios muy generales, su virtualidad efectiva acaso sea mucho menos importante de lo que *prima facie* pudiera parecer.

En relación con el primero de tales puntos, es relativamente fácil afirmar que la referencia constitucional debe relacionarse con los actuales capítulos II y II del nuevo Título preliminar del Código civil, cuyas rúbricas son precisamente *Aplicación de las normas jurídicas* (arts. 3 a 5) y *Eficacia general de las normas jurídicas* (arts. 6 y 7). Pero con ello no se habrá delimitado un campo preciso en el que quepa decir que la virtualidad propia de las normas forales queden de forma automática excluidas. La misma generalidad de los principios establecidos en los artículos mencionados del Código civil (criterios interpretativos; juego de la equidad y de la analogía; ignorancia de la ley y error de derecho; renuncia de derechos y exclusión voluntaria de la ley aplicable; actos *contra legem* y fraude a la ley; ejercicio de los derechos conforme a la buena fe y repudiación del abuso del derecho) incrementa, sin duda, la dificultad de la materia. Suponiendo, pues que el ámbito de la primera reserva constitucional sea el que permiten identificar los artículos 3 a 7 del Código civil, acaso hubiera de reconocerse que, precisamente por su excesiva generalidad, obtener la conclusión de que las modalizaciones propias de los Derechos forales (y, en consecuencia, de las Comunidades autónomas respectivas), han de quedar excluidas de forma absoluta, sea una deducción errónea. Al propio tiempo, es evidente que algunas de las cuestiones a las que se refieren los artículos del Código civil involucran cuestiones que, a querer ser precisos, se enmarcan de forma definida en el campo de las fuentes del Derecho. Y dado que con referencia a esta últimas se han de respetar las propias

normas de los ordenamientos forales, parece lógico admitir la virtualidad de las normas forales (y de las Comunidades autónomas) al respecto.

Supongamos, por ejemplo, que se discuta sobre la adecuación de las normas que actualmente contienen las Compilaciones sobre materia de interpretación respecto del sistema estudiado:

«Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica catalana, encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan» (Compilación de Cataluña, art. 1-2.º).

«Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica balear encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos se derivan» (art. 1-2.º de la Compilación balear).

«Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomará en consideración la tradición jurídica encarnada en las antiguas leyes, costumbres y doctrinas de que aquéllos se deriven» (art. 2-2.º de la Compilación gallega).

«Constituyen el Derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su régimen jurídico» (art. 1 de la Compilación aragonesa).

«Como expresión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho Privado Foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; los mejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra; los demás textos legales, como los fueros locales y el Fuero Reducido; y el Derecho Romano para las instituciones o preceptos que la costumbre o la presente Compilación hayan recibido del mismo» (ley 1-2.º de la Compilación navarra).

Como puede observarse, las normas transcritas son de muy diferente corte. Las Compilaciones balear y gallega repiten la fórmula adoptada por la catalana. La fórmula aragonesa —a mi entender la más correcta— sin ser propiamente interpretativa, es evidente que exige la inteligencia de sus preceptos de acuerdo con su propia tradición jurídica. La norma navarra, prolija, sin duda, exige igualmente beber en las propias fuentes históricas.

Pero, ¿puede decirse que semejantes normas exceden el propio ámbito material de los Derechos forales, por quedar sometida la materia interpretativa a la competencia estatal? ¿O por contradecir el actual artículo 3-1 del Código civil, donde se recogen los criterios interpretativos que, de aceptar una rígida comprensión del sistema del artículo 13, habrían de tener aplicación directa y general en toda España?

A mi juicio, ambos interrogantes merecen una respuesta negativa.

B) *Las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio*

En relación con tal reserva, y con innegable acierto, ha dicho recientemente J. Delgado (24) que «el actual constituyente, tras muchas oscilaciones en textos previos, ha acuñado la pesada y compleja expresión» que se utiliza como rúbrica del presente epígrafe. Indica a continuación el mismo autor que «el anteponer lo de las *relaciones jurídico-civiles* se explica, probablemente, como intento de aclarar que el Estado no se reserva competencia alguna sobre el matrimonio canónico, fuera del reconocimiento de sus efectos en el ordenamiento estatal (es decir, civil, como opuesto a canónico)» (25).

La expresión es evidentemente recargada (el art. 15-1.º de la Constitución republicana se limitaba a decir la *forma del matrimonio*) y posiblemente, junto al dato aportado por el profesor Delgado su redacción definitiva se deba, asimismo, al intento de contraponer *relaciones «jurídico-civiles»* y *relaciones jurídico-patrimoniales* dimanantes del acto matrimonial. De todas formas, la expresión no es, desde luego, brillante y, por supuesto, no añade nada al planteamiento tradicional de la cuestión en los artículos 12 y después 13 del Código civil y en las normas respectivas de las diversas Compilaciones.

