

EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL Y SU DIVERSIDAD LEGISLATIVA

A la memoria de Miguel Juan de Magarola y Clariana, del Consejo de Aragón y fundador en 1614 de la Real Academia de Jurisprudencia de Barcelona, a cuya larga estirpe de juristas me honro en pertenecer.

I. Introducción.

Excmo. y Magfco. Sr. Rector, Excmas. e Ilmas. Autoridades, Sras. y Sres.: cuando el Ilustrísimo Sr. Decano me hizo el encargo de pronunciar la lección inaugural del curso académico 2006-2007, acepté inmediatamente al tiempo que agradecía el honor que se me confería al incorporarme a la ya larga lista de oradores que han ocupado esta tribuna con tan fausta ocasión, y pedí algo de tiempo para concretar el tema de la lección. Poco tardé en hacer balance entre los temas que ocupan el escenario del civilista español de estos primeros años del siglo XXI, y en llegar a la conclusión de que sin duda alguna la cuestión que más largo tiempo ocupó la atención de los juristas españoles del siglo XIX, y no pocos de los esfuerzos del siglo XX, cobra de nuevo tintes de verdadera urgencia y se presenta de las interpelaciones más importantes que la marcha de las cosas dirige a los civilistas: el estado actual de la diversidad legislativa que singulariza el Derecho civil español respecto de todos los derechos civiles del llamado sistema continental, desde el período codificador, y que ahora se muestra bajo una luz distinta¹.

El reto es delicado y los caminos que hay que seguir para afrontarlo están llenos de dificultades, como podrán comprobar quienes me escuchan, pero acude en mi ayuda la modestia de la pretensión que me guía, que, lejos de consistir en proponer soluciones, se limita a exponer un sucinto catálogo de problemas de variado orden a los que habrá que buscar colectivamente soluciones. Desde luego, honradamente creo que no se puede tratar prioritariamente de otras cuestiones, de las muchas que cargadas de interés suscita la marcha actual del Derecho civil, sin faltar al primero de los deberes de un docente y de un investigador que no es otro que acotar los contornos de lo que hoy llamamos área de conocimiento y sin sucumbir a un sospechoso secretismo, muy distante de la claridad del debate habido hace aproximadamente doce décadas, porque son precisamente esos contornos los que entre otras muchas cosas, como el método a seguir para hacerlo, se hallan en juego en los tiempos que nos toca vivir.

Para ello es imprescindible un breve planteamiento histórico que me propongo llevar a cabo con ayuda de dos obras de la máxima influencia y altura teórica del Derecho civil español del pasado siglo y probablemente de todos los tiempos, que son el *Derecho civil de España* de Don Federico de Castro y Bravo, y el *Derecho civil español, común y foral* de Don José Castán Tobeñas, obras ambas cuya repercusión en la formación de los civilistas hispanos en vano intentaríamos ponderar, y a las que expresamente me remitiré para todos los datos

¹ De “eterno retorno del Derecho foral”, hablaba con brillante verbo, y profesión de fe foralista el Prof. Alonso Pérez en la lección inaugural del curso académico 1998-1999 titulada *Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en la España del 98 y sus fundamentos ideológicos*, Salamanca, 1998, págs. 107 y ss., aunque tal vez ese posicionamiento tiene sabor a secreta despedida nostálgica.

referentes a codificación y unidad legislativa en materia civil desde la segunda mitad del siglo XVIII hasta mediados del pasado siglo XX.

Los Estados de la Europa del llamado Derecho civil o Derecho continental por contraposición al Derecho inglés, a pesar de sus muy diferentes historias y tradiciones jurídicas, tienen en común el contar una codificación única de su Derecho civil e incluso de su Derecho privado, y también un extenso pasado de diversidad de regulaciones dentro de sus territorios. Basta pensar en que un Estado tan uniforme y centralizado como Francia, tuvo una radical diferencia entre los *pays de droit coutumier* del Norte y los *pays de droit écrit* del Sur, o en un Estado de tan reciente unificación como el italiano, por citar dos de las experiencias jurídicas más próximas a la española, cuya diversidad normativa generó junto a su genio jurídico la doctrina estatutaria, verdadero germen del Derecho internacional privado.

Todos ellos compartieron en la Edad Moderna la aspiración de mejorar su Derecho, y todos ellos colmaron en la Edad contemporánea esa aspiración hacia la certidumbre y la igualdad en la aplicación del Derecho mediante la unificación legislativa y la codificación de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, señaladamente mediante la promulgación de códigos únicos de Derecho penal, de Derecho civil y de Derecho mercantil.

El Reino de España no fue en absoluto ajeno a tales aspiraciones y tendencias, en las que el Reino de Castilla había sido precursor mediante la puesta en vigor de las Siete Partidas durante el reinado de Alfonso X, y buena parte de sus juristas de la Ilustración, como el Marqués de la Ensenada, Macanaz y el más influyente en la posteridad, Jovellanos², nos ha transmitido en sus obras la idea de que tal mejora del Derecho positivo era indispensable para el progreso de las naciones, y para la seguridad y la igualdad de sus habitantes. Sin embargo, este ideal de la Ilustración no produjo ningún fruto inmediato³ en España⁴, lo que en absoluto constituyó una singularidad, ya que ni Francia, ni Italia ni Portugal llegaron a tener Códigos de esta primera generación.

Sin detenernos en la obra legislativa del invasor francés por la obvia razón de no ser Derecho español por más que formalmente tuviese vigencia en España, y tener por ello un interés exclusivamente histórico, es precisamente durante la llamada Guerra de la Independencia, cuando se inicia una marcha más decidida hacia la unificación legislativa y la codificación. El primer impulso viene de la mano de un diputado catalán en las Cortes de Cádiz, Espiga y Gadea, quien propone la formación de Comisiones de reforma legislativa, que entre otras cosas redacten los códigos civil, penal y mercantil⁵, idea que inspira el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, que dispuso que “el Código civil y criminal y el de comercio

² F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1949, tomo I, reimpreso por Civitas, Madrid, 1985, pág. 185, donde señala el nacimiento de esa inquietud ya en tiempo de la dinastía Habsburgo.

³ Ciertamente sólo Prusia y Austria se dieron Códigos directamente inspirados por los ideales Ilustrados, como fueron el llamado ALR, Código General de los Estados Prusianos, y el todavía vigente Código civil austríaco en los que se aprecia la impronta del iusnaturalismo racionalista de la Edad Moderna.

⁴ Sólo la modestísima Novísima Recopilación llevada a cabo por Martínez Marina en 1805, puede reconocerse como hija del ideal ilustrado, pero alejada del verdadero significado de un Código.

⁵ Diario de Sesiones, 9 de Diciembre de 1810 y 9 de Abril de 1811. Puede verse resumen de sus propuesta en F. de Castro, obra citada, pág. 187, nota 1.

serán unos y los mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias puedan hacer las Cortes”.

Se inaugura así un período en el que unificación legislativa y codificación van de la mano en las tres materias mencionadas, y que va a rendir frutos en materia mercantil y penal, pero no en materia civil, materia que sólo en las Repúblicas americanas tras su independencia, va a cristalizar en Códigos civiles unificados a lo largo del siglo XIX. Cómo y por qué tuvo lugar este proceso es algo que habremos de estudiar muy resumidamente.

El impulso hacia la codificación y unificación legislativa en materia civil tropezó, como todo el espíritu constitucionalista, en primer lugar con la recaída en el absolutismo que se produjo en el año 1814. Su relanzamiento en el segundo período constitucional (1820-1823) se plasma en el nombramiento de una nueva Comisión redactora⁶, que llega a publicar un proyecto de título preliminar y un Libro I, que fueron sin duda la más original muestra de este período codificador.

En efecto, pasado este momento, y en consonancia con la profunda decadencia de los estudios jurídicos, los proyectos subsiguientes tienen ya una mucho mayor influencia del Código francés⁷. Los trabajos oficiales para la elaboración de un Proyecto de Código civil se reanuda en 1833 con el encargo a M.M. Cambrónero de un Proyecto, por RD de 9 de Mayo del citado año, que no pudo culminar. El nombramiento de una nueva Comisión por RD. De 29 de Enero de 1834⁸ permite terminar un Proyecto, que no llega a tramitarse por circunstancias políticas, aunque se remitió a las Cortes, y que es retomado por otra Comisión en 1838 para adaptar a los cambios en la jurisdicción (unificación de fueros), y a otra en 1839 que tampoco logra culminar el empeño.

Va a ser el ambiente político más calmado de la llamada década moderada el que permita relanzar los trabajos, ya carentes del significado revolucionario que en otro tiempo pudieran tener, con la finalidad exclusivamente técnica de mejorar el Derecho⁹ y facilitar su aplicación. En este contexto se crea por RD de 19 de Agosto de 1843 la Comisión General de Códigos, presidida por M. Cortina, que fija las bases de la tarea codificadora, manifestando el máximo respeto por los derechos adquiridos, y empieza la redacción de un Código civil. Disuelta esa Comisión y nombrada otra por RD de 11 de Septiembre de 1846, consigue esta culminar un Proyecto de Código civil que se remite al Gobierno el 8 de Marzo de 1851. Se trata de un Proyecto que tampoco va a llegar a tener vigencia¹⁰, de nuevo por avatares políticos que aconsejaron al Gobierno no aceptarlo, cediendo a las presiones de los juristas de territorios con derecho civil propio, y someterlo a un trámite de información pública de efecto

⁶ Fue el 22 de Agosto de 1820 y estuvo integrada por Cano, Silves, Hinojosa, Cuesta, San Miguel, Navarro y Garely. F. de Castro, obra citada, pág. 187, nota 4.

⁷ Así ocurre con el Proyecto de Código civil puramente privado elaborado por Pablo Gorosabel, que fue objeto de dos ediciones en Tolosa en 1837 y 1846.

⁸ Comisión compuesta por Tapia, Vizmanos y Ayuso.

⁹ F. de Castro, obra citada, pág. 188 nota 1 da cuenta del recuento efectuado en 1836 de la legislación aplicable, que arrojaba el saldo de 13.627 leyes.

¹⁰ Sus redactores fueron García Goyena, Luzuriaga, Bravo Murillo y Sánchez Puy, y fue publicado por F. García Goyena bajo el título de *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Madrid, 1852, y ha sido objeto de múltiples reediciones, de las que ha de destacarse la realizada con motivo del Centenario de la Ley del Notariado.

dilatorio, y que reaviva lo que en adelante iba a ser el mayor obstáculo a la codificación y la unificación legislativa en materia civil.

Quiebra así el impulso iniciado por la Constitución de 1812, se detiene el proceso codificador, e incluso tras la revolución de Septiembre de 1868 se constitucionaliza la variedad legislativa¹¹. Cuando se retoma el proceso codificador tras la Restauración de la Monarquía y la promulgación de la Constitución de 1876, la codificación civil es cada vez más urgente políticamente, y más reclamada por la práctica jurídica a pesar de que para entonces se habían publicado una serie larga de importantes leyes especiales en materia civil de aplicación general además de los Códigos penal y de Comercio¹². Subsiste en materia civil el obstáculo de la llamada cuestión foral¹³, pero se va a procurar sortear “haciendo colaborar en la obra codificadora a sus contradictores”¹⁴.

