

La sede normativa del Derecho Civil común: Los estragos de la descodificación

ANTONIO J. VELA SÁNCHEZ
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN

Se propone sistematizar y actualizar la trascendental cuestión de la descodificación del Derecho Civil común –como fenómeno de creación de multitud de leyes extracodiciales contrario al criterio unificador de la codificación de los siglos XVIII y XIX–, analizando sus causas, descubriendo en qué grado afecta a las diversas partes del citado Derecho.

SUMARIO: I. *La llamada «descodificación» como rasgo distintivo del actual Derecho Civil común:* 1. Origen y causas. 2. La descodificación en el Derecho Civil común. A) Derecho de la persona y Derecho de familia; B) Derecho de obligaciones y contratos; C) Derechos reales; D) Derecho de sucesiones.–II. *Valoración y alcance de la descodificación.*–III. *Utilidad actual de la codificación y perspectivas de futuro:* 1. La recodificación. 2. La indexación. 3. La tendencia unificadora supranacional.

I. LA LLAMADA «DESCODIFICACIÓN» COMO RASGO DISTINTIVO DEL ACTUAL DERECHO CIVIL COMÚN

1. Origen y causas

La descodificación del Derecho Civil común es un fenómeno contrapuesto a la concepción sistematizadora de las codificaciones que surgen a fines del siglo XVIII y a comienzos del siglo XIX, época

que se conoce como la «era de la codificación»¹. Aunque la cuestión de las leyes civiles especiales arranca casi de forma simultánea a la propia aparición de los Códigos civiles –algunas (como nuestra Ley Hipotecaria de 1861) ya existían incluso antes que ellos–, es en los últimos tiempos cuando ha alcanzado mayor importancia, hasta el punto de que se ha convertido en uno de los tópicos con que se intenta caracterizar el actual proceso de evolución del Derecho Civil común, único Derecho al que, de aquí en adelante, me referiré cuando hable de Derecho Civil. Se trata, pues, de enjuiciar el significado y valor que esas leyes extracodiciales tienen en el ámbito del Derecho Civil, teniendo presente, desde el principio, que lo que preocupa no es su abundante proliferación, sino que la experiencia central del Derecho Civil pase del CC a ellas, de forma que se llegue a un estado de cosas en el que ya no se hablara de leyes especiales para referirse a éstas y en el que el CC sería un puro Derecho residual de los casos no reglados por aquéllas. Eso sí, ello supondría una dispersión normativa o aluvión normativo que no afectaría tanto al genérico Derecho privado, sino al concreto Derecho Civil. Asimismo, la mayor problemática radica en que surgen algunas normas, especialmente en el ámbito del llamado Derecho de consumo y en general del Derecho de obligaciones y contratos, que, como se verá, responden muchas veces a principios nuevos, de manera que resultan incoherentes con el CC.

El fenómeno de la descodificación civil es consecuencia de variadas causas². En primer término, es fruto del desajuste producido por la inevitable obsolescencia del Derecho Civil codificado del siglo XIX y, por ende, del declive de la convicción decimonónica de que la sociedad podía ser representada de forma ideal, unitaria y uniforme en cuerpos legales con pretensión de totalidad. El CC, garante en la esfera civil de las libertades políticas, se conver-

¹ DE LOS MOZOS, *Derecho civil español*, I, Parte General, 1, Introducción al Derecho civil, Salamanca, 1977, pp. 189 ss. La codificación se plantea como una «necesidad», «como un intento de racionalización de la vida jurídica de los pueblos», ante «la situación creada por la pluralidad y la diversidad legislativas que ni era satisfactoria para las exigencias del Estado moderno, ni para las necesidades de la práctica» (DE LOS MOZOS: «Codificación y Recodificación: Reflexiones con motivo de la reforma del CC peruano», *RGLJ*, 2001, p. 93; y en «Los precedentes de la codificación: La unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española», *ADC*, 1988, pp. 637 ss.).

² Una síntesis de las mismas puede encontrarse en GARCÍA DE ENTERRÍA (*Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Madrid, 1999, pp. 49 ss.) y en CARBONNIER (*La inflación de las leyes*, Ensayos sobre las leyes, trad. esp., Madrid, 1998, pp. 240 ss.). En general, puede afirmarse que nuestras sociedades «complejas y vivaces, no parecen aceptar llanamente nuevos códigos generales y globalizadores, que son los que alimentaron en su día los grandes dogmas del positivismo. Hoy se habla ya abiertamente de descodificación, incluso por relación a la materia de los Códigos clásicos, y las Leyes suelen limitarse con frecuencia a regulaciones fragmentarias u ocasionales y, a veces, a formular enunciados o principios muy generales» (GARCÍA DE ENTERRÍA, *La democracia y el lugar de la Ley*, El Derecho, la Ley y el Juez, Madrid, 1997, p. 52).