Sabido es que el régimen económico-familiar (que no sólo económico-matrimonial, aunque si lo sea fundamentalmente) ha sido precisamente una de las materias divergentes de los diferentes Derechos civiles existentes en España. Es más, puede decirse que dicha materia es la manifestación más sobresaliente de un diverso entendimiento del *fenómeno familiar* y que, en consecuencia, ha sido hasta la fecha el impulso más caracterizado del propio desenvolvimiento de los Derechos forales, imbricando de forma señalada cuestiones sucesorias y, en menor extensión, capacidad de los elementos o componentes familiares. Dicho ello se comprenderá que, a pesar de que el régimen económico matrimonial sea también una relación jurídico-civil, es obvio que la inteligencia de esta última expresión, utilizada por el artículo 149 de la Constitución, haya de quedar limitada a aspectos no patrimoniales del estado matrimonial. Cualquier pro-

---

(24) *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 341.

(25) *Los Derechos civiles...*, cit., pág. 342.

puesta en contrario, aparte de infundada y contraria al decurso de los diferentes Derechos civiles coexistentes en España, es evidente que los vaciaria de contenido de una manera casi absoluta. En suma, se trataría de una propuesta absurda.

Así, pues, la expresión constitucional ha de ser entendida como reserva a la competencia estatal de lo que técnicamente se conoce con el nombre de *sistema matrimonial*; esto es, la solución concreta que se dé al «problema de la armonía de los distintos ordenamientos confluyentes en la regulación del contrato y estado matrimoniales» (26) que en nuestro país tiene una conocida historia por la persistente confesionalidad del Estado y la conmixción entre el *Codex iuris canonici* y la propia legislación estatal.

En buena medida, el problema de la fijación de un sistema matrimonial (de acuerdo con el artículo 42 del Código civil, el de matrimonio civil subsidiario; reconvertido, sin embargo, a sistema facultativo o electivo, a través de un persistente, paradójico y sucesivamente contradictorio desarrollo reglamentario de dicho precepto) creo que aparece en la actualidad basculando sobre la cuestión del divorcio vincular, cuya desembocadura final desconozco en sus términos concretos, claro es, en el momento de redactar estas páginas. Pero, con independencia de tal andadura, que no me atrevo a vaticinar, creo interesante recoger aquí una interesante indicación de J. Delgado, quien advierte que «un problema peculiar puede plantearse con el divorcio» para explicitar a continuación un planteamiento bifronte del tema que merece ser objeto de expresa consideración:

1. «Es defendible —dice— que (el divorcio) puede ser objeto de legislación regional, como desarrollo del Derecho foral, que no roza, de otra parte, con la cuestión de las *formas de matrimonio*».
2. «Aun más fundadamente podría defenderse, dadas las concepciones más extendidas sobre el principio de unidad familiar en los Derechos forales, que una Comunidad autónoma conserve su Derecho foral dictando leyes contrarias al divorcio que una legislación estatal introduzca» (27).

Más que proponer soluciones concretas o pronunciarse por cualquiera de los polos de la alternativa, lo que hace Jesús Delgado es recoger por escrito cierto ambiente que se deja palpar en relación con el divorcio; tema siempre idóneo para provocar radicalismos con olvido de un verdadero análisis técnico (el cual, también siempre, se da *a posteriori* para justificar aquellos). Un buen ejemplo de ello lo han ofrecido algunos políticos que, a pesar de ser al mismo tiempo juristas,

(26) A. DE COSSIO Y CORRAL, *Instituciones de Derecho civil*, II, Ed. Alianza, Madrid, 1975, página 727.

(27) *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., págs. 342-343.

se han devanado los sesos —al menos aparentemente, pues, en el fondo, el concluir de una forma u otra estaba ya decidido en atención a la ideología de su clientela política— para demostrar que la Constitución era —y es— «divorcista», atendiendo al artículo 32 de la misma. ¿No se trataría, en realidad, por tales sujetos de pretender que en la Constitución se insertara una prohibición concreta y expresa, en virtud de la cual el legislador ordinario no pudiera regular un eventual divorcio? Esto es, querían una cláusula de salvaguarda de la indisolubilidad del matrimonio, un precepto anti-divorcio, y como no pudieron conseguirlo en sede constituyente, hubieron de manipular el precepto constitucional, por no querer reconocer que si el divorcio viene, no es porque lo diga la Constitución (que no lo dice), sino porque es una necesidad socialmente sentida.