Tal colaboración dirigida a hacer desaparecer cualquier recelo, se instrumentó por RD de 2 de Febrero de 1880 que introdujo en la Comisión de Códigos presidida por Manuel Alonso Martínez (del partido Liberal de P. Sagasta) a los juristas representantes de los territorios forales. El citado Presidente de la Comisión ideó el sistema de la Ley de Bases para facilitar un acuerdo en el seno de la Comisión que hubiese sido imposible en el políticamente agitado ambiente de las Cámaras. Pero este ingenioso procedimiento legislativo intentado mediante el Proyecto de 22 de Octubre de 1881, y ciertamente muy apropiado para la codificación en general, fue visto con desconfianza por el Parlamento y hubo de volverse al sistema ordinario de discusión del Proyecto.

Sin embargo pocos años después el Ministro del otro partido turnante (el Conservador Liberal presidido por Cánovas del Castillo, Manuel Silvela, rescató el sistema de Ley de Bases y presentó un nuevo Proyecto de Ley de Bases el 7 de Enero de 1885. Durante su discusión se acentuaron los ataques a la Codificación con argumentos tomados del pensamiento de la Escuela Histórica alemana correspondientes a las primeras décadas del siglo XIX¹⁵, o surgidos de las pretensiones científicas y sistematizadoras del Prof. Augusto Comas, autor de un Proyecto alternativo¹⁶ que se defendió en el Senado. Pese a todo, y merced a importantes concesiones del Partido Conservador a los foralistas, el Proyecto de Ley

¹¹ F. de Castro, obra citada, pág. 192 y ss.

¹² Se trata de la Ley Hipotecaria, la Ley del Notariado, la Ley de Aguas, la Ley de Minas, la Ley de Propiedad Intelectual, la Ley del Matrimonio Civil y la Ley del Registro Civil.

¹³ La denominación foral había ido cobrando gran predominio y termina por dar nombre a un conjunto de situaciones del Derecho civil de ciertos territorios bastante poco homogéneo, como es sabido. Su origen lo sitúa Castán Tobeñas, siguiendo a Ureña a mediados del siglo XVIII en el *Parabien del Rector y Claustro de la Universidad de Valencia al Rey Carlos III*, del valenciano Mayans y Siscar. Ver *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol. I, 2ª ed. Revisada y puesta al día por A. Román García, Madrid, 2005, pág. 180.

¹⁴ F. de Castro y Bravo, obra citada, pág. 193.

¹⁵ Se trata de la polémica surgida en los años veinte del siglo XIX entre Thibaut y Savigny relativa a la codificación en Alemania, que se saldó con una detención del proceso codificador y con el auge de los estudios históricos que culminaron en la entrada en vigor del BGB con el siglo XX.

¹⁶ A. Comas, *Proyecto de Código civil*, Madrid, 1885 y también *La revisión del Código civil español*, 1885-1902, obra apasionadamente crítica del Código civil español, en seis volúmenes. Tiene especial interés, siendo además más compendiosa, su Ponencia en el Congreso jurídico español de 1886, *Estructura apropiada para un Código civil español*, Tipografía de M. G. Hernández, Madrid, 1886, un. Vol de 29 págs. En general su proyecto alternativo es apreciado por su calidad científica, aunque se le suele juzgar menos adaptado a la realidad que el Proyecto oficial.

de Bases, se aprueba en parte y se continúa su discusión en la siguiente legislatura hasta su definitiva y total aprobación el 11 de Mayo de 1888.

Por lo que atañe a la diversidad legislativa o “cuestión foral” el resultado se puede sintetizar en los siguientes puntos contenidos en los artículos 5 y 6 de la Ley y en las Bases 2ª y 27ª de la Ley de 1888:

1º) Se renuncia provisionalmente a la unificación legislativa y se redacta un Código que mantiene la vigencia, “por ahora” de los llamados Derechos forales con sus respectivos sistemas de fuentes. 2º) Se prevé la redacción de una serie de apéndices al Código civil que contengan el Derecho foral aplicable en determinados territorios con vistas a su futura incorporación a un Código único. 3º) Se prevé la aplicación a todo el territorio del Título preliminar del Código civil y en el Libro Primero lo relativo a formas del matrimonio, así como su función de Derecho común de aplicación subsidiaria en cada territorio foral en el orden que le corresponda. 4º) Se prevé un sistema para la resolución de los posibles conflictos de normas con aplicación de las reglas referidas al Derecho internacional privado, salvo la calificación el reenvío y el orden público (que implican la existencia de dos o más Estados soberanos), y una pocas reglas especiales que giran en cuanto al estatuto personal en torno a la idea de vecindad civil, como sustitutivo de la nacionalidad. 5º) Se prevé la derogación de todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil llamado de Castilla.

Aprobado el Código civil de 1889, elaborado de acuerdo con las previsiones de la Ley de Bases y discutido en ambas Cámaras, no se llegó a redactar otro apéndice foral que el correspondiente a Aragón y muy tardíamente, ya que se hizo ley el 7 de Diciembre de 1925, y las relaciones entre el Código y los derechos territoriales estuvieron largo tiempo regidas por el Título Preliminar originario del Código civil, que tenía sin duda verdadero rango o alcance constitucional en estas cuestiones.

II. Foralismo y autonomismo como planteamientos opuestos.

Antes de proseguir el breve esbozo histórico de nuestra muy peculiar diversidad legislativa, es preciso clarificar qué ha de entenderse por derecho foral, ya que se trata de una expresión bastante ambigua, y qué por foralismo. En efecto, si por derecho foral entendemos el aplicable en algunas materias civiles en territorios que en algún momento tuvieron legislación propia, idea ésta muy extendida, estaríamos falseando la realidad hasta extremos insospechados, porque bajo el nombre de derechos o territorios forales se esconden realidades muy diversas que nada tienen en ocasiones que ver con legislación propia, sino con otras fuentes del Derecho.

Del mismo modo, si por foral entendemos el territorio que ha tenido derecho civil propio, todos los territorios españoles deberían tener tal consideración, incluidos los llamados territorios de derecho común que perdieron el suyo con la codificación civil¹⁷, por efecto de la disposición derogatoria que contiene el artículo 1.976 del Código civil. Tampoco puede entenderse que se trate de aquéllos territorios que vieron abolido su derecho propio por los Decretos de Nueva Planta de Felipe V, porque algunos de los territorios forales como Galicia, no experimentaron ese avatar ya que nunca contaron con legislación propia, y otros que lo

¹⁷ En tal sentido ver J. de los Mozos, *Derecho civil español*, I, Salamanca 1977, pág. 233.

experimentaron, como Valencia, no han tenido la consideración de forales por su peculiar peripecia histórica que les hizo no tener Derecho propio de origen legal en lo sucesivo. Además la denominación foral, consagrada por el uso técnico, no era propia para algunos territorios con Derecho propio como Cataluña¹⁸, por lo que hubiera sido más exacto contraponer el Derecho común a los Derechos regionales y locales.

En suma, la foralidad de un territorio, la que reflejó la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, y otras normas anteriores y posteriores, así como el propio Código civil, es “una simple cuestión de hecho: la subsistencia de fueros y costumbres particulares (separadas del Derecho común) en el momento de publicarse el Código”¹⁹. Nada que ver, por lo tanto con la existencia de un antiguo régimen de autonomía legislativa como parece desprenderse de la referencia simplista a la existencia de distintas monarquías peninsulares durante la Edad Media que es frecuente en la literatura jurídica (que en alguna medida inspira el artículo 149.1.8ª de la CE).

Así pues la coexistencia del Derecho civil común representado desde 1889 por el Código civil con los llamados Derechos forales, bajo el sistema de apéndices previsto por la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, además de ser provisional y compatible con el mantenimiento de la unificación legislativa civil a largo plazo, no suponía en absoluto la existencia de otra competencia legislativa civil que la correspondiente a las Cámaras colegisladoras reguladas por la Constitución de 1876.

Esta situación no era puesta en duda por jurista alguno de los que debatieron en pro y contra del Código civil, porque la codificación de los Derechos de los diversos territorios que propugnaba M. Durán y Bas²⁰, no podía sino ser aprobada, en su caso, por las cámaras colegisladoras.

¿Cuándo surge el criterio autonomista como algo muy diverso del mantenimiento e incluso codificación de los derechos civiles regionales? Probablemente como propuesta política se pueden detectar muchos antecedentes sobre todo a medida que nos adelantamos en el siglo XX, pero la primera consagración del autonomismo en materia jurídico civil en toda su amplitud se operó en la Constitución de la República Española de 9 de Diciembre de 1931, cuyo artículo 15 regla 1ª reserva al Estado “en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los Estatutos personal, real y formal para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”.

¹⁸ J. Castán Tobeñas, obra citada, pág. 320 y nota 565.

¹⁹ F. de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho civil. Introducción y Derecho de la persona*, 5ª ed. Madrid, 1970, págs. 59 y 60.

²⁰ M. Durán y Bas, *Congreso jurídico español. Tema Primero. Estructura más apropiada para un Código civil español*, concluye su Ponencia con las siguientes conclusiones: “En resumen, pues, puede establecerse: I. Que no ha llegado para España la oportunidad de la codificación civil. II. Que si esta obra se acomete, no deberá realizarse con el criterio de la unidad legislativa. III. Que para el respeto debido a las legislaciones que rigen en distintos territorios, el sistema preferible es un código para cada uno de éstos”. Madrid, imprenta de la Revista de Legislación, 1886, pág. 19. Ello no obstante, Durán y Bas fue Ministro de Gracia y Justicia en el Gobierno Presidido por M. Silvela en 1899 y procedió en tal calidad a la creación de las Comisiones de cada territorio foral para la elaboración de los apéndices correspondientes.

Esta reserva de competencia a favor del Estado, que como veremos ha resultado ser bastante equívoca en su parcial incorporación al artículo 149.1 8ª de la Constitución de 1978, se operaba frente a la legislación de cualquier región constituida en régimen de autonomía, sin referencia alguna a subsistencia de antiguos derechos civiles propios: cualquier región que refrendase un Estatuto de autonomía, podría legislar en materia civil, salvo en las materias reservadas, que son más o menos el contenido de aplicación a todo el Estado del Código civil de 1889 (artículo 5º de la Ley de Bases de 1888), a lo que se añaden los registros y las hipotecas y la sibilina expresión de las “bases de las obligaciones contractuales”, con la que la historia nos ha hecho reencontrarnos.

Sólo, por lo tanto, una interpretación apresurada puede llevar a pensar que el citado texto constitucional suponía el triunfo del ideal foralista²¹, porque tal ideal no aparece por ninguna parte. Más bien como puso de relieve De Castro²², es el triunfo del ideal diametralmente opuesto. En efecto, los foralistas y otros juristas teóricos de finales del siglo XIX en España (regeneracionistas como J. Costa e institucionistas como Giner o Azcárate, a quien podría calificarse como reformista), veían en los Derechos forales, y más en general en el Derecho consuetudinario²³, la creación del espíritu de los pueblos, opuesta a la improvisación de los legisladores. Por el contrario la Constitución de 1931 implanta, en palabras de De Castro, “la ilimitación del poder legislativo”, si bien repartido entre el Estado y las regiones con Estatuto de Autonomía, estatuto que no se concede en razón de ningún criterio histórico, sino que se concede en abstracto a las regiones que constituyan como tales cumpliendo el procedimiento político-administrativo establecido a tal efecto.