tía en el núcleo de todo un sistema, con la obsesión de establecer unas reglas de juego seguras y asentadas en tres principios inmutables: igualdad formal ante la ley, derecho a la propiedad –y unida a ella la sucesión *mortis causa*– y libertad contractual. También influyó en la descodificación el cambio de modelo social y político y la concepción actual del Estado que ya no se configura como un Estado liberal basado en el principio de mínima intervención y de autonomía de los particulares, sino, muy al contrario, como un Estado social intervencionista en la vida económica, política y social, de modo que existen asuntos –como, por ejemplo, el consumo privado– que están presididos por la intervención normativa del Estado³ y que, sin embargo, en la época codificadora no tenían otra ley que la libertad⁴. En la codificación, el espacio reservado al Derecho no era el de elegir fines, ordenarlos o sugerirlos a los individuos, sino el de predisponer los instrumentos necesarios para que cada uno pudiera conseguir los objetivos deseados; en cambio, ahora se transmuta la naturaleza de la norma, que deja de ser «instrumental» para convertirse en «finalista», al postular una elección de fines y una selección de intereses merecedores de tutela que acaban provocando ineludiblemente la limitación del ámbito de las decisiones de los particulares. Esta modificación profunda de la técnica legislativa impone también una producción legislativa más abundante y más cambiante, lo que contrasta con la vocación de permanencia y estabilidad de los Códigos civiles.

Por otra parte, y aunque la proliferación de leyes especiales no está cronológicamente vinculada a la Constitución, no puede desconocerse que a partir de ésta el fenómeno se generaliza y que la necesidad de ajustar el antiguo Derecho Civil al Texto Constitucio-

³ Como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles: «*Es característico de la moderna legislación, y muy en especial de la que responde a la incorporación al Derecho interno de las Directivas dictadas en el ámbito de la Unión Europea, el incremento de la protección que se dispensa al consumidor de todo tipo de bienes y servicios*». Igualmente, respecto de la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, el legislador confecciona un «sistema objetivo de afectación civil que, al margen de su bondad o no, va encaminado básicamente a la protección de los ciudadanos» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación del régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos*, Granada, 2004, p. 2).

⁴ Vid. PASQUAU LIAÑO (*CC y Ordenamiento jurídico –otra reflexión sobre el devenir del Derecho Civil–*, Granada, 1994, p. 86) y CAZORLA PRIETO (*Codificación contemporánea y técnica legislativa*, Pamplona, 1999, pp. 31 ss.); para quienes las leyes especiales son manifestación de la superación de los esquemas del Derecho Civil codificado y de la evolución constitucional desde el Estado liberal al Estado social. IZQUIERDO TOLSADA [*Comentarios al CC*, t. I, Título Preliminar, Rams y Moreno (Coords.), Barcelona, 2000, pp. 139-140], además de la caída de los presupuestos ideológicos de la época liberal, añade la propia comodidad del legislador, pues «resulta más sencillo dictar una ley especial que reformar la unidad interna y acabada del Código, lo que obligaría en muchos casos a reformar preceptos afectados periféricos o distantes al título, capítulo o sección afectados».

nal es una de las razones principales de esta línea evolutiva de aquél, en cuanto que la Constitución asume la determinación de los valores y los principios básicos del ordenamiento jurídico, a los que el CC se encuentra subordinado al igual que el resto de las leyes. El texto codificado quedaría privado de ese carácter *cuasi* constitucional que tenía desde su nacimiento –desempeñando el papel «constitucional» de estatuto jurídico del individuo– puesto que ahora existe una Constitución que reconoce derechos y libertades fundamentales, asigna fines legislativos primordiales y que, en consecuencia, como norma suprema, se coloca en la cima del sistema jurídico. Una Constitución que, por otro lado, necesita realizarse a través de leyes especiales, que se someten a sus directrices programáticas, no a las del CC, y que tienden a articular la intervención de los poderes públicos en aras de la consecución de una igualdad material (ex art. 9.2.º CE) y no puramente formal (ex art. 14 CE)⁵ y la promoción de determinados sectores o clases de personas.