Pues bien, en este orden de cosas, parece que algún sector de juristas navarros comienza a velar sus armas propugnando que una ley estatal sobre divorcio no sería aplicable en Navarra. En el fondo se trata de preservar a dicho territorio de las «nefandas consecuencias» de cualquier incumbencia que pudiera —y ya será difícil— resquebrajar la fortaleza de la oligarquía y fuerzas conservadoras que tradicionalmente han detentado omnímodo poder en dicha provincia. Por lo mismo, pero a la viceversa, cabría plantear que en otros territorios, donde la reacción no tiene baluarte alguno (y, de forma automática, hay que pensar en Cataluña), el divorcio podría ser competencia legislativa de la respectiva Comunidad autónoma. Resumido, así el *entourage* político de la cuestión, vayamos ahora al análisis técnico de ambas propuestas: consideración del divorcio como materia susceptible de legislación regional y restricción del ámbito territorial de aplicación de una eventual ley estatal sobre el divorcio.

A mi entender ambas proposiciones llegan a conclusiones que, *de lege lata* no merecen plácemes por su inadecuación con el conjunto del sistema y que *de lege ferenda* introducirían más perturbaciones que ventajas en el cotidiano devenir jurídico de las diferentes *regiones* (o Comunidades, si se prefiere). La primera de ellas se asienta en una reducción excesiva de lo que se haya de entender por *formas de matrimonio*. El propio J. Delgado interpreta dicha expresión en el sentido de que «se trata de reservar al poder central la fijación del sistema matrimonial español, es decir, la determinación de la validez y eficacia civil de los matrimonios civiles y canónicos, así como la regulación de la celebración de los primeros» (28). Corolario lógico de ello es entender que, al menos, la determinación de la eficacia de los matrimonios civiles implica de forma necesaria plantearse la cuestión de la disolubilidad o indisolubilidad del matrimonio y que, por ende, el tema del divorcio entra de lleno en las *formas del matrimonio* y, en definitiva, queda reservado a la competencia estatal.

---

(28) *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 342.

En atención a lo dicho, tampoco me parece defendible la segunda proposición: la competencia estatal en la materia es exclusiva, como indica sin paliativos el artículo 149 de la Constitución. Pero es que, de añadidura, hablando incluso en términos *de iure condendo*, la innegable predominancia del principio de unidad familiar en los Derechos forales (que, con todo, sólo se daría en relación con el Código civil en los aspectos que antes he denominado económico-familiares y no en relación con la propia estructura y función de la institución matrimonial, idéntica siempre en todos los territorios ibéricos) no creo que debiera llegar a desvirtuar una eventual consagración legislativa del divorcio, cuyo punto de partida esencial vendría constituido por la efectiva ruptura de la unidad familiar.

### C) *La ordenación de los registros y de los instrumentos públicos*

El tema enunciado hace saltar a la palestra una de las materias que, de acuerdo con lo expuesto hasta ahora, la Constitución atribuye a la competencia estatal, sin que hubiera sido objeto de consideración con anterioridad por los artículos 12 y 13 del Código civil. No obstante, ya he dicho antes que la inserción constitucional de este punto (y otros que después veremos) no supone alteración alguna del planteamiento tradicional de las relaciones entre los diversos derechos civiles coexistentes en España. Interesa resaltar tal idea, ya que de propugnarse lo contrario, acaso pudiera considerarse oportuno preconizar una interpretación restrictiva del mandato constitucional que considero, aparte de superflua, extraordinariamente perturbadora para el tráfico jurídico.

Pero, ante todo, tratemos de determinar someramente el significado de la expresión *ordenación de los registros e instrumentos públicos*, inspirada en cierto sentido en la Constitución republicana de 1931. Hablaba ésta, en el artículo 15-1.ª, de *ordenación de los registros e hipotecas* y la misma frase se mantuvo en los trabajos preparatorios de la actual Constitución, hasta que en el Senado una enmienda de Ballarín introdujo la expresión hoy consagrada. Como indica el profesor Delgado Echeverría, «la mención de los *instrumentos públicos* tiende a cercenar las facultades que pudieran tener las Comunidades autónomas relativas al notariado» (29). No creo que puedan caber demasiadas dudas respecto a la anterior afirmación del autor tantas veces citado: parece indudable que, mediante la enmienda aceptada por el Senado y asumida posteriormente por la Comisión mixta, se ha tratado de *mantener* una uniformidad ya conseguida de hecho. Pero, desde otra perspectiva, creo que la alteración de la frase no puede ocultar el verdadero sentido de la reserva constitucional ahora analizada: *la ordenación de los registros*, con referencia textual a las hipotecas o sin ella, pretende sancionar (en el sentido de ratificar) una situación conocida desde hace