Tras la Guerra Civil se produce un total retorno a la situación anterior de pluralidad legislativa por coexistencia entre el Código civil y los Derechos forales, y por ende se mantiene en principio el ideal de la unificación legislativa en materia civil, pero en los años cuarenta se produce un cierto movimiento promovido por “un grupo entusiasta de jóvenes juristas” en palabras de De Castro²⁴, que desde el Consejo de Estudios de Derecho Aragonés consiguen que con aprobación oficial por O. de 3 de Agosto de 1944, se convoque en Zaragoza un Congreso Nacional de Derecho Civil para tratar de la cuestión foral. El Congreso se celebra del 3 al 9 de Octubre de 1946 (justamente sesenta años después del Congreso Jurídico Español de 1886). Las conclusiones del Congreso mantienen el ideal de la

²¹ En algo parecido a tal error incurre M. Peset Reig, cuando escribe que tras el Estatut del año 1932 “el Parlamento catalán podría modificar y mejorar su Derecho foral, que ahora, como siglos antes, se adaptaría y tendría nuevas fuentes de creación”. La conexión de las competencias legislativas en materia civil, con la vuelta a una “edad de oro” del Derecho catalán, que sin duda existió a finales del siglo XVI y durante buena parte del siglo XVII, pero alejada de toda pretensión legislativa, es una hipótesis de una ingenuidad científica admirable, pero imposible de compartir desde el rigor histórico. Ver “Derechos forales, del Antiguo Régimen al liberalismo”, en *Derechos civiles de España*, dirigidos por R. Bercovitz Rodríguez-Cano y J. Martínez Simancas, T. I, pág. 34, Pamplona, 2000.

²² F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, citado, pág. 233. En parecidos términos se expresa M. Alonso Pérez, obra citada págs. 116 y ss., donde afirma: “la solución autonomista...supone la desaparición del Derecho foral. Ya no habrá más retorno”, con palabras referidas a una interpretación autonomista del art. 149.1.8ª de la CE. Ciertamente se usó poco durante la II República la autonomía legislativa en materia civil. Sólo Cataluña lo hizo y su Llei de pactes de conreu fue declarada inconstitucional por el Tribunal de Garantías Constitucionales republicano a instancia de las asociaciones de agricultores catalanas.

²³ Es interesante consultar la Ponencia suscrita para el tercer tema (Valor de la costumbre y de la jurisprudencia) del *Congreso jurídico español de 1886* por F. Giner de los Ríos, J. Costa, B. Oliver y J.M. Pantoja, Imprenta de la Revista de Legislación y Jurisprudencia, Madrid, 1886, un vol de 33 págs.

²⁴ F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España*, citado, pág. 234.

unificación legislativa en materia civil, con una primera etapa consistente en la “compilación de las instituciones forales”. El Decreto de 23 de Mayo de 1947 oficializa ese propósito e inicia la preparación de un Código “general para toda España”, lo que va a dar lugar a que el sistema de apéndices previsto por el artículo 5º de la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, ceda gradualmente el paso al llamado sistema de compilaciones, que no es otra cosa que la codificación de los derechos forales que inaugura la de Vicaya y Alava (Ley de 30 de Julio de 1959) y cierra el Fuero Nuevo de Navarra (Ley de prerrogativa del Jefe del Estado de 1 de Marzo de 1973)²⁵.

No hay ni tiempo, ni espacio en que desarrollar mínimamente las implicaciones de este cambio de apariencia de los Derechos forales, ni tampoco lo hay para glosar las modificaciones posteriores operadas en las mismas²⁶. He de limitarme a indicar que las últimas compilaciones, podían llevar consigo importantes fricciones con el sistema de fuentes regulado en el título preliminar del Código civil y con el Decreto de 23 de Mayo de 1947, y que concretamente el Fuero Nuevo de Navarra fue más un ambicioso Código del siglo XX, que una compilación de derecho propio de raigambre histórica, aunque en parte esa fuera su significación

Hay por último otro hito en la evolución de las relaciones entre el Código civil y los Derechos forales que no puede pasarse por alto. Se trata de la reforma del Título Preliminar del Código civil que ubica las relaciones entre el Derecho común y el Derecho foral en el artículo 13 actualmente vigente, de contenido no muy divergente del artículo 12 de la primitiva redacción. Así el artículo 13.1 reitera la aplicabilidad general del Título Preliminar del Código civil y del Título IV del Libro I relativo al matrimonio, pero exceptuando las “normas de este último relativas al régimen económico matrimonial”, lo que planteará más adelante un no pequeño problema con el llamado régimen “económico matrimonial primario”, que ya intuyó algún autor²⁷, y que se ha hecho visible con tosa su crudeza en relación con la reforma del Código civil por Ley de 13 de Mayo de 1981²⁸.

Recapitulando lo tratado en este apartado, habría que concluir en el sentido de que el paso del sistema de apéndices al sistema de compilaciones que caracteriza los años del régimen autoritario, es ciertamente un período de auge del foralismo, ya que no en vano algunas de las llamadas leyes Fundamentales, recibieron el nombre de Fuero (Fuero del Trabajo de 1938, Fuero de los Españoles de 1945), pero con algún efecto paradójico de aproximación de los resultados a los de un sistema autonomista, especialmente en el Fuero Nuevo de Navarra y en menor grado en la Compilación Aragonesa. Así, respecto de la unificación legislativa del Derecho civil español, lamentaba De los Mozos en 1977 que “en el ánimo de muchos esta meta ha sido abandonada”²⁹, y había razones para ello en la formulación de las últimas compilaciones, pero lo cierto es que formalmente el Decreto de Mayo de 1947 seguía vigente y la Exposición de Motivos de la Ley de Bases de 17 de Marzo de 1973 tomaba razón de que “se ha dado cima a las Compilaciones...que constituyen la primera etapa que ha de facilitar el

²⁵ Especialmente crítico con esta singularidad se muestra J. de los Mozos, obra citada, pág. 357.

²⁶ Respecto de tales modificaciones, véase J. Castán Tobeñas, obra citada, págs. 410 y ss. y R. Ballarín Hernández, “Las compilaciones de Derecho civil especial hasta la transición política”, en *Derechos civiles de España*, t. I, Pamplona 2000, págs. 41 y ss.

²⁷ J. de los Mozos de los Mozos, obra citada pág. 323.

²⁸ J. de la Cuesta “Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario”, en *Homenaje a D. Manuel Alabaladejo García*, Madrid, 2005, págs. 1.150 y ss.

²⁹ J. de los Mozos, obra citada, pág. 373.

logro de un Código general para España”, y era todavía posible formular propuestas metodológicas para alcanzar el objetivo indicado.

III. La Constitución de 1978 y sus consecuencias

1. Estado del Derecho foral y deriva autonomista.

La llamada transición hacia la democracia, desemboca en la redacción de una Constitución ratificada por los españoles en referéndum el día 6 de Diciembre de 1978 y sancionada por S.M. el rey ante las Cortes el día 27 de Diciembre del mismo año. Este texto constitucional aportaba importantes novedades en el tema que nos ocupa, hasta el punto de que puede decirse que supone el abandono formal del objetivo de la unificación legislativa en materia civil como tendremos ocasión de comprobar. Pero además, se inserta en un grupo de constituciones, las europeas posteriores a la segunda Guerra Mundial, que son de aplicación directa, y de una gran incidencia en el Derecho privado³⁰.

Ahora bien, en orden a las competencias legislativa en materia civil, el Estado de las Autonomías, que es como se conoció en los medios de comunicación y vulgarmente la Organización Territorial del Estado que diseñaba su Título VIII, la cuestión no era fácil de comprender, ni sus desarrollos posteriores eran todos absolutamente previsibles. En efecto, su artículo 148 apartado 1, al enumerar las competencias que pueden asumir las Comunidades Autónomas no contempla las competencias legislativas en materia civil, sino que por el contrario reserva la competencia exclusiva en materia civil al Estado en su artículo 149 1 8ª con el siguiente tenor: “El estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias”: 8ª “ 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 jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del derecho foral o especial”.

La impresión que produce al lector es que la opción del Constituyente - crítica formal a su defectuosa redacción a parte- es que se trata una opción de corte claramente foralista, en la que la competencia legislativa en materia civil está ligada a la existencia de Derecho foral en el territorio de una Comunidad Autónoma, y la extensión de esa competencia estará condicionada por las materias que contemple ese Derecho foral existente. Es decir, parece que la competencia legislativa en materia civil no es la norma para las Comunidades Autónomas, sino que es la excepción, y que en todo caso la excepción tiene a su vez una excepción que vendría a ser la competencia intangible del Estado reflejada en términos semejantes a los empleados por el artículo 15 1ª de la Constitución de 1931.

Pero había demasiados guiños autonomistas en esa archicompleja regla 8ª del artículo 149 1 CE, como para que la opción foralista fuese creíble y pacíficamente asumida, y la evolución

³⁰ P. Perlingieri, “Por un derecho civil constitucional español”, trad. por J. de la Cuesta, *Anuario de Derecho Civil*, nº XXXVI, 1983, págs. 1 y ss., y del mismo autor y traductor, “Aspectos problemáticos del Derecho de obligaciones”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, págs. 58 y ss.

posterior impulsada por el Tribunal Constitucional ha venido a sustituir sin prisa pero sin pausa una opción por la contraria: la opción foralista por la autonomista.

¿Cómo se ha producido el proceso? Es interesante comprobar que hace relativamente poco tiempo, en el año 1993, se fundaba una revista denominada *Derecho privado y constitución*, con la vocación expresada por su Director en la presentación, de ser un foro “institucional, específico y permanente para el estudio de esa recíproca incidencia de la doctrina privatista y constitucionalista”³¹, y esta Revista, dedicó sus dos primeros monográficamente al estudio del artículo 149.1 8ª de la Constitución. Estaban entonces recientes algunos fallos del Tribunal Constitucional que pueden resultar esclarecedores de las líneas de fuerza del proceso de inversión del significado del artículo 149 1 8ª, algunas de las cuales estudia magistralmente el Prof. Bercovitz en cuya autoridad descansaré en las próximas líneas de este trabajo.

Los fallos del TC a que se refirió aquel trabajo son la sentencia 121/92 de 28 de Septiembre sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos Históricos de Valencia (Ponente Sr. Rodríguez Piñero), la sentencia 182/92 de 16 de Noviembre sobre Ley de Prórroga de los Arrendamientos Rústicos históricos de Galicia (Ponente Sr. Rodríguez Piñero), la sentencia 88/93 sobre equiparación de hijos adoptivos en Aragón (Ponente Sr. Rodríguez Bereijo) y la sentencia 156/93 sobre Texto Refundido de la Compilación del Derecho civil de Baleares (Ponente Sr. Gimeno Sendra).