Otra causa del proceso de descodificación es el Derecho comunitario europeo o conjunto de normas emanadas de la actual Unión Europea que inciden en el ordenamiento jurídico español, básicamente a través de la técnica de las Directivas –y sobre la base de la protección general de los consumidores– y su transposición a nuestro Derecho. El efecto descodificador de dichas Directivas encuentra una clara explicación en la índole de competencias que ejerce la Unión Europea relativas a la estructuración y organización del mercado comunitario, de ahí el recurso a fundamentar formalmente el ejercicio extensivo de sus competencias sobre la idea de igualdad para incidir en el ámbito de las legislaciones nacionales y, al mismo tiempo, operar una primera aproximación de sus diversas regulaciones. De este modo, a virtud de los principios de competencia y

⁵ Como manifiesta la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio: «Ciertamente, la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva. Pero, además, la opción reflejada en esta ley tiene unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador. Así, la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (arts. 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (art. 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (art. 14 de la Constitución) son valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta». DE LOS MOZOS («La Constitución y el Derecho Civil», *Administraciones públicas y Constitución (Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978)*, Madrid, 1998, pp. 329 ss.), confirma que el Derecho civil se desarrolla en torno a los derechos de la personalidad que constituyen el centro de todo el sistema.

de primacía del Derecho comunitario se ha producido una alteración en nuestro sistema de fuentes, pues, de haberlas, serán las normas comunitarias las que deben ser aplicadas en primer lugar, con preferencia a las nacionales; sin desconocer tampoco la relevancia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que, si bien no ha afectado en gran medida a las materias propias del Derecho Civil, tiene un mayor papel que el estrecho margen de actuación que nuestro Derecho, a la vista del artículo 1.6.º CC, está acostumbrado a reconocer a la jurisprudencia. Al Derecho comunitario se une también la existencia de legislaciones territoriales como fenómeno de dispersión de normas. En efecto, el reconocimiento constitucional de los Derechos territoriales o autonómicos y la atribución a las respectivas Comunidades Autónomas de competencias legislativas para su conservación, modificación y desarrollo (ex art. 149.1.8.ª CE), ha fortalecido la situación de tales Derechos Civiles especiales. Es más, raro es el Estatuto de Autonomía que no proclama la competencia de la Comunidad respectiva para legislar sobre Derecho Civil aunque históricamente haya carecido de normas jurídicas civiles. De ello deriva, a veces, una situación caótica de coexistencia de legislaciones autonómicas y leyes estatales sobre una misma materia.

Finalmente, es constatable que la propia complejidad de las sociedades avanzadas y su constante «juridificación» reclama la regulación no sólo de los temas tradicionales, sino también de cuestiones técnicas y científicas novedosas y de problemas jurídicos inéditos (como reproducción asistida, uniones de hecho, matrimonio de personas de igual sexo, familias monoparentales, etc.), siempre de acuerdo con los principios constitucionales⁶. Así, determinadas leyes especiales han sido el vehículo por el que se han incorporado al Derecho Civil valores y principios ajenos a los del Código, de ahí que se hable también de descodificación de «principios rectores», esto es, no sólo existe una descodificación «formal» sino también «material». En la medida en que realizan el nuevo interés social y su procedencia ideológica es distinta a la del Código, algunas de aquellas leyes no encajan materialmente en el sistema codificado, por lo que, realmente, parece que no se puede decir que el CC sigue siendo el centro de emanación de principios

⁶ Así, la «paulatina aparición en la escena jurídica de nuevos y diversos personajes —como las mujeres, primero, y, después, los consumidores, los componentes heterosexuales u homosexuales de las uniones de hecho, los propios homosexuales, los inmigrantes, etc.—, y su exigencia de una igualdad real quebraron el ideal jurídico decimonónico de unidad y de simple igualdad formal, y rompieron el ordenado y estrecho sistema jurídico clásico» (VELA SÁNCHEZ, *Las familias monoparentales*. Su regulación genérica actual y su tratamiento jurisprudencial. Hacia su consideración jurídica unitaria y su protección integral, Granada, 2005, p. XV).

de Derecho común hacia su entorno jurídico. Desde el punto de vista legislativo se produce una radical reacción centrífuga que provoca la huida del CC de instituciones fundamentales y enteros complejos de relaciones jurídicas, pues, a medida que se legisla para cumplir los principios constitucionales, las nuevas leyes especiales van sustrayendo enteras materias de la disciplina del CC, que pasan a constituir *microsistemas* de normas con lógicas propias y autónomas. Se pasa de un sistema único nucleado en torno al CC a un polisistema formado por microsistemas de leyes especiales y autónomas –caracterizadas por la pertenencia de los destinatarios a determinados círculos o categorías de sujetos–, que revelan principios contrapuestos a los fijados en el texto codificado, por lo que éste sufre una inversión en su función: ya no es Derecho general, sino residual⁷.