---

(29) *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 343.

largo tiempo y que, en pocas palabras, resumiría diciendo que se trata de resaltar que todas las regiones españolas estaban sometidas con anterioridad a la Constitución a unas mismas leyes sobre la materia (30). Entre éstas, creo que habría de destacarse, incluso por quien sea lego en Derecho, la Ley hipotecaria (desde 1861) y, desde luego, la Ley de registro civil (la derogada de 1870 y la vigente de 8 de junio de 1957). Y atiéndose a que la primera, aunque formalmente aparezca como cuerpo aparte, materialmente forma parte del Código civil y ha tenido aplicación general en toda España, sin que jamás fuera puesta en duda su aplicación en los territorios forales. Es más, la creación de un *sistema hipotecario* (como todos, creación racionalizada y *ex novo*, reclamada por imperiosas exigencias de movilización de capital y de incremento del mundo crediticio del siglo XIX) fue recibida con alborozo por todos los juristas y por la clase mercantil e industrial, en cuanto permitía el proceso de capitalización reclamado por las instancias socio-económicas del momento.

Ante tales consideraciones, sucintamente expuestas desde luego, me parece extraordinariamente aventurado deducir de la alteración gramatical de la frase en cuestión un replanteamiento tendente a legitimar la *regionalización* de la materia, como pretende de reciente Encarna Roca i Trias: «Esta expresión se refiere exclusivamente a la organización de la fe pública en el territorio español, pero no a la regulación de determinados tipos de derechos reales, como son las hipotecas, en cuyo caso y a diferencia de lo que ocurría en la Constitución de 1931, podrán corresponder a las Comunidades autónomas la creación o supresión de determinados tipos de derechos reales de garantía, siempre que se ajusten a las condiciones de publicidad que, a través de la organización de los Registros, establezca el Estado» (31).

#### D) *Las bases de las obligaciones contractuales*

Se trata igualmente de una expresión, en este caso sin alteración alguna, procedente del artículo 15-1.ª de la Constitución republicana, cuyo verdadero alcance es difícil de delimitar: la Constitución no puede entrar en detalles, pero debería ofrecer al menos las claves oportunas para determinar el significado de sus afirmaciones generales. ¿Cuáles serán tales claves? ¿Se encuentran ínsitas en la propia Constitución?

Refiriéndose al período de vigencia de la Constitución republicana, ha dicho recientemente Encarna Roca que la «expresión es ciertamente muy ambigua y podría referirse a varios temas: o bien el derecho mercantil, dado que

(30) En el mismo sentido LOPEZ JACOISTE, *Constitucionalismo y codificación civil*, cit., página 605: «La mención (de tal) extremo no entraña novedad de fondo, pues tanto la legislación hipotecaria y notarial como sus respectivos reglamentos contaban y cuentan con aplicación en toda España.»

(31) *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, cit., págs. 30-31.

la tendencia de la época era hacia la unificación en este punto entre el Derecho civil y el mercantil, o bien podría referirse asimismo a un posible proyecto de Código civil, en el que regulasen de forma nueva las obligaciones contractuales» (32). Ante semejante alternativa (que personalmente considero más formal que material), entiende la autora que «la primera interpretación en la más factible, si bien es cierto que en aquellos momentos no se contaba con un proyecto sobre la materia» (33).

Lo cierto es que bajo la vigencia de la Constitución republicana, como ha puesto de manifiesto López Jacoiste, «tal previsión no parece haber dado lugar a consecuencias concretas, al menos con reflejo legal o jurisprudencial importante» (34). El propio autor resalta que «los presupuestos verdaderamente fundamentales de la contratación ofrecen escasas contradicciones (en los diversos regímenes jurídico-civiles españoles); y las que efectivamente puedan existir obedecerán, seguramente, a puntos de vista tan radicales que resultarán prácticamente inseparables de las correspondientes fuentes del Derecho, en las que encontrarán cumplida protección».