Sin pretender abarcar las cuestiones tratadas habremos de fijar nuestra atención en algunos datos destacables. La primera de esas sentencias, la 121/92 se refiere a un territorio que no era considerado como foral y que en su Estatuto (LO 5/1982 de 1 de Julio) había asumido competencia en materia civil, lo que contravenía el artículo 149.1 8ª y el artículo 148 2 de la CE, ya que no habían transcurrido los cinco años exigidos para incorporar competencias del artículo 149 CE, circunstancia ésta que concurre en el resto de las sentencias citadas. Pues bien, esa cuestión ni siquiera fue suscitada por la Abogacía del Estado, por lo que la deliberación del TC se centró en si había un Derecho foral o especial valenciano que validase el ejercicio de esa competencia en relación con el artículo 150.2 de la CE, y la respuesta del TC fue positiva con argumentos que examinaremos, y en si era posible considerar que en las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o derecho propio, el ejercicio de esa competencia podía estar amparado por el artículo 148.1 CE, tesis que había sustentado el administrativista García de Enterría³².

Creo con Bercovitz³³ que es insostenible tal interpretación, porque para ello debería existir una referencia en el artículo 148.1 CE a las competencias no mencionadas en el artículo 149 CE, lo que desde luego estaba muy lejos de la intención de sus redactores, pero es que incluso en ese caso estaríamos ante la excepción de la excepción, ante “las bases de las obligaciones

³¹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, *Derecho privado y constitución*, I, 1993, pág. 9.

³² E. García de Enterría, “La significación de las competencias exclusivas del Estado en el sistema autonómico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 5 (1982), pág. 89 y pág 100. Tal tesis consiste en que el artículo 149.1 8ª CE prevé una competencia legislativa autonómica que no constituye desarrollo de unas bases estatales y no se articula como participación en una competencia exclusiva del Estado.

³³ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles forales o especiales, allí donde existen”, *Derecho privado y Constitución*, nº1 (1993), págs. 25, 26 y 27. Reproduce similares argumentos en “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el artículo 149.1.8ª de la Constitución”, en *Derechos civiles de España*, t. I, Aranzadi, Pamplona, 2000, págs. 97 y ss.

contractuales” en dos de éstas sentencias, en las que desde luego por ser una competencia compartida no podría acudir al artículo 148.1 CE. Creo además, que eso supondría utilizar la mera cuestión de hecho que es la existencia de Derecho foral no derogado por el Código, para dirimir qué comunidades autónomas tienen competencia legislativa en materia civil *ex* artículo 148 CE y cuáles no, lo que no deja de ser una interpretación discriminatoria de la CE.

Pero hay más consecuencias inmediatas en estos pronunciamientos: la sentencia 121/92 crea Derecho foral o especial donde no lo había, es decir en Valencia, y lo hace con un argumento realmente discutible: la expresión “sin perjuicio de..” del artículo 149.1 8ª CE “alcanza a las normas civiles de ámbito regional o local preexistentes a la Constitución de formación consuetudinaria”. El argumento es insostenible porque la costumbre es una fuente supletoria de primer grado en el Derecho común según el artículo 1 del Código civil actual y según otros preceptos de su redacción originaria, y no es Derecho foral o especial, y menos aún en materia de arrendamientos rústicos, materia en la que hay remisiones del Código civil y la Ley arrendaticia a la costumbre³⁴.

En el caso de la sentencia 121/92 relativa a la Ley 2/1986 del Parlamento gallego, el argumento es perfectamente transferible porque, aunque se trata de una Comunidad Autónoma en la que existía Derecho foral, de nuevo se permite legislar no con base en tal preexistencia de derecho foral sino en la existencia de un Derecho consuetudinario al margen de la Compilación de Galicia, que además remitía al Código civil, sólo que en este caso lo que se hace es ampliar las posibilidades de ejercicio de esa competencia legislativa³⁵.

Distinto juicio merece la sentencia 88/93 relativa a equiparación de hijos adoptivos en Derecho aragonés que carecía de disposiciones sobre filiación con anterioridad, porque tiende a delimitar la extensión del ejercicio de la competencia legislativa de la Comunidades autónomas con Derecho foral *ex* artículo 149.1 8ª CE en un doble sentido: 1º) Reconduce su ejercicio a este artículo de la Constitución y al correspondiente Estatuto de Autonomía y excluye la hipotética relevancia de la Disposición Adicional Primera de la CE, que de aplicarse al Derecho civil, podría hacer renacer todas las competencias legislativas de antiguos reinos. 2º) Interpreta la palabra desarrollo del Derecho foral manteniendo una postura no limitativa al propio Derecho foral preexistente, pero tampoco expansiva a todo el ámbito material del Derecho civil, con excepción de las competencias reservadas al Estado en todo caso³⁶, sino por el contrario respecto de instituciones o materias conexas con las ya reguladas.

³⁴ El argumento se recoge en los votos particulares de D. Carlos de la Vega Benayas y D. José Gabaldón López, de la carrera judicial y fiscal respectivamente, y este parecer mayoritario pronto se reflejó en Estatutos que asumieron competencia legislativa sobre materias reguladas por la costumbre en otras Comunidades Autónomas.

³⁵ La tendencia a partir del Derecho consuetudinario a transmutarse en ley, era ya puesta de relieve J. De la Cuesta Saenz, “Reflejo del pensamiento de F. Gèny sobre la costumbre en la doctrina civilística española”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, dirigidos por P. Grossi, nº 20 (1991), págs. 347 a 350.

³⁶ R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, págs. 50 y págs. 54 y ss. Es de notar que la sentencia de referencia tiene dos votos particulares de D. Carles Viver Pi-Sunyer y D. Julio Diego González Campos, el primero de los cuales recoge la opinión dominante en la doctrina catalana según la cual cabe una interpretación *a sensu contrario* del art. 149. 1 8ª CE, que permitiría legislar sobre todas las materias no contempladas en la segunda frase del precepto como en todo caso exclusivas del Estado, mientras que el segundo disiente por muy diferentes motivos.

La “conexión”, que Bercovitz reconoce como una limitación indeterminada³⁷, a mi juicio sólo ha sido un débil y poco duradero obstáculo a la expansión completa, porque la interconexión de las instituciones civiles puede ser más o menos próxima e intensa, pero en último término es total o completa y produce la expansión de cualquier sistema jurídico³⁸, por lo que no hay por desgracia para la cada vez más lejana unificación legislativa, ese punto intermedio que hubiese sido deseable entre limitar la competencia a las instituciones ya existentes, o abrirla a nuevas instituciones.

Por último, esta misma argumentación sirvió en la sentencia 156/93 relativa a la reforma de la Compilación de Derecho civil de Baleares para declarar la constitucionalidad de su nuevo artículo 52 (Ley 8/1990), que eliminaba la exigencia de testigos en los testamentos abiertos, como luego hizo el propio Código civil por Ley 30/1991, pero con variantes que contravienen la Ley del Notariado³⁹. La extralimitación era patente y en este caso dirigida contra la reserva de competencia exclusiva del Estado en materia de “instrumentos públicos”, de los que el testamento notarial es un claro exponente según el artículo 144 del Reglamento Notarial⁴⁰, y pone de relieve que la conexión de materias no sólo permite ampliar considerablemente la legislación civil de las Comunidades Autónomas con Derecho foral, sino que ha abierto alguna brecha, y podría abrir muchas más, en el reducto de la competencia exclusiva del Estado, de acuerdo con la frase “en todo caso...” del artículo 149.1 8ª de la CE por la vía de la interpretación aquí asumida por el Tribunal Constitucional.

En suma, y por lo que atañe a la contraposición foralismo-autonomismo, la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional muestra una deriva autonomista poco o nada conforme con el texto constitucional. A tal efecto hay que recordar la advertencia que formulaba el Prof. Bercovitz en 1993⁴¹, que hoy tan sólo 13 años después nos parece muy alejada en el tiempo, hasta convertirse en una referencia histórica. Y nos lo parece porque, la interpretación *a sensu contrario* del artículo 149 1 8ª CE, ha dado lugar a una legislación civil en Cataluña que abiertamente pretende la redacción de un completo Código civil⁴², el CDCC (*Codi de Dret Civil de Catalunya*), cuya estructura y plan estableció el artículo 3 de la Ley 29/2002 de 30 de Diciembre, Primera Ley del Código civil de Cataluña. Esta Ley fue recurrida ante el Tribunal Constitucional por Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de Abril de 2003 (Gobierno del Partido Popular), proceso que terminado por Auto del Tribunal Constitucional de 3 de Noviembre de 2004 por el que el Pleno del citado Tribunal acuerda tener por desistido al Gobierno (ahora del PSOE) representado por el Abogado del Estado, y por extinguido el proceso al no haber oposición de los personados (Parlamento y Generalitat), ni apreciar, como

³⁷ R. Bercovitz y Rodríguez-Cano, “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, pág. 59.

³⁸ Argumento similar esgrime el voto particular de González Campos.

³⁹ R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La conservación, modificación y desarrollo...”, citado, pág. 71 y nota 76.

⁴⁰ La redacción del artículo 149.1 8ª de la CE procede de la enmienda presentada al Proyecto de Constitución en el Senado por el Excmo .Sr. D. Alberto Ballarín Marcial, ya que el Proyecto sólo mencionaba la ordenación de las hipotecas y los registros. Ver Juan José Marín López, “La ordenación de los registros e instrumentos públicos como título competencial del Estado”, en *Derecho privado y Constitución*, nº 2 (1994), págs. 133 y 134.

⁴¹ “Conviene tener presente en todo momento este significado inicial del foralismo de nuestra Constitución actual, en legislación civil, frente al autonomismo, so pena de volver subrepticamente, y en forma parcial y discriminatoria a tesis autonomistas, es decir a tesis que únicamente podrían valer si nuestra Constitución hubiese decidido permitir competencia legislativa en materia civil a todas las Comunidades Autónomas, salvo en determinadas materias, atribuidas al Estado (como hizo la Constitución de 1931)”. R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La conservación, modificación y desarrollo...” citado, pág. 63.

⁴² Santiago Espiau Espiau, “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo”, *Derecho privado y Constitución*, nº 14 (2000), págs. 78 y ss.

podía hacer de oficio, interés constitucional en que persista el proceso, lo que parece que permite pensar en que el Gobierno de España asume la interpretación autonomista del artículo 149.1.8ª de la CE. Así pues al tiempo presente tenemos ya vigentes la Ley Primera, la regulación de la familia y las sucesiones, y el Derecho civil patrimonial (obligaciones, contratos y derechos reales), con normas sobre prácticamente todo el Derecho civil, y en buena medida se ve consumada la deriva autonomista de que se ha venido tratando, al haber sido asumida por el propio Gobierno de la Nación.

En consecuencia, el Derecho foral y el consuetudinario, habría sido para algunos sólo un pretexto para señalar qué Comunidades Autónomas pueden tener su propio Código civil, y cuáles no tal y como preveía en 1993 el Prof. Bercovitz al afirmar que: “no cabe asumir el foralismo para determinar qué Comunidades autónomas pueden tener competencia en legislación civil, para luego apuntarse al autonomismo a partir de ese momento, a la hora de precisar las características y los límites de esa competencia”⁴³, de modo que la discriminación estaría consumada también en el momento presente.