La tendencia descodificadora se acentúa en la actualidad, pues son numerosas las leyes especiales que vienen a sustituir parcialmente a los Códigos civiles –derogando, a veces, muchos de sus preceptos⁸–, a desarrollarlos o a regular instituciones nuevas o de las que aquéllos no se ocupaban; leyes extracodiciales que afrontan y disciplinan los hechos más significativos del actual sistema socioeconómico, atendiendo a sus diferentes perfiles jurídicos –civiles, administrativos, fiscales, etc.–, presentando un carácter interdisciplinar innegable y prescindiendo de cualquier consideración a la tradicional distinción entre sectores del ordenamiento que subyacía al propio movimiento codificador. Asimismo, no pueden olvidarse las verdaderas construcciones jurisprudenciales y doctri-

⁷ IRTI (*La edad de la descodificación*, traducción de Rojo Ajuria, Barcelona, 1992, pp. 96-98 y en «Leggi speciali (dal mono-sistema al poli-sistema)», *Riv. Dir. Civ.*, I, 1979, pp. 141-145); para quien, además, «la relación (entre Constitución y leyes especiales) no es tanto de género a especie, cuando de programa a acto de realización: la norma constitucional (programática) no disciplina directamente materias singulares o categorías de casos, sino que enuncia principios que exigen el trámite, necesario e insuprimible, de las normas ordinarias» (*ibidem*, p. 150); concluyendo que el CC se restringe a la «regulación de casos residuales, es decir, a los casos no previstos por la ley consolidadora» (*ibidem*, p. 96). FERRANDIS VILELLA («El CC y las leyes especiales. La «descodificación» del Derecho civil», en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Martínez Calcerada (Dir.), Madrid, 2001, pp. 1215-1216), ofrece una explicación «clásica» de la relación entre CC y leyes especiales.

⁸ Es éste el caso de la Ley del Contrato de Seguro –Ley 50/1980, de 8 de octubre, completada por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y modificada por la Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados–, que derogó los antiguos artículos 1791 a 1797 del CC.; y de las sucesivas Leyes de Arbitraje, en las que la de 1988 derogó los artículos 1820 y 1821 del CC, antes de la promulgación de la actual Ley 60/2003, de 23 de diciembre. También deben citarse entre estas leyes algunas de alcance «horizontal» en el marco del Derecho Privado, como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil –que dejó sin contenido numerosos artículos de índole procesal– y la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que derogó los artículos 1912 a 1920 y los párrafos a) y g) del apartado 2.º del artículo 1924 CC.

nales, a través de la creación de cláusulas y principios generales como, por ejemplo, la figura del abuso del derecho, la buena fe, la cláusula *rebus sic stantibus*, la accesión invertida, la doctrina de los actos propios, etc.⁹

Así, la pérdida de centralidad del CC se debe también a la necesidad de aunar sus preceptos con la jurisprudencia que afecta a la interpretación, integración o aplicación de los mismos, sobre todo, tras las últimas reformas de aquél. En efecto, en las modificaciones del texto codificado cabe apreciar la instauración de un amplio margen de arbitrio judicial en la aplicación de las normas mediante el recurso reiterado a «conceptos válvula», «conceptos jurídicos indeterminados» o «conceptos normativos»: «*interés más necesitado de protección*» (art. 96 CC), «*interés de los hijos*» e «*interés familiar más necesitado de protección*» (art. 103), «*causa razonable*» (art. 105 CC); «*interés del menor*» (art. 172 CC), «*interés del adoptando*» (art. 176 CC), etc. Es destacable igualmente en este punto la existencia de verdaderas interpretaciones judiciales correctoras del CC –a veces con la excusa de la discordancia entre la vigente realidad social y la realidad legal–, bien otorgando a un determinado precepto un sentido radicalmente opuesto al que emanaba de su literalidad –v. gr., la interpretación del término nulidad del art. 1301 CC por el de anulabilidad–, bien realizando una auténtica creación judicial del Derecho, pues la norma en concreto ninguna mención hacía al respecto –v. gr., la exigencia de buena fe en el primer adquirente del dominio en la doble venta del art. 1473 CC–. Sobresale aquí el papel que el Tribunal Supremo ha tenido en la transformación de la responsabilidad civil extracontractual de un sistema basado en la culpa (art. 1902 CC) a otro de corte objetivo fundado en la teoría del riesgo, que asigna objetivamente el deber de indemnizar a la persona que ha generado un peligro y producido, naturalmente, un daño, obteniendo un lucro por el desarrollo de la actividad. Finalmente, se observa, incluso, una búsqueda judicial de soluciones intuitivamente justas, sin preocuparse de que las