Innecesariamente es advertir que la ambigüedad sigue siendo la nota dominante en la actual Constitución, mas con la diferencia de que, en el momento de publicación de ésta, algunas de las Compilaciones forales contienen normas específicas sobre las obligaciones contractuales; dato que, naturalmente, no ha pasado inadvertido a los autores que han estudiado el tema y que vengo citando. Encarna Roca i Trias, tras sentar como premisa que «todos los regímenes civiles nacionales tienen sus normas en materia de obligaciones y contratos, algunas veces reveladoras de la existencia de principios distintos en esta materia» (35) y recordar sus propias consideraciones antes transcritas, se preocupa en subrayar que el Estado se reserva la legislación exclusiva en materia mercantil y sólo se reserva la legislación civil sobre las bases de las obligaciones contractuales, «de modo que se indicará a las comunidades autónomas las pautas a las que, en este tema, deberá ajustarse la legislación de las distintas comunidades autónomas»; para acabar concluyendo en los términos siguientes: «Ciertamente no veo la justificación de esta competencia, teniendo en cuenta, además, la existencia de normas sobre la materia de los distintos derechos civiles españoles» (36).

Desde una perspectiva más incisiva, entiende Jesús Delgado que sería una *incoherencia de fondo* privar a las Comunidades autónomas de las competencias sobre la materia contractual actualmente reguladas por algunas de las Compilaciones. Para evitar tal resultado, recuerda el propio Delgado, la Minoría

---

(32) *El Derecho civil...*, cit., pág. 15.

(33) *El Derecho civil...*, cit., págs. 15-16.

(34) *Constitucionalismo y codificación civil*, cit., pág. 605.

(35) E. ROCA, *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*, cit. pág. 31.

(36) *El Derecho civil...*, cit., pág. 32.



catalana presentó una enmienda, en virtud de la cual el Estado hubiera tenido competencia exclusiva sobre las bases de las obligaciones contractuales, *sin perjuicio del mantenimiento de las peculiaridades de las mismas que estuvieren vigentes en el Derechos sustantivo de los territorios autónomos*. Rechazada tal enmienda, afirma el autor citado que la virtualidad del vigente precepto constitucional radica en que se ha de «interpretar restrictivamente la competencia legislativa regional en materia de Derecho de obligaciones y de contratos en general, en las que no podría irse más lejos de lo que hoy es Derecho foral vigente» (37). A semejante entendimiento de la cuestión me adhiero de forma plena.

#### E) *Las normas para resolver los conflictos de leyes*

De acuerdo con ello, tanto los problemas de Derecho internacional privado (planteados entre los ordenamientos jurídicos de diferentes Estados) cuanto los problemas de Derecho interregional (conflictos entre las diversas legislaciones civiles coexistentes en España), han de resolverse en base a las normas emanadas del Estado. En la actualidad, el artículo 16 del Código civil señala que los conflictos de leyes entre los diversos sistemas jurídico-civiles españoles se acomodarán a las propias *Normas de derecho internacional privado* del propio Código (arts. 8 a 12), teniendo en cuenta algunas particularidades que el mismo artículo 16 enumera.

Dada la complejidad de la materia, considero desacertado extenderme en la exposición de la misma. Me limito a indicar, siguiendo a J. Delgado, que en las actuales Compilaciones existen algunas normas de Derecho interregional que, a su entender, hay que seguir considerando como vigentes: el alcance del precepto constitucional comentado se reduciría «a privar a las Comunidades autónomas del poder de dictar, en el futuro, normas de similar contenido» (38).

#### F) *La determinación de las fuentes del Derecho*

El artículo de la Constitución comentado, tras establecer que la determinación de las fuentes del Derecho es competencia exclusiva del Estado, recorta tal competencia a continuación al decir que tal principio se sienta *con respeto a las normas de derecho foral o especial*.

Plantea la norma cuestiones realmente arduas y que, como ya he indicado, están profundamente relacionadas con uno de los epígrafes antes analizados (la aplicación y eficacia de las normas jurídicas). El pleno respeto a los Derechos forales en esta materia me parece perfectamente justificado: ya he avanzado que

(37) DELGADO, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., págs. 343-344.

(38) J. DELGADO, *Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., pág. 344.

las relaciones entre ley y costumbre se sitúan en planos diferentes según el sistema jurídico-civil que se considere (aunque realmente no todos los Derechos forales tienen normas particulares en relación con las fuentes del Derecho) y, en consecuencia, no hubiera sido oportuno desnaturalizar o rebajar la virtualidad de las normas consuetudinarias en los países forales que llegan a admitir la costumbre *contra legem* (Navarra de forma particular). ¿Cabe esperar que dicho entendimiento de la cuestión no se vea alterado cuando los Parlamentos regionales de los países forales comiencen su propia andadura?