Pero en la hora de la reforma de los Estatutos de autonomía aparecen datos todavía más concluyentes. Así la Ley Orgánica 6/2006 de 19 de Julio de Reforma del Estatuto de Cataluña contiene algunas previsiones en materia de Derecho civil de las hay que destacar al menos dos:

1ª) El artículo 129 que establece lo siguiente: “Derecho civil. Corresponde a la Generalitat la competencia exclusiva en materia de Derecho civil con la excepción de las materias que el artículo 149.1.8ª de la Constitución atribuye en todo caso al Estado. Esta competencia incluye la determinación del sistema de fuentes del Derecho civil de Cataluña”.

2ª) El artículo 14 apartado 1 establece. “Las normas y disposiciones de la Generalitat y el derecho civil de Cataluña tienen eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad.”

Desde el punto de vista constitucional, y a riesgo de extralimitarme, creo que el artículo 129 no se compadece con el tenor de la STC 88/93 antes comentada, y que el artículo 14.1 apunta directamente contra la reserva de competencia del Estado que comprende en “todo caso las reglas relativas a la eficacia y aplicación de las normas jurídicas”. Pero el Tribunal Constitucional, como siempre, tendrá la palabra, ya que se han presentado recursos de inconstitucionalidad.

No obstante, desde el punto de vista exclusivamente civil el efecto derogatorio con relación a Cataluña de esta Ley Orgánica 6/2006 de 19 de Julio sobre preceptos del Título Preliminar del Código civil relativos a las fuentes y a la eficacia y aplicación de las normas, cuya importancia no es preciso destacar, es indudable, comenzando por el propio sistema de fuentes del artículo 1 y terminando por las normas de conflicto interregional.

En suma, siempre hubo tras esta “cuestión foral” una estrategia política, y no un problema exclusivamente jurídico⁴⁴, pero lo cierto es que la situación actual que ha venido gestándose

⁴³ R. Bercovitz y Rodríguez-Cano, “La conservación modificación y desarrollo...”, citadio, págs. 63 y 64.

⁴⁴ Sin que ello suponga afirmar que se ha tratado siempre de una cuestión puramente ajena al pensamiento jurídico como ha llegado a sugerir algún historiador del Derecho, como J.M. Scholz, “Acerca de la Historia del Derecho en España y Portugal”, en *Revista crítica de Derecho inmobiliario*. 1982, pág. 656. Muy al contrario

en la doctrina del TC, provoca una verdadera emergencia en el Derecho civil español, porque no de otro modo puede calificarse el que una Ley Orgánica predique la inaplicabilidad del sistema de fuentes regulado por el artículo 1 del Código civil y concordante con el artículo 9.3 de la propia Constitución en una Comunidad Autónoma, y la eficacia extraterritorial de normas de una Comunidad Autónoma más allá de las que rigen cuestiones presididas por el llamado estatuto personal, y busque en la mera residencia de los extranjeros un punto de conexión. Incluso, en estos últimos casos la regla de Derecho interregional contenida en el artículo 16 1 2ª del Código civil, según el cual no es aplicable a estos conflictos de normas lo dispuesto en el artículo 12 sobre calificación, remisión y orden público, regla de lógica aplastante cuando sólo hay un Estado soberano detrás esas normas en conflicto⁴⁵, ciertamente pelagra, más allá de lo que la había hecho peligrar en cierta ocasión la incongruencia del Legislador guiado por la apremiante obsesión de borrar cualquier discriminación por razón de sexo⁴⁶. Y pelagra no sólo por la existencia de enteros Códigos civiles autonómicos con normas de derecho patrimonial de la familia extraterritoriales, sin normas de conflicto claras, sino también y muy especialmente porque como se verá más adelante, prácticamente todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre uniones de hecho y otras materia de índole civil. y lo han hecho con normas a las que los interesados pueden desear proporcionar efecto extraterritorial contrario a normas de orden público comunes o propias de otras Comunidades Autónomas⁴⁷.

algunos de los debates del momento de la codificación civil, revestían una cierta altura teórica, y fueron notablemente anticipadores. Buen ejemplo de ello lo encontramos en la defensa del voto particular al artículo 5º del Proyecto de Ley de Bases de 1885, diametralmente opuesto al de M. Durány Bas, suscrito por M. Alonso Martínez, José Canalejas Méndez y Germán Gamazo Calvo que llevó a cabo este último como alegato en favor de un sistema más propicio para la unificación legislativa, y que reseña J.F. Lasso Gaité, *Crónica de la codificación española*, . t. 4-1, Madrid, 1979, págs. 466 y ss.

⁴⁵ Es muy aleccionadora la Ponencia en el *Congreso jurídico español* del año 1886, suscrita por G. Azcárate, M. Silvela y F. Lastres, Tipografía de M.G. Hernández, un vol de 14 págs., Madrid, 1886, sobre el tema segundo, de cómo debe aplicarse a la pluralidad de legislaciones civiles coexistentes la doctrina de los Estatutos, es decir, sobre lo que hoy conocemos como Derecho interregional e interlocal. Los tres coautores introducen la ponencia ponderando la importancia del tema en tanto no se alcance la deseable unidad legislativa con un Código civil de “sentido moderno, (su) texto claro, expresado en el lenguaje del día, frente a legislaciones respetables, sí, pero viejas al cabo, incompatibles en ciertos casos con los adelantos modernos, y a veces incomprensibles por aparecer escritas en idioma que sólo dominan los eruditos”. Entrando ya en la materia los coautores descartan el estatuto real “pues a nadie se le ocurre desconocer la absoluta soberanía de España, sobre todo su territorio”. La distinta ideología y militancia incluso de los firmantes (Silvela era del partido Conservador y llegó a ser su Presidente y presidir el Gobierno de la nación, y Azcárate fue diputado de pensamiento republicano, aunque de diversos grupos políticos, y llegó a presidir el Instituto de Reformas Sociales, y Lastres era de Partido Liberal, denotan la existencia de un cierto consenso entre los juristas españoles de distintas ideologías que participaron en aquel Congreso.

⁴⁶ Basta, para notar tal incongruencia del Legislador, observar la redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 9 del Código civil por Ley 1/1990 de 15 de Octubre. El apartado 3 nos dice que la validez de los pactos y capítulos matrimoniales se rige por la ley aplicable a los efectos del matrimonio, es decir, según el apartado 2 inmediatamente anterior, se rige por la ley personal común a los cónyuges y en defecto de ley personal común, por la ley personal o de residencia habitual de cualquiera de ellos elegida por ambos en documento auténtico antes del matrimonio, es decir en capítulos matrimoniales. ¿Cómo se califica entonces la validez de esa elección hecha en capítulos matrimoniales? ¿Habría que acudir a los disparatados criterios subsidiarios que recoge el mismo apartado 3 a continuación como si no hubiese acuerdo entre los cónyuges? Es este un ejemplo grosero de *petitio principii*, de vuelta a empezar, o si se quiere, de entrada en un círculo vicioso de remisiones, muy alejado de la racionalidad que debe caracterizar a las leyes merecedoras de tal nombre.

⁴⁷ Me refiero a la posibilidad real de que uniones de hecho registradas en una Comunidad Autónoma cuya legislación establece un registro de parejas a las que permite pactar algún remedo de régimen económico matrimonial, pretendan que el Registro de la Propiedad publique tal régimen (vgr. la ganancialidad) sobre bienes situados en ese o en otro territorio de derecho común o con distinta legislación sobre uniones de hecho que sea

En fin no sólo el Estatuto de Cataluña al que nos hemos referido plantea este tipo de problema respecto de normas del Título Preliminar del Código civil, porque hay algún otro Estatuto, como el de la Comunidad valenciana (Ley Orgánica 1/2006 de 10 Abril), Comunidad Autónoma ésta cuyo ingreso entre las comunidades autónomas con Derecho foral proviene de la creatividad del Tribunal Constitucional, ya que no de su historia como se vio con anterioridad, y aunque tal Estatuto no tiene aparentemente el mismo alcance, puesto que en su artículo 49.2 se limita a atribuir a la Generalitat valenciana la competencia para “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil foral valenciano”, respetando el tenor literal del artículo 149.1 8ª de la CE, puede llegar a tenerlo (en virtud de la llamada comúnmente cláusula Camps), y, por otra parte, porque el artículo 7 1 anuncia que “el desarrollo legislativo de las competencias primará la recuperación de los contenidos correspondientes de los Fueros del Histórico Reino de Valencia”, lo que no deja de ser una intención que aunque no apunta textualmente de modo directo y prioritario al Derecho civil, tampoco permite excluir que pueda hacerlo en el futuro.

2. Las competencias legislativas en materia civil de las Comunidades sin Derecho foral.

Sería muy engañoso, sin embargo, difundir la idea de que la pluralidad legislativa en materia de Derecho civil dimana sólo y principalmente de la deriva del Derecho foral antes y después de la Constitución del año 1978, porque hay otra fuente todavía mayor de diversificación legislativa en materia civil que no radica en artículo 149.1 8ª de la CE y que no guarda por ende relación con la existencia previa de Derecho foral o especial.

Se trata ni más ni menos que de la diversificación procedente del ejercicio de competencias legislativas sobre algunas de las materias enumeradas en el artículo 148 de nuestra Ley de leyes, que como es sabido no dedica ninguno de sus apartados a permitir la asunción de competencias civiles por las comunidades autónomas, y que por virtud de la creativa jurisprudencia del Tribunal Constitucional en parte, y en parte por la pura y simple osadía de todas las comunidades autónomas, ha dado lugar a un fenómeno si cabe todavía más preocupante por su extensión y progresión.

De nuevo cronológicamente el fenómeno surge poco tiempo después de la entrada en vigor de la Constitución, y de nuevo va a ser el Derecho agrario (como en los casos antes estudiados de Valencia y Galicia respecto de la conversión en leyes de costumbres no forales) el que sirva de punta de lanza de este bastante previsible movimiento legislativo de consecuencias tan predecibles como difíciles de racionalizar y encauzar⁴⁸. La ocasión, en efecto, la brindó la competencia recogida en el artículo 148 1 7ª de la CE relativa a “la agricultura y ganadería de acuerdo con la ordenación general de la economía”, con base en la cual la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó la Ley 8/1984 de 3 de Julio de Reforma Agraria en Andalucía. La interposición de recurso de inconstitucionalidad por cierto número de Senadores contra varios de sus preceptos, tenía entre otros fundamentos, el de la falta de

más respetuosa de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el patrimonio de las parejas de hecho, jurisprudencia que dimana de normas de orden público como las que regulan los regímenes económico matrimoniales, dando lugar a una pseudoganancialidad, por ejemplo, oponible a terceros desde que acceda al Registro de la Propiedad.