⁹ Así, el abuso de derecho fue objeto de reconocimiento por nuestros tribunales –antes de que se incorporara al CC a través de la reforma del Título preliminar en 1974–, en la clásica STS de 14 de febrero de 1944, a la que siguieron otras muchas, que no hicieron sino ratificar la idea –expuesta en el Considerando 3.º de aquélla– de que «incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa en realidad los linderos impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daño para terceros o para la sociedad». Respecto de la buena fe, tratándose de un concepto jurídico indeterminado, los contenidos que judicialmente ha recibido son diversos en el marco de las distintas normas que aluden a este requisito subjetivo para otorgar determinadas consecuencias jurídicas. Una concreta manifestación de este principio, la doctrina que prohíbe actuar contra los propios actos, ha sido desarrollada fundamentalmente en sede jurisprudencial: SSTs de 27 de noviembre de 1991, 23 de julio de 1998, 15 de octubre de 1999, etc.

resoluciones adoptadas encajen perfectamente en el sistema legal codificado ¹⁰.

Todo lo anterior lleva hasta el punto de que hoy se habla abiertamente de la «edad de la descodificación» ¹¹. Ésta se caracterizaría por haber confiado a leyes especiales la regulación de materias ya existentes en el CC. Estas leyes, al consolidarse, llegan a constituir el régimen estable de la institución que regulan, de forma que originan microsistemas normativos cuya unidad quedaría garantizada por la Constitución, que pasaría a ser el eje del sistema reemplazando al CC. Las leyes especiales constituirían así la disciplina general y el CC la disciplina residual. La época de las codificaciones quedaría atrás y la nueva realidad social y económica encontraría mejor acomodo en las leyes especiales que se promulgan que en las fórmulas de los Códigos civiles, y ello porque aquéllas, a consecuencia de su agilidad y de su adaptabilidad a la realidad, serían más adecuadas para atender las exigencias de la sociedad actual. Los Códigos civiles no avanzan al mismo ritmo que las estructuras socioeconómicas, cuyas nuevas necesidades no pueden satisfacerse reformando permanentemente los preceptos de un texto codificado, sino fuera de éste, a través de nuevas y más ágiles técnicas legislativas.

2. La descodificación en el Derecho Civil común

A) DERECHO DE LA PERSONA Y DERECHO DE FAMILIA

Para la modernización y adaptación del Derecho Civil español a las exigencias constitucionales y sociales se han utilizado diversas técnicas. Así, en materia de Derecho de la persona y Derecho de familia, para adaptar plenamente el CC a los principios constitucionales de libertad e igualdad, se ha reelaborado y reformado el

¹⁰ Como ya advertía Díez-PICAZO, L. («Constitución y fuentes del Derecho», *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, Madrid, 1979, pp. 478-479), y repite, una y otra vez («Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, 1992, pp. 478-479 y «De nuevo sobre la Codificación (del CC a la Constitución)», en *Homenaje a D. Antonio Hernández Gil*, vol. II, Martínez Calcerrada (Dir.), Madrid, 2001, pp. 1160-1163), la proliferación de leyes civiles especiales no es el único factor descodificador, también lo es la Jurisprudencia. *Vid.*, también, en este punto, p. e., PASQUAU LIAÑO («Código, doctrina y jurisprudencia civil. Reflexiones sobre el deterioro de la función jurisprudencial del Tribunal Supremo», *ADC*, 1995, pp. 1091 ss.), TORRALBA SORIANO («El Derecho Civil desde la codificación hasta el tiempo presente», *RGLJ*, 1975, II, pp. 338-339), etc.

¹¹ Máximo exponente de ello es IRTI, *La edad...*, cit., pp. 32-39, 58-59 y 96-97 y en «Leggi speciali...», cit., pp. 141 ss. Para TOMÁS Y VALIENTE (*Códigos y constituciones*, Madrid, 1989, pp. 123 ss.), no es que estemos en la edad de la descodificación, sino en la de la postcodificación, pues no es que el Derecho se descodifique, sino que lo que sucede es que ya no tienen vigencia social las ideas, los valores y las esperanzas que animaron los Códigos del primer liberalismo.