Desde otro punto de vista conviene subrayar, con todo, que la regulación propia del Código civil sobre la materia (arts. 1 y 2) tiene un valor característico, que no queda reducido únicamente al ámbito jurídico-civil. Se trata de uno de los aspectos en los que cabe hablar del «valor constitucional del Código civil». Dichos preceptos del Título preliminar tienen aplicación general no ya en sentido territorial, sino que resultan vinculantes en otras materias no civiles. Quede la cuestión apuntada y puesto en duda si la salvedad del inciso final elimina la virtualidad de la regla general de atribución de competencia exclusiva al Estado (39).

## VI. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Llegados a este punto, creo que puedo decir con cierto fundamento que el análisis o disección realizados del precepto constitucional comentado —y su entorno— no pasan de ser una burda aproximación a los problemas que plantea la *regionalización del Derecho privado*. Cualquiera de los puntos estudiados requeriría ser sometido a múltiples matizaciones y, lo que es más importante, a una delimitación de carácter material que pusiera de manifiesto las consecuencias concretas que se pudieran derivar de una interpretación de la Constitución que propugnase una intensificación del fenómeno del *foralismo*, haciéndolo llegar —me remito de nuevo a la plástica frase de Jesús Delgado— al *autonomismo*. Pero, a veces la obra sobrepasa la intención del autor (en este caso es obvio) y además creo haberme ya excedido en la extensión de la ponencia, aunque espero de la comprensión y magnanimidad, tanto de los asistentes a las Jornadas cuanto de los organizadores que se hagan cargo de la complejidad de lo tratado. Debo comenzar, pues, a poner punto final de una vez, a pesar de que ello

---

(39) En relación con este último extremo, J. DELGADO se pronuncia por la afirmativa: «La intención es buena, pero la fórmula —salvo error por mi parte— es incongruente: uno de sus términos destruye necesariamente al otro. Más exactamente, la salvedad elimina la regla, siendo en definitiva que las Comunidades autónomas pueden legislar también sobre fuentes de los Derechos civiles forales o especiales, es decir, lo mismo que si no se hubiera reservado el Estado "en todo caso" la determinación de las fuentes del Derecho. Esto era, muy probablemente, lo que pretendía con su hábil enmienda, en la comisión del Congreso, el profesor Solé Tura» (*Los Derechos civiles forales en la Constitución*, cit., página 345). No obstante, como he dicho en texto, la cuestión es dudosa. Mas requeriría ser analizada con cierto detenimiento, cosa que no puedo hacer aquí.

me genere la frustración de dejarme demasiadas cosas en el tintero. Intentaré, por tanto, más que aportar verdaderas conclusiones, exponer los puntos fundamentales que deberían completar la exposición precedente.

A mi juicio, el planteamiento constitucional de la atribución de competencias, sobre las materias jurídico-civil y mercantil, al Estado de forma exclusiva, merece más plácemes que reproches. Igualmente creo que es perfectamente loable que las Comunidades autónomas en cuya circunscripción territorial rigiera (a la publicación de la Constitución) Derecho foral, tengan competencia propia para legislar sobre materias cuya regulación actual (e histórica) sea disconforme con la legislación civil de aplicación general a toda España. No creo que pudiera ser de otro modo: obtener la uniformidad jurídico-privada por la vía de la imposición de normas reguladoras extrañas a la idiosincrasia de tales territorios, no sólo hubiera sido medida injusta, sino además insatisfactoria y contraproducente.

Ahora bien, tampoco considero resultado a perseguir el fenómeno contrario: la acentuación de los verdaderos márgenes en los que tradicionalmente se ha movido la falta de uniformidad jurídico-privada; esto es, que las legítimas aspiraciones de autonomía política hayan de comportar una hipertrofia de peculiaridades jurídico-privadas. Creo que llego a comprender que la afirmación anterior está transida de impopularidad y que, a lo peor, incluso merecerá críticas recargadamente acres (que no me extrañaría que llegasen a alcanzar al autor, adscribiéndolo a líneas políticas conservadoras o reaccionarias de «entorpecimiento democrático»). La mantengo, sin embargo. De añadidura, indicaría que gran parte del instrumental del Derecho privado, si no el Derecho privado en general, tiene una clara vocación de universalidad que la Historia ha demostrado de forma inconcusa. Pretender lo contrario sería querer nadar contra corriente y, ya se sabe, siempre vence el caudal del río.