⁴⁸ Aunque con argumentos menos taxativos otras sentencia del TC precedieron a la que vamos a estudiar, Se trata de las SSTC 71/1982 y 88/1986 que permitieron el ejercicio de competencia legislativa civil en torno a las competencia de comercio interior y protección de consumidores y usuarios (art. 148 1 12ª y 13ª de la CE).

competencia en materia civil de la Comunidad Autónoma de Andalucía, motivo que el TC desestimó en STC 37/1987 (Ponente D. Jesús Leguina Villa)⁴⁹ fundándose en que “si la Comunidad Autónoma...es titular de una competencia específica para legislar en materia de reforma y desarrollo del sector agrario, como efectivamente así dispone el artículo 18.1.4º de su Estatuto de Autonomía, dicha competencia incluye la posibilidad de legislar asimismo sobre la propiedad de la tierra y su función social, dentro del territorio de Andalucía. De todo lo cual se desprende que la Ley de Reforma Agraria impugnada no ha invadido las competencias exclusivas que al Estado reserva el artículo 149.1.8ª de la Constitución”.

De acuerdo con tal razonamiento, cualquiera de las competencias legislativas que enumera el artículo 148 de la Constitución, como agricultura, urbanismo y ordenación del territorio, medio ambiente, montes, y otras muchas, que sin duda afectan a la propiedad inmueble, y lo pueden hacer mediante normas administrativas pero también mediante normas civiles, si están recogidas en un Estatuto de Autonomía, incluirían dentro de sí la posibilidad de legislar “sobre la propiedad de la tierra y su función social”, mediante legislación civil cuya emanación será necesaria para ejercer la competencia legislativa de que se trate.

Ciertamente hay otros pronunciamientos más matizados y con mayor altura doctrinal y acierto, como el ya citado 182/1992 sobre arrendamientos históricos en Galicia que afirma que el título competencial del artículo 148.1 7ª “no habilita a las Comunidades Autónomas para legislar en materia civil”, o la STC 62/1991 de 22 de Marzo sobre protección de los consumidores en Galicia que distingue entre los aspectos administrativos, cuya regulación por una Comunidad Autónoma difícilmente podrá exceder el título competencial correspondiente, y los aspectos jurídico privados en los que la competencia exclusiva del Estado podría ser invadida por una legislación autonómica. Pero lo cierto es que hay ya una muy abundante legislación autonómica, dotada de normas con efectos civiles como lo pone de relieve el volumen de la obra *Derechos civiles de España*, en nueve volúmenes, dirigido por el Prof. Bercovitz Rodríguez-Cano y D. Julián Martínez Simancas, en cuyo prólogo los codirectores aluden “al Derecho civil autonómico nacido del ejercicio de competencias legislativas sobre las más variadas materias”,⁵⁰.

Ese Derecho civil de las Comunidades Autónomas tiene hoy un contenido muy extenso y muy variado, ya que abarca desde el Derecho de la persona (tutela legal de los desamparados), por remisión del propio Código civil (arts. 172 y ss. redactados por la Ley 11/1987), Asociaciones, Fundaciones, Cooperativas, pasando por el Derecho de obligaciones y contratos (Comercio minorista, protección de consumidores, responsabilidad por daños

⁴⁹ Se trata de una sentencia que ha sido objeto de una alabanza doctrinal, especialmente desde el campo administrativo, pero también desde el punto de vista civil, absolutamente injustificada. No sólo ha servido para enardecer e incentivar las extralimitaciones de las CC.AA., sino que materialmente declaró constitucionales inmisiones en la propiedad por vías administrativas (la expropiación del uso y el arrendamiento forzoso) y tributarias (el impuesto de tierras infrutilizadas) absolutamente anacrónicas como ya lo era la equivalente ley estatal del año 1978 Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables), inaplicables e incompatibles con el Derecho de la Política Agrícola Común que ya era el aplicable en el momento del fallo, con primacía sobre el Derecho interno. Hoy la simple lectura del artículo II 77 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, que afirma en su último inciso que “el uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”, está claro que vetaría una regulación del uso contraria a las normas de la Política Agrícola Común, si el texto llegase a tener vigencia. Pero en todo caso hay que recordar que el Proyecto de Constitución Europea ha sido aprobado en *referéndum* en España.

⁵⁰ *Derechos civiles de España*, dirigido por R. Bercovitz Rodríguez Cano y J. Martínez Simancas, Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 8.

cinégticos), propiedad urbana (Leyes del Suelo y Valoraciones), propiedad rústica (Concentración parcelaria, Montes, Espacios Naturales, Caza) e incluso relaciones familiares de hecho (Leyes sobre parejas de hecho).

Que muchas de las leyes autonómicas que regulan todas estas materias incurren en notorias extralimitaciones es algo que no se puede dudar. Vamos a fijarnos en dos ejemplos muy extendidos y caracterizados, que son las llamadas leyes sobre uniones de hecho o parejas estables, y las leyes de caza, en cuanto que regulan aspectos relativos a la responsabilidad civil surgida de los accidentes causados por especies cinégticas.

Sobre el problema de las uniones o parejas de hecho tiene especial interés el estudio publicado por el Prof. Bercovitz Rodríguez-Cano⁵¹, en el que pasa revista a la abundante legislación autonómica. Para ello hay que partir de que la jurisprudencia del TC y del TS⁵², rechaza la equiparación jurídica a efectos económicos de tales situaciones con el matrimonio, porque precisamente éste es el punto en que se apoya la competencia de las CCAA para legislar sobre tal materia. Pero estima el citado autor, y creo yo que con todo acierto, que además del bloque de normas administrativas que contienen estas leyes autonómicas, de cuya constitucionalidad no se puede dudar aunque si tal vez de su necesidad, hay otro bloque de normas que regulan el régimen económico e incluso el régimen sucesorio, y las relaciones personales derivadas de la convivencia, cuya constitucionalidad es más dudosa por falta de título competencial. Y aunque las CCAA que no tienen competencia sobre partes del Derecho civil según el artículo 149.1 8ª de la CE, son menos osadas a la hora de legislar⁵³, sobre lo legislado por ellas afirma Bercovitz⁵⁴ rotundamente: “Estas normas autonómicas sobre materia civil carecen de todo respaldo, tanto constitucional, como autonómico. Su inconstitucionalidad resulta indudable, por falta de competencia legislativa alguna de las Comunidades Autónomas correspondientes”.

“Ni siquiera nos encontramos en algún caso con la posibilidad encajar semejante contenido legislativo, al menos en parte, en algún precepto de los Estatutos de Autonomía en cuestión del que derive una competencia legislativa, que, al menos formalmente pudiese esgrimirse para invadir materias como éstas, propias de la legislación civil”⁵⁵.

Podría pensarse que en las Comunidades Autónomas con competencia en materia civil⁵⁶, la situación será diferente. Pero no es así, tal vez porque también es mayor su atrevimiento, y regulan una especie de régimen económico, semejante al contenido en los artículos 1.315 y siguientes del Código civil, conocido como régimen económico matrimonial primario (Gastos comunes, vivienda, derechos del supérstite, etc), cuando está claro que ningún Derecho foral

⁵¹ R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La competencia para legislar sobre parejas de hecho”, *Derecho privado y Constitución*, nº 17, 2003, págs. 61 y ss.

⁵² R. Bercovitz Rodríguez-Cano, “La competencia...”, citada, pág. 61 nota 1 cita dos autos y once sentencias del TC en tal sentido, y en la pág. 62 nota 2 cita una larga serie de sentencias del TS.

⁵³ El citado autor incluye en es te grupo las leyes de Valencia, Asturias, Madrid, Andalucía Canarias y Extremadura, “La competencia...”, citada pág. 68.

⁵⁴ R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La competencia...”, citada, pág. 69 y ss.

⁵⁵ Ninguno de los preceptos citados en las Exposiciones de Motivos contiene competencia legislativa ni sobre parejas de hecho, ni sobre materias directamente relacionadas. Así la Ley extremeña, la canaria, la madrileña y la de Valencia, se basan en la promoción del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, y la andaluza en su competencia sobre orientación familiar.

⁵⁶ R. Bercovitz Rodríguez Cano, estudia entre éstas Cataluña, Baleares, Aragón, Navarra y País Vasco. Obra citada, págs. 72 y ss.

regulaba la materia de las uniones de hecho, ni materia alguna conexas con ella, de modo que no puede acudir al desarrollo del Derecho foral o especial existente. Y por si esto fuera poco, además se remiten, como también las leyes anteriormente estudiadas de CCAA sin Derecho civil propio, a la “convivencia marital”, a la “relación de afectividad análoga a la conyugal”, lo que apunta sin duda hacia una *causa civilis obligandi* que sería la misma del matrimonio⁵⁷, sometiéndolo a una forma distinta de la del matrimonio en contra de lo prevenido en el artículo 13 del Código civil, que declara su aplicabilidad a todo el territorio, y en el artículo 149. 1 8ª de la CE, que sin duda atribuye de modo inequívoco esa competencia exclusivamente al Estado.

El otro ejemplo al que anuncié que me remitiría es el relativo a la responsabilidad por los accidentes causados por las piezas de caza. Esta materia estaba regida por una Ley estatal, la Ley de Caza del año 1970, pero tras la reforma de los estatutos de Autonomía han sido muchas las CCAA que han legislado sobre la materia que les había sido atribuida en la reforma estatutaria, y lo han hecho de forma muy variada⁵⁸, y con muy diversos niveles de adecuación a la realidad.

Pero lo que aquí más directamente interesa es la adecuación de tal legislación a las competencias de las CCAA en materia civil, adecuación que desde tiempo atrás ha sido puesta en duda por la doctrina ya que el artículo 148 1 11ª de la CE, que se refiere a “la pesca en aguas interiores, el marisqueo y la acuicultura, la caza y la pesca fluvial”, no cabe duda de que permite que los Estatutos de Autonomía consagren competencias legislativas exclusivas en materia de caza, pero tal competencia, indiscutible en cuanto a los aspectos administrativos (terrenos cinegéticos, licencias, etc.), resulta problemática respecto de los temas civiles, como la adquisición de la propiedad de las piezas de caza, la responsabilidad civil del cazador y la responsabilidad civil derivada de los daños generados por la caza, y ha sido puesta en duda, como ya se ha dicho, por muy fundadas opiniones doctrinales⁵⁹.

El resultado de esta generalizada asunción de competencias sobre la caza ha sido que sobre todo en lo atinente a la responsabilidad civil por los daños ocasionados por las especies cinegéticas, de cuantía creciente por la irrupción de animales en toda clase de vías públicas, ha habido una tan gran dispersión, que F. Cuenca Anaya postulaba la conveniencia de que el Estado hiciese uso de la facultad que le confiere el artículo 150.3 de la Constitución de dictar leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones autonómicas⁶⁰.

Pero la cuestión, con fundamento en otro título competencial, ha sido más tarde abordada por la legislación estatal en la reforma de la Ley Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial realizada por la Ley 17/2005 de 19 de Julio, que ha añadido una Disposición

⁵⁷ Al menos tal y como entienden el matrimonio las Leyes de reforma del Código civil 13/2005 de 1 de Julio, en materia de derecho a contraer matrimonio, y 15/2005 de 8 de Julio en materia de separación y divorcio.

⁵⁸ Tiene especial interés en esta materia el muy completo cuadro que ofrece F. Cuenca Anaya en “Responsabilidad civil en los accidentes provocados en las carreteras por las piezas de caza”, *Revista jurídica del notariado*, nº Octubre- Diciembre, 2004, págs. 9 y ss.