texto codificado –lo que implica aquí la primacía, al menos formal, del CC con las Leyes 11 y 30/1981, de 13 de mayo y 7 de julio, respectivamente, en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, la primera, y de la regulación del matrimonio, la nulidad, separación y divorcio, la segunda; la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en materia de tutela; y en la Ley 212/1987, de 11 de noviembre, de adopción. Esta misma línea no descodificadora o de mantenimiento del CC se siguió en la Ley 11/1990, de 15 de octubre, que eliminaba del mismo las consideraciones contrarias al principio constitucional de igualdad por razón de sexo (art. 14 CE)¹², y en otras posteriores¹³, entre las que destaco la polémica Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, permitiendo las nupcias entre personas de igual sexo; y la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el CC y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, introduciendo novedades importantes en su regulación, básicamente, la supresión de sus causas. En cuanto que algunas de estas reformas han alcanzado a los principios y estructuras de completas partes institucionales, se puede entender que ha existido una «semicodificación» o «recodificación parcial» que ha sido interpretada de diverso modo por la doctrina. Así, a pesar de la inclusión de todas las leyes citadas en el articulado del CC, alguna doctrina habla de una verdadera descodificación en la medida que muchos de los principios informadores de la nueva regulación –igualdad de los cónyuges, equiparación de todos los hijos, etc.–, son opuestos a los que inspiraban la redacción originaria del CC, lo que implica una ruptura de la coherencia interna del texto codifica-

¹² Aunque también se aprovechó para realizar adaptaciones muy diversas, como la adición de un segundo párrafo al artículo 93 CC, facilitando el establecimiento de los alimentos de los hijos mayores de edad en la resolución de la nulidad, separación o divorcio.

¹³ Ley 35/1994, de 23 de diciembre, en materia de autorización del matrimonio civil por los alcaldes; Ley 40/1999, de 5 de noviembre, sobre nombres y apellidos y orden de los mismos, que modifica el artículo 109 CC permitiendo a los padres elegir de común acuerdo el orden de los apellidos de los hijos; Ley 4/2000, de 7 de enero, de modificación de la regulación de la declaración de fallecimiento de los desaparecidos con ocasión de naufragios y siniestros; Ley Orgánica 9/2002, de 10 de diciembre, de modificación del CC sobre sustracción de menores; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros –que modificó los arts. 9.2.º y 107 CC–; y Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del CC y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. También sobresale en esta sede la labor jurisprudencial, así, p. e., en materia de filiación, la interpretación extensiva de la legitimación para reclamar la filiación no matrimonial sin posesión de estado, que aunque el artículo 133 CC reconoce de modo exclusivo al hijo, se extiende al progenitor (SSTS de 20 de junio de 2000, 2 de octubre de 2001, etc.), interpretación consagrada finalmente en la STC 273/2005, de 27 de octubre; la declaración de inconstitucionalidad del artículo 136.1.º CC (STC 138/2005, de 26 de mayo de 2005), de modo que el plazo para el ejercicio de la acción de impugnación de la paternidad matrimonial no empieza a correr mientras se ignore que no se es el progenitor biológico de quien ha sido inscrito como hijo suyo en el Registro Civil; etc.

do y de su carácter sistemático, así como una descodificación de «principios rectores». Para otros autores, sin embargo, debe interpretarse que esas reformas no significan una merma del valor del CC, sino una nueva reelaboración del mismo a la necesaria luz de la Constitución, esto es, su adaptación a las exigencias de la nueva sociedad¹⁴. Mención especial requiere en este punto la citada Ley de 2005 que permite el matrimonio respecto de personas de igual sexo, norma que, a pesar de contrariar la idea de matrimonio que inspiraba la normativa contenida en el CC, parte de su normal aplicación a aquellas nuevas nupcias, eso sí, previa adaptación terminológica de los distintos artículos del CC que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al sexo de sus integrantes¹⁵.

Un caso singular es el de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 que derogó un buen número de preceptos del CC con implicaciones procesales –entre los que destacan los relativos a las acciones de filiación o a los procedimientos de incapacitación y prodigalidad– y los ha incluido en toda su literalidad dentro de la propia Ley procesal, acaparando o recuperando –según se mire– cuestiones de índole instrumental. Esta nueva Ley nos obliga a hacer un esfuerzo investigador para entrelazar el Derecho Procesal y el Derecho Civil, y en lo que afecta al Derecho de la persona y al Derecho de familia, tenemos, por ejemplo, que la cuestión de la capacidad para ser parte en los procesos que se reconoce en el artículo 6.2.º LEC al «*concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables*», sólo puede ser entendida desde la perspectiva de los artículos 29 y 30 CC; o que la ejecución sobre los bienes

¹⁴ MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*El Derecho Civil a finales del siglo XX*, Madrid, 1991, p. 58); en el sentido contrario, PASQUAU LIAÑO (*CC y Ordenamiento...*, cit., p. 78), quien advierte sobre la pérdida de armonía y coherencia interna de los Códigos como consecuencia de la acumulación de reformas a lo largo del tiempo. Esta polémica también se da en Francia, *vid.*, entre otros, HALPERIN (*Histoire du droit privé français depuis 1804*, París, 1996, pp. 299 ss.) y CARBONNIER (*Droit et passion du droit sous la V République*, París, 1996, pp. 195 ss.).