Pero es que hay más. De forma inconsciente o deliberada, la propuesta de una regionalización mayor del Derecho privado (ampliando o intensificando la falta de uniformidad jurídico-privada existente en la actualidad) se expande en los últimos meses como si se tratara de una «reivindicación política» contra decisiones dictatoriales y, por consiguiente, con una presunta aureola «democrática» y «renovadora» que francamente resulta más que discutible. A lo peor, se trata en el fondo de una manipulación de datos fundamentalmente técnicos —los de Derecho privado— que pretende ocultar designios políticos que debieran afrontarse de forma nítida y sin tapujos. O sea, que seguiríamos dentro de las mismas coordenadas que antes he tenido oportunidad de resaltar cuando me he referido a la función objetivamente desenvuelta por la tarea compiladora durante el régimen político ha poco fenecido. Sinceramente, considero que no es ésta la vía para lograr una verdadera autonomía política de las Comunidades autónomas. Sí será, sin embargo, causa de algo que —a mi entender— puede

estimarse un retroceso histórico que si merece algún adjetivo no será precisamente el de progresista. La vuelta a «reinos de taifas jurídicos» podrá ser defendida sin duda, por los «oráculos del lugar». Conseguirán así, ser prohombres en sus estrechos márgenes territoriales, pero me temo que a la postre no dejarán de ser «cabezas de ratón» y hacer un flaco servicio a la cultura jurídica. Volverá ésta a un estadio que recordará fruto característicos de aldeanos eruditos que, en sus *Historias de...*, sólo proporcionan datos para la verdadera comprensión de la Historia. «A la búsqueda de fueros locales», podría ser el lema del momento.

Ante ello, urge hacer varias advertencias de sentido común, primero, y ciertas propuestas metodológicas de perfiles técnico-jurídicos, en segundo lugar.

Atendiendo a lo que es el objeto de las normas jurídico-privadas, esto es, las realidades materiales preexistentes a las propias normas, no creo que pueda negarse que en el mundo contemporáneo el *proceso de homogeneización* es casi insultante. La *uniformidad material* de la mayor parte de las relaciones sociales que tradicionalmente constituyen el objeto del Derecho privado (la esfera de arbitrio individual de la persona, sus relaciones familiares, sucesorias y patrimoniales; con independencia de que estas últimas estén regidas por el Derecho civil o por el Derecho mercantil) me parece de tal punto evidente que no creo necesario insistir de forma particular en ello.

Cierto es que los *países forales* se han caracterizado tradicionalmente por haber seguido un esquema familiar y, por ende, sucesorio que, desacorde en líneas generales con el orden liberal codificado, sobrevivió a los siglos XVIII y XIX. Pero también es cierto que mal se compadecía el mantenimiento de tales estructuras familiares con la aceptación, por la burguesía de los mismos territorios, de un sistema económico inspirado en principios divergentes de los que, a querer ser congruentes, servían de soporte a organizaciones familiares «agrarizadas» de escaso futuro. Por eso la codificación mercantil —forma jurídica del primer capitalismo— no sufrió los embates de los juristas de los países forales. De forma alguna podían oponerse a la consagración codificada de un sistema económico propugnado por la clase social triunfante, a la que a fin de cuentas la mayor parte de ellos servían (o servirían, pues no llega a tanto mi conocimiento de sus biografías personales). Resaltar entonces particulares instituciones (digamos que, en buena medida marginales al sistema), podía alimentar cierto espíritu regionalista o nacionalista. Pero, sin fobias ni filias de ningún tipo, olvidando irracionales radicalizaciones, ¿es correcto hoy plantear la cuestión en tales términos? Personalmente estimo que sería más fructífero seguir sendas más cercanas a la realidad social regulada por el Derecho privado. Quizá el propio sistema económico y la homogeneización social subsiguiente a las guerras mundiales hayan comportado una uniformidad material que a muchos iusprivatistas se nos ha escapado mientras discutíamos acerca de si los Derechos

forales y el Derecho común habían de entenderse en clave de excepcionalidad o de especialidad, si aquellos son sistemas propios o no, si incompletos o fragmentarios....

Comprendo que el párrafo anterior es demasiado apretado, excesivamente generalizante. Y me pesa profundamente no poder matizar como fuera debido, pero lo aludido requeriría de por sí una amplia investigación monográfica, si bien en los términos generales en que ha sido expuesto no es fruto de la improvisación. ¿Sobrevivirán también al siglo XX las instituciones más características de los Derechos forales, de contenido fundamentalmente familiar y sucesorio? Mucho me temo que su aplicación se encuentre incluso en la actualidad mucho más restringida de lo que la propia lectura de las Compilaciones en vigor pudiera insinuar.