⁵⁹ J. M. Caballero Lozano, “Responsabilidad civil cinegética en Castilla y León”, *Revista jurídica de Castilla y León*, nº2, 2003, págs. 193 y ss.; M.A. Parra Lucán, “La responsabilidad por daños producidos por animales de caza”, *Revista de Derecho civil aragonés*, nº 2, 1999, págs. 29 a 31, aunque esta autora concede tal competencia a las CCAA que puedan desarrollar su Derecho civil foral.

⁶⁰ F. Cuenca Anaya, obra citada, pág. 43.

Adicional Novena⁶¹ reguladora de la responsabilidad por la daños producidos por piezas de caza. La nueva regulación incide en la materia regulada por las Leyes de Caza autonómicas, algunas de las cuales se han adaptado inmediatamente⁶², pero de nuevo lo han hecho de modos muy diferentes y contradictorios, con que el resultado puede calificarse de caótico.

El caso de Castilla y León es paradigmático, ya que nuestra Ley de Caza (Ley 4/1996 de 12 de Julio, reguló la cuestión en su artículo 12 atribuyendo la responsabilidad a los titulares de los derechos cinegéticos (titulares de cotos de caza en cuyo plan cinegético existiese la caza mayor), y estableciendo un seguro de responsabilidad suscrito por la Administración autonómica, con una cierta franquicia. El incremento del coste del seguro fue exponencial, de modo que se incrementó en años sucesivos la franquicia a cargo del titular del coto, y por Ley 14/2001 de 28 de Diciembre se modificó el artículo 12 y se extendió la responsabilidad a todos los cotos de caza, incluidos los de caza menor, y los vedados voluntarios. El problema continuó creciendo y con él el coste de los seguros para la Administración y los particulares, y es en este punto en el que incide la reforma de la Ley de Tráfico mencionada y ocasiona una nueva reforma del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, que en su primer apartado se remite a la legislación “estatal aplicable”(¿La Ley de Caza de 1970 o la Ley de Tráfico de 2005, o ambas a la vez?), y añade un segundo párrafo que establece que cuando el accidente ocurra en terrenos vedados la responsabilidad corresponderá al propietario de los terrenos.

En fin, decía nuestro eminente jurista clásico Francisco Suárez que la ley es “precepto común, justo, estable y suficientemente promulgado”⁶³, y cabe preguntarse si las normas autonómicas en la materia que hemos citado cumplen uno sólo aunque sea, de estos requisitos⁶⁴, pregunta de respuesta seguramente negativa en muchos casos. Pero lo más llamativo es que las leyes de Caza autonómicas de fines del año 2005, o reproducen la norma estatal de la Ley de Tráfico (Adicional Novena), como es el caso de la Ley Foral Navarra, o se remiten a la “ley estatal aplicable” como hace el apartado 1 del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León en su redacción vigente. En este caso el contrasentido es mayúsculo, porque siendo el título competencial con que se legisla el de la Caza, cuando se trata de actos cinegéticos se aplica la Ley del Estado aunque el accidente no ocurra en una vía pública de titularidad estatal, y en los terrenos vedados, inhábiles para la caza, se establece una regulación propia de las resultas de un accidente que nada tiene que ver con la caza, en la que se hace responsable al propietario del terreno colindante a la vía pública, el cual, la mayor parte de las veces será la primera (y más perjudicada) víctima del tránsito por su predio (que puede ser rústico o urbano) de un espécimen cinegético susceptible de generar graves daños,

⁶¹ La citada Disposición Adicional Novena atribuye en primer lugar la responsabilidad al conductor que hubiese infringido normas reglamentarias, al titular de los derechos cinegéticos sobre el terreno de que proviniese el animal si el accidente ocurre con ocasión de partidas de caza o por mala gestión del coto, o al titular de la vía pública carente de señalización. adecuada.

⁶² Es el caso de la Ley Foral 17/2005 de 22 de Diciembre de Caza y pesca en Navarra, y del artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, reformado por Ley 13/2005 de 27 de Diciembre sobre Medidas Financieras.

⁶³ F. Suarez, *De legibus*, Libro I, Cap. 12 , párrafo 2.

⁶⁴ Por lo que se refiere al artículo 12 de la Ley de Caza de Castilla y León, puede asegurarse que no cumple ninguno de tales exigencias. No es justa, porque ha atribuido la responsabilidad poco menos que siguiendo el azar y con la única preocupación de excluir de ella en lo posible a la Comunidad Autónoma. Tampoco es común, porque afecta sólo a un territorio. La estabilidad tampoco parece que pueda predicarse de una norma que ha tenido tres redacciones distintas en menos de diez años, y la promulgación suficiente, que pudo tenerla en su primera redacción, no la ha tenido en las sucesivas ya que se trata de reformas introducidas en una Ley de Medidas Financieras, que ni siquiera se refiere a la Ley de Caza en su Exposición de Motivos.

ya que ni puede evitar el riesgo, ni contribuye en la más mínima medida a crearlo con su actividad agraria o no, pero en absoluto cinegética.

En fin, los ejemplos de legislación autonómica en materia civil que carecen de apoyo constitucional, y que influyen en derechos subjetivos de naturaleza privada, pueden ser infinitos. Se han traído a colación dos ejemplos preocupantes, para poner de relieve que no hay en absoluto control de las extralimitaciones de los legisladores autonómicos, que la situación es probablemente irreversible, y que el daño para los valores constitucionales, especialmente para los garantizados por el artículo 9.3 CE, puede ser cada vez mayor.

En efecto, frente a la extralimitación de las CCAA con Derecho foral, han sido frecuentes los recursos de los sucesivos Gobiernos ante el TC, con desigual fortuna como se ha visto, e incluso con finalización por desistimiento en los últimos años. Pero ante la alarmante proliferación de extralimitaciones que acabamos de contemplar ni ha habido reacción apreciable por parte del Estado, ni puede haberla por parte de los justiciables, que no están legitimados para combatir la constitucionalidad de una norma autonómica. En efecto, la Constitución de 1978 en su artículo 162 1 a) sólo concede legitimación para interponer recurso de inconstitucionalidad al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 Diputados o 50 Senadores, y a los ejecutivos y asambleas autonómicos.

El recurso de amparo que regula el artículo 162 1 b) de la CE con más amplia legitimación activa, y la protección jurisdiccional de los derechos y libertades fundamentales, sólo proceden cuando se violen los derechos y libertades reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo II (arts. 15 a 29 CE), lo que deja fuera materias como el matrimonio, la propiedad, la familia, la libertad de empresa: en suma, casi todo el Derecho privado.

Por último, la cuestión de constitucionalidad que puede ser suscitada por cualquier órgano jurisdiccional, de acuerdo con el artículo 163 CE, ni tiene efecto suspensivo, ni está siendo utilizada en la medida en que pudiera hacerse, porque su utilización es facultad del órgano jurisdiccional, que puede plantear de oficio la cuestión de constitucionalidad, o hacerse eco de las alegaciones en tal sentido de una parte, pero puede también en todo caso permanecer inactivo al respecto, postura esta que cada vez resultará más cómoda. Queda, pues, claro que no hay seguridad alguna de que las normas tal vez inconstitucionales por las razones expuestas o por razones similares, vayan a ser expulsadas del ordenamiento jurídico.

Además las recientes reformas de los Estatutos de Autonomía tomarán buena cuenta de sus posibilidades de asumir competencias legislativas en materia civil. Buen ejemplo ofrece la Ley de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 2 de Mayo de 2006 (BOPA de 4 de Mayo de 2006), que en su artículo 46.5 declara asumir “facultades normativas en el ámbito de la legislación civil cuando ello fuere necesario para el ejercicio de sus competencias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149.1 8ª de la Constitución”, que aunque sea mediante eufemismos y circunloquios, y protestando su respeto a las competencias exclusivas del Estado, lo cierto es que promete persistir en su actitud pasada, si no incrementar su atrevimiento.

IV. Breve toma de razón de los efectos de nuestra pluralidad legislativa.

Llegada la hora de las conclusiones hay que comenzar por señalar que la situación esbozada en los apartados precedentes afecta a todos y cada uno de los ciudadanos que sean sujetos de relaciones jurídico civiles en España, cualquiera que sea su nacionalidad o su vecindad civil. Así por ejemplo, casi todos nos desplazamos en automóvil, y somos por la tanto posibles afectados por una colisión con una pieza de caza. Pues bien, según el lugar en que ocurra el accidente nuestra suerte puede ser muy distinta, no sólo a la hora de sufragar los gastos derivados de los daños personales y de reparación del automóvil, sino también a la hora de hacer frente a alguna de las resultas de tales actividades⁶⁵.

No se trata por lo tanto de un problema que afecte exclusivamente a los Profesores del Area, es decir de una cuestión de las se despachan despectivamente calificándolas como académicas. No obstante lo cual es perfectamente lógico que seamos los Profesores del Area los más conscientes de la situación y de sus previsibles desarrollos. Porque la aplicación de las normas del Derecho civil resulta ciertamente muy problemática en ocasiones; mucho más problemática de lo que impone un cabal entendimiento del artículo 9.3 de la Constitución, que afirma que “garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas...la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

No se trata, pues, solamente de una comprensible pereza y renuencia, a estudiar y a enseñar una masa de normas que deja pequeña la existente en el momento final del Antiguo Régimen y en los comienzos del proceso codificador; es sobre todo, que resulta poco menos que imposible verificar la validez de muchas de tales normas en términos de constitucionalidad y aún de jerarquía normativa: en el ejemplo propuesto de la responsabilidad por los accidentes debidos a atropello de piezas de caza, concurren normas estatales y autonómicas altamente contradictorias ¿es posible la génesis de una doctrina segura y generalmente aceptada sobre la materia? Desgraciadamente creo que no; ya hay numerosas resoluciones sobre las leyes del año 2005 en materia de accidentes ocasionados por animales salvajes, contradictorias entre sí, y procedentes de diversos órganos jurisdiccionales, al igual que ocurría con anterioridad. Por razón de cuantía la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 impide, por lo general, el acceso a la casación de estos procesos, y por interés casacional, el Tribunal Supremo exige “jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales...exigiéndose dos o más sentencias firmes de uno de esos órganos jurisdiccionales decidiendo en sentido contrario al contenido en el fallo de otras dos sentencias, también firmes de diferente Tribunal de Apelación”⁶⁶, y ello sin contar con que es la propia Audiencia Provincial la que debe admitir a trámite en primera instancia el recurso de casación: en fin es muy difícil que llegue a haber jurisprudencia casacional unificadora de la doctrina, en éste y en otros muchos casos.

⁶⁵ La legislación catalana, ahora incorporada al CDCC, pero procedente de una Ley autonómica del año 1991, prevé que el derecho de retención de quien efectúa la reparación, pueda llevar a la venta en pública subasta del la cosa mueble reparada como modo de recuperar los gastos de la reparación., es decir mucho más allá del alcance normalmente reconocido al derecho de retención del artículo 1.600 del Código civil, sin base muy clara en la tradición jurídica catalana. Ver S. Espiau Espiau, obra citada, págs. 122 y ss

⁶⁶ Auto de la Sala 1ª del TS de 8 de Enero de 2003, desestimando un recurso de queja contra el auto de la Audiencia Provincial.