¹⁵ En efecto, como justifica la Exposición de Motivos de la susodicha Ley, «en forma alguna cabe al legislador ignorar lo evidente: que la sociedad evoluciona en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, y que, por ello, el legislador puede, incluso debe, actuar en consecuencia, y evitar toda quiebra entre el Derecho y los valores de la sociedad cuyas relaciones ha de regular. En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el CC de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho».

gananciales que regula el artículo 541 LEC afecta al régimen previsto en los artículos 1362 y siguientes del CC relativos al pasivo de la sociedad ganancial. En este mismo ámbito procesal, y en relación con la limitación de la capacidad de obrar de las personas, destaca la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal¹⁶, que añadió al artículo 1921 CC. un párrafo segundo («*En caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por lo establecido en la Ley Concursal*») y que derogó los artículos 1912 a 1920 y los párrafos *a*) y *g*) del apartado 2.º del artículo 1924 CC. Esta Ley Concursal unifica todos los procedimientos concursales estableciendo un único régimen respecto de cualquier deudor, sea persona natural o jurídica (art. 1).

De otra parte, el gran número de reformas producidas en el CC en esta sede de Derecho de la persona y Derecho de familia no impidió la aparición de numerosas leyes al margen del texto codificado, como la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida¹⁷ que si bien recogía principios y reglas distintos de los del CC no dejaba de reclamar continuamente su aplicación en sus artículos 7 ó 10.3.º. Fuera del marco codificado se han promulgado también leyes protectoras de los derechos de la personalidad con el rango de orgánicas, como la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen; la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la actual Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal¹⁸.

También se ha optado por dejar fuera del CC el nuevo régimen jurídico de las fundaciones, consagrado en la actual Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de fundaciones¹⁹, opción que responde a una cuestión técnica –no es una ley de puro Derecho privado– y que

¹⁶ Esta Ley Concursal, que tiene ya en cuenta el Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo, del Consejo, sobre Procedimientos de Insolvencia, ha sido modificada ligeramente por la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de medidas de reforma económica, por el Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados y por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras; y completada con el Real Decreto 685/2005, de 10 de junio, sobre publicidad de resoluciones concursales –y por el que se modifica el Reglamento del Registro Mercantil–.

¹⁷ Modificada después por la Ley 45/2003, de 21 de noviembre, y derogada por la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹⁸ Que sustituyó a la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre. Respecto de la Ley Orgánica 1/1996, se critica que no sólo se ha eludido una reforma exhaustiva del CC sobre la materia sino que se ha olvidado la existencia de leyes anteriores que se refieren a idénticas cuestiones (v. gr., Ley Orgánica de Protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), GULLÓN BALLESTEROS («Sobre la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor», La Ley, 1996, pp. 1691-1692).

¹⁹ Que sustituyó a la 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, y que ha sido desarro-

corre paralela con la regulación de las personas jurídicas de tipo asociativo, contemplada en la nueva Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del constitucional Derecho de Asociación –y que deroga la antigua Ley de Asociaciones de 24 de diciembre de 1964–²⁰. En cambio, y siguiendo una inquebrantable tradición en nuestro Derecho, las reiteradas reformas en materia de nacionalidad²¹, siguen ubicándose en el CC, a pesar de que estas normas presentan aspectos de indudable carácter público.

Finalmente, cabe decir que, en cuanto al Derecho de la persona, como actualmente no tiene una regulación sistemática, parece conveniente una reformulación del mismo en el CC, lo que supondría plantearse la incorporación al texto codificado, como mínimo, de la regulación sobre los bienes de la personalidad y su protección civil. Y respecto del Derecho de familia, sería plausible una incorporación y protección específica (en aplicación del art. 39.1.º CE) de los nuevos modelos familiares, en especial, de las llamadas familias monoparentales²².

B) DERECHO DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS

Especial atención merece el Derecho de obligaciones y contratos como paradigma de la evolución del Derecho Civil. Aunque ésta era una parte del Derecho Civil impermeable a las influencias ideológicas y jurídicas, en la actualidad está sufriendo una metamorfosis muy profunda a través de leyes especiales²³. Por de pronto, en los últimos tiempos han aparecido leyes especiales dictadas al socaire de la coyuntura económica del momento y destinadas a

llada por el Real Decreto 1337/2005, de 11 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de fundaciones de competencia estatal.

²⁰ Desarrollada parcialmente por Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y sus relaciones con los restantes registros de asociaciones; y sin olvidar la numerosa legislación autonómica en esta materia.

²¹ Ley 51/1982, de 13 de julio, de reforma del régimen jurídico de nacionalidad; Ley 18/1990, de 17 de diciembre, de reforma del CC en materia de nacionalidad; Ley 29/1995, de 2 de noviembre, de modificación del CC en materia de recuperación de la nacionalidad y Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del CC en materia de nacionalidad.

²² Vid. en esta sede, p. e., VELA SÁNCHEZ, «Aproximación a las familias monoparentales: hacia su régimen jurídico unitario», La Ley, 2003, vol. I, D-11, pp. 1465 ss.; «Propuestas para una protección integral de las familias monoparentales», La Ley, 2005, vol. V, pp. 1391 ss.; y *Las familias monoparentales...*, cit., pp. XV-XVII y 3 ss.

²³ De todas formas, a veces se producen movimientos de recuperación de la eficacia normativa del CC por efecto de una nueva regulación de los intereses en conflicto decidida por el legislador, como es el caso de la Ley de Arrendamientos Urbanos que hasta el año 1994 daba respuesta a la mayor parte de los litigios que se suscitaban entre arrendador y arrendatario, siendo infrecuente el recurso al Código, que, sin embargo, ha vuelto a recuperar protagonismo, especialmente en la regulación de los arrendamientos para uso distinto de vivienda, desde el momento en que se otorgó a las partes más libertad para establecer el contenido de la relación arrendaticia (ex art. 4 LAU).

resolver problemas muy concretos, como la Ley 2/1994, de 30 de marzo, de subrogación y modificación de préstamos hipotecarios, o la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Pero lo que de verdad actúa como motor de cambio de este sector es la destrucción de sus dos postulados básicos, a saber, las ideas de libertad e igualdad como fundamentos del contrato y la responsabilidad civil basada en la culpa, criterios superados por otros antagónicos recogidos en leyes especiales que, sin embargo, dejan inalterado el contenido formal del CC. Buena prueba de ello son las modernas leyes que, al margen del texto codificado, abordan la responsabilidad civil como objetiva, como la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos²⁴. Otro tanto cabe decir de la responsabilidad contractual, en cuanto a las interpretaciones jurisprudenciales tendentes a la objetivación de los artículos 1101 y siguientes del CC (reguladores de la afección por incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los contratos), o del artículo 1591 CC (regulador de la responsabilidad decenal de contratista y arquitecto por ruina de edificio) superado por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación; o respecto a algunos supuestos basados en criterios de imputación objetivos, como la responsabilidad del organizador de viajes combinados, conforme a la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los Viajes Combinados. Respecto de los principios de libertad e igualdad contractuales del CC es significativa la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, puesto que alguna doctrina sostiene que la existencia de contratos con cláusulas generales fijadas por una sola de las partes significa la negación misma del modelo contractual previsto en el CC, basado en la negociación paritaria de las partes, aunque, más bien, debe entenderse justo al revés, ya que la Ley –afrontando la realidad social de que el contratante más fuerte es el que impone los términos del convenio y procurando impedir las cláusulas abusivas–, trata de llevar a los contratantes a una regulación igualitaria que los conduzca a los postulados básicos del CC.

²⁴ «... pensando sobre todo en el beneficio de los perjudicados la LRPD instaura un régimen de responsabilidad objetivo y solidario y, en cuanto objetivo, limitado cuantitativa y temporalmente... y (que) procura salvar los obstáculos a los que se enfrentarían los perjudicados utilizando las tradicionales reglas civiles contractuales o extracontractuales» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., pp. 146-147); así, la STS de 19 de abril de 2000 (refiriéndose a la Ley de responsabilidad por productos defectuosos) dice que «el criterio de la responsabilidad objetiva del productor es el que permite resolver el problema del justo reparto de los riesgos inherentes a la producción técnica moderna».

También el principio de obligatoriedad o no revocabilidad del contrato por voluntad unilateral de uno solo de los contratantes, fundamental en la regulación codificada (arts. 1256 y 1258 CC), ha sufrido una profunda alteración en los últimos tiempos por virtud de leyes especiales en aras de la necesaria protección de los consumidores y usuarios que consagró el artículo 51 CE²⁵. Así, son significativas la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, de Contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil (cfr. art. 5.1.º), la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (cfr. arts. 10 y 44), y la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles (*vid.* art. 9), que permiten apartarse al consumidor –libremente o cumpliendo unos requisitos mínimos– de un contrato en principio perfectamente concluido²⁶.

Respecto de los contratos, el propio contrato de compraventa, paradigma del contrato de cambio en el sistema del CC, está siendo objeto de regulaciones