Es necesario insistir de otra parte en que, en términos también generales, el conjunto normativo que puede identificarse como Derecho privado permite establecer un binomio de extraordinaria importancia, al que de alguna manera ya he aludido. De un lado, habría de considerarse un *sector familiar-sucesorio*. De otro, lo que pudiéramos denominar *Derecho privado patrimonial*, integrado por el Derecho mercantil en general y ciertos sectores del Derecho civil (los que, en jerga académica y de planes de estudio se denominan «Obligaciones y contratos» y «Derechos reales e hipotecarios»), cuya relativa insuficiencia y rigidez para el tráfico comercial determinó que naciera aquél. La bipartición es evidente que requeriría una delimitación más precisa; está expuesta con demasiada tosqueidad. Pero, aún así, creo que es suficientemente significativa para servir de pauta orientadora a cuanto ahora trato de decir.

Quiérase o no, el tráfico económico de bienes y servicios, la contratación en general, la constitución de sociedades anónimas, el régimen de las llamadas propiedades intelectual e industrial, las garantías de carácter real..., pueden decirse hoy día *normalizadas* (por utilizar adjetivo al uso) no sólo en márgenes nacionales, sino más bien internacionales. En dicho resultado, claro está, han influido de seguro bastante menos los elaborados frutos de las grandes cabezas jurídicas, que factores económicos no por plurales y complejos menos conocidos. No se descubre Mediterráneo alguno diciéndolo: el Derecho va remolque de la Economía. Y, dicho ello, cerremos el párrafo con una pregunta ingenua: ¿reclamará el actual orden económico sistemas jurídicos diferenciados en las diversas regiones españolas?

Se comprenderá que, en los términos expositivos que vengo siguiendo, el Derecho privado patrimonial no responde a peculiaridades regionales. Es fruto de las condiciones socio-económicas. Y, además, conviene resaltar que en este punto no cabe ni siquiera confrontar lo que hoy es, de hecho y de derecho, legislación general en atención a la procedencia territorial de las normas. No cabe

decir que es el «Derecho castellano» codificado y, posteriormente, impuesto al resto de las «provincias del Reino», como se decía antaño. Hogaño se olvida a veces, con demasiada frecuencia, la virtualidad y las consecuencias de un larguísimo período histórico (sobre el cual se discute casi todo: la periodificación, los componentes concretos que lo formaban, la significación jurídico-política del mismo, etc.), conocido con el nombre de *ius commune*. Precedió dicho período, claro es, a la codificación y de alguna manera sentó bases de uniformidad en lo que hoy denominamos sociedades occidentales. Sus frutos, racionalizados, sistematizados y reducidos a preceptos abstractos, al mismo tiempo que se adecuaban a las nuevas premisas político-filosóficas, pasaron a constituir buena parte del *Code Napoléon* y, de ahí, entre otros muchos, al Código civil español.

Otro perfil presentaría el sector familiar-sucesorio. En primer lugar, porque las instituciones más representativas del mismo, por definición, se encontraban localizadas, enraizadas en atención a la idiosincrasia propia de territorios diferenciados (no necesariamente desde el punto de vista político, a partir del momento en que puede históricamente hablarse en tales términos). Y, si bien se mira, por ello la resistencia de los *foralistas* durante el larguísimo período de preparación de la codificación civil en España se centró en instituciones que han de adscribirse al sector ahora considerado. Es más, salvando los evidentes excesos de la Compilación navarra («Fuero Nuevo» según denominación preferida por los propios navarros) y algunas peculiaridades (con todo, bastante limitadas, aunque ajustadas, sin duda, en este caso a su Derecho tradicional), contenidas en los libros III y IV de la Compilación catalana, lo mismo puede decirse al analizar las actuales Compilaciones: todas ellas regulan instituciones cimentadas en un tipo de organización familiar y unos esquemas sucesorios (conservación del caserío vasco o de *la casa* aragonesa y navarra, sistemas económico-matrimoniales y consiguientes mecanismos sucesorios...), peculiares sí, pero que acaso hoy se enfrentan con condiciones socio-económicas que no son su *habitat* natural y que, por ello, no facilitan en líneas generales su conservación, modificación y desarrollo. Se comprenderá que habría que hacer aquí un buen número de precisiones; resulta, sin embargo, imposible: habría que proceder a relatar analíticamente Compilación tras Compilación y, ni que decir tengo, que sería ya extralimitación inaudita.

Explicando antes la supervivencia de los Derechos forales y resaltando la parte de verdad que subyacía en los planteamientos de los foralistas durante el siglo XIX, he dicho en algún lugar que el Derecho (sobre todo el privado, pero en alguna medida también el público), no puede ser una creación de gabinete. ¿Se estarán encendiendo muchas lámparas en los gabinetes de los países forales?