Es pues, fundamentalmente, un problema de seguridad jurídica y del resto de las garantías que ofrece el artículo 9.3 de la Constitución, aunque sea esta una cuestión que involucra a otras áreas, como el Derecho Constitucional y el Derecho Procesal en las posibles soluciones.

Por otra parte el proceso que se ha venido bosquejando⁶⁷, no se ha caracterizado por un debate tan amplio, claro y profundo como hubiese sido deseable en el seno de las Cámaras legislativas. Por el contrario, en su momento la Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, y el propio Código civil, fueron objeto de amplia discusión en ambas Cámaras⁶⁸, y fuera de ellas en el Congreso Jurídico español de 1886 y en el Congreso Jurídico de Barcelona de 1888, en la que no se excluyó a ninguna fuerza política ni se silenció ninguna opinión, y en la que se tuvieron en cuenta muchas de las mejoras propuestas, mientras que por el contrario, los procesos seguidos para las actuales modificaciones, sólo han sido estudiados por las Cámaras estatales en pleno de modo muy superficial con ocasión del debate de los Proyectos de Reforma de los Estatutos de Autonomía a lo largo de este año 2006, y no han sido debatidos en reuniones científicas al efecto que no han sido convocadas oficial ni privadamente, lo que en comparación con el proceso de elaboración del Código civil, y en contraste con la opinión tan despectiva como infundada que se tiene sobre aquellos procesos legislativos del siglo XIX, ofrece un aspecto de cierto “déficit democrático”, y de mucho menor deseo de consenso, ya que incluso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional que jalonan la evolución autonomista que se ha venido esbozando, han sido ocasión de numerosos y jurídicamente muy bien fundados votos particulares⁶⁹.

Y no son estos los únicos problemas ajenos en parte al Derecho civil en cuanto a su solución, porque está claro que desde la Constitución de 1978, y especialmente a la vista de las interpretaciones de su artículo 149.1.8ª que ha impuesto el TC, y más aún después de la aprobación de los primeros Estatutos de Autonomía reformados en el año en curso, puede decirse que la competencia legislativa en materia civil se asume casi sin restricciones por la Comunidad Autónoma de Cataluña por el momento, y por la de Navarra, lo que quiere decir que los representantes democráticamente elegidos para ambas Cámaras en las elecciones generales no tienen facultad alguna sobre el Dret civil catalá o el Derecho foral navarro, ni siquiera sobre su sistema de fuentes ni tal vez su sobre sus reglas de aplicación, mientras que los representantes de los votantes catalanes y navarros en las Cámaras colegisladoras del Reino, sí que tienen competencia, y la ejercen bastante a menudo para proponer, modificar y

⁶⁷ En tal sentido F. de Castro considera que el reconocimiento de los derechos forales en 1888 “puede considerarse que fue una concesión de los liberales a la democracia, sacrificando sus ideales progresistas y unificadores al respeto de la opinión popular o de los núcleos políticamente dominantes en la mayoría de los territorios afectados”, *Estudio preliminar. Edición crítica del Código civil*, de C. Melón y J. López, ICH, Madrid, 1969, pág. 21. Hoy, más que un tributo a la democracia, que lo hubo, deberíamos pensar que fue sobre todo un noble gesto conciliador, y una búsqueda de consenso como el existente entre los redactores del texto constitucional de 1978, es decir una renuncia a aplicar sin más las consecuencias de la mayoría existente en las Cámaras

⁶⁸ Discusión que ha publicado íntegra el Senado con ocasión del Centenario del Código civil, y con amplio estudio introductorio de J.L. de los Mozos.

⁶⁹ La diferencia estriba seguramente en que una vez asumido el enfoque autonomista, no hay necesidad de aprobación por parte de las Cámaras colegisladoras estatales del Derecho civil autonómico, a diferencia de lo que acaeció en el período de elaboración de las Compilaciones. Ver L. Puig Ferriol, “El denominado problema foral desde la perspectiva del Centenario”, en *Centenario del Código civil*, II, APDC, Madrid, 1990, págs. 1633 y ss.

aprobar el Derecho civil aplicable a los demás ciudadanos de otros territorios⁷⁰, problema este muy arduo para los constitucionalistas del único Estado miembro de la Unión europea en que existe algo semejante a nuestra pluralidad legislativa civil, que tienen tendencia a afirmar, sin querer entrar en el fondo del asunto (que no es otro que el principio de igualdad), que tal posibilidad es perfectamente lícita puesto que todos los miembros de las Cámaras representan al pueblo español en su totalidad, lo que no deja de ser un formalismo bastante eufemístico en algunos casos.

1. Pero entrando ya en el ámbito puramente civil, el primer problema que plantea la diversidad legislativa civil en su estado actual es el problema del propio sistema de fuentes que contempla el artículo 1 del Código civil. Si históricamente se llegó a admitir cada vez con más amplitud el “blindaje”⁷¹, como se ha hecho usual calificar en los medios de prensa, de sistemas de fuentes que anteponen la costumbre a la Ley ¿qué significado tiene la garantía del principio de legalidad del artículo 9.3 de la Constitución? ¿Es que puede haber territorios exentos del principio de legalidad aunque sólo sea en materia civil?⁷². Pero ciertamente el artículo 129 del Estatuto de Cataluña, aunque dice literalmente que la Generalitat puede determinar el sistema de fuentes del Derecho civil catalán, y por ende antepone la costumbre o los principios generales a la Ley, es seguro que no pretende tal cosa⁷³, porque vaciaría de poder a la Generalitat para entregárselo a los ciudadanos que espontánea y libremente podrían autorregularse, o a los aplicadores del Derecho. Su pretensión es muy distinta, y puramente negativa: consiste en expulsar el Código civil de su carácter de Derecho civil común y general, de aplicación subsidiaria en todo el territorio, y en sustituirle por otra fuente subsidiaria, cosa que ya pretendía M. Durán y Bas⁷⁴, y que F. De Castro⁷⁵ impugna por razones

⁷⁰ Bajo el título “El Estatuto de Cataluña y la “West Lothian question””, el Prof. Luis María Díez Picazo explicaba en el *Diario Expansión*, 4 de Noviembre de 2005, pág. 70, el profundo debate suscitado en el Reino Unido por la posición de los Diputados escoceses cuyos votos fueron decisivos para elevar sustancialmente las tasas universitarias de los ingleses, mientras permanecían invariables las de los escoceses cuyo parlamento había asumido competencia exclusiva en la materia. En el Derecho civil español el problema de la asimetría es antiguo (hay algún caso en la reforma de 13 de Mayo de 1981 del Código civil, como el párrafo 2º del artículo 1.320 del C.c. introducido por una enmienda del PSC), pero se ha intensificado recientemente, porque grupos parlamentarios han permitido tener una influencia decisiva a fuerzas nacionalistas catalanas en leyes estatales, como la LAR del año 2005, cuando es público y notorio que está muy avanzada la tramitación de una nueva LLei de pactes de Conreu y una total regulación de materia en Cataluña por la Generalitat, aunque tal vez no llegue a aprobarse en esta legislatura catalana. Sobre el artículo 1.320 2º del C.c. ver, J. De la Cuesta Saenz, “La protección de la vivienda familiar habitual”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 119 (1983), págs. 129 y ss. y “Acerca del llamado régimen económico matrimonial primario”, en *Libro homenaje al Prof. M. Albaladejo García*, t. I, Madrid, 2004, págs. 1159 y ss.

⁷¹ Como se ha visto desde la propia Ley de Bases de 11 de Mayo de 1888, se admitió la vigencia de sus propios Derechos supletorios en los territorios forales que los tenían.

⁷² Tal podría ser el caso de Navarra ya que la Ley Segunda del Fuero Nuevo, antepone la costumbre a la Ley sin más límites que los derivados de la Ley Tercera (la moral y el orden público), y de Aragón en cuya Compilación los artículos 1, 2 y 3 dibujan un sistema de fuentes muy diferenciado.

⁷³ Además, el sistema de fuentes consagrado en la Ley Primera 29/2002 de 30 de Diciembre, en su art. 1.111, no difiere del reflejado en el artículo 1 del C.c., aunque se refiere a leyes. Costumbres y principios generales del Derecho de Cataluña.

⁷⁴ Obra y lugar citados, y también voto particular de 8 de Junio de 1885, contra el Proyecto de Ley de Bases de M. Silvela, citado por F. de Castro, obra citada, pág. 218, nota 2 *in fine*.

⁷⁵ F. de Castro, obra citada, págs. 217 y 218, explica las dudas sobre la vigencia de la Constitución de Felipe II del año 1599 que indicaba como derecho común supletorio para Cataluña el Derecho canónico, el Romano y la doctrina de los Doctores, y que la expresión del Decreto de 16 de Enero de 1716, pudo parecer que dejaba

históricas, y que ahora refleja el artículo 111.4 del CDCC al autoatribuirse el carácter de Derecho común de Cataluña, condición que aunque referida a las materias reguladas por la vieja Compilación, nadie le discutía. Por otra parte el artículo 111.3 del CDCC consagra normas de interpretación y aplicación distintas de las previstas en el Título Preliminar del Código civil, y sobre este particular ya se había pronunciado el Tribunal Constitucional en las sentencias 14/1986 y 83/1986, e incluso *obiter dictum*, la ya citada sentencia 37/1987⁷⁶

2. El sistema del llamado Derecho interregional resulta fuertemente comprometido desde el punto y hora en que hay por lo menos otro Código que regula la eficacia de las normas civiles y declara su posible extraterritorialidad, de un modo cuando menos, poco determinado por el momento, así como la aplicabilidad del Derecho civil catalán por el sólo hecho de la residencia, a los extranjeros que no lo excluyan voluntariamente (artículo 111.3 CDCC), porque eso sin duda es directamente contrario a lo previsto por los artículos 13 y 16 (éste conecta el Estatuto personal a la vecindad civil) del Código civil, que es aplicable en todo el territorio, y que parece ratificado por el artículo 149.1 8ª de la Constitución. Y también en este punto ha habido dos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, la sentencia 156/1993 ya citada y la sentencia 226/93, que han desautorizado la legislación autonómica sobre estas materias⁷⁷.
3. Por las mismas y por otras razones puede surgir la cuestión de la calificación, la remisión y el orden público que el artículo 16.1 2ª del Código civil excluía; ya hemos visto que puede incluso no ser posible determinar la validez de un pacto que elija la ley aplicable a los efectos de un matrimonio, pero es que puede haber tanto en familia, como en sucesiones, como incluso en materia contractual, conflictos interregionales de normas en que el punto de conexión sea regulado de manera diferente o en los que se de efecto extraterritorial a normas inspiradas en una noción de orden público diferente, aunque esta sea hoy por hoy una hipótesis de laboratorio.
4. Más comprometida, por último, resulta la actitud de los civilistas españoles en orden a la unificación parcial del Derecho civil en la Unión europea.

vigente, y que fue utilizada para mantener la vigencia de usos por quienes no concedían virtualidad normativa a la costumbre.

⁷⁶ En tal sentido R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, citada, págs. 124 y 125.

⁷⁷ En tal sentido R. Bercovitz Rodríguez Cano, “La doctrina del Tribunal Constitucional...”, citada, pág. 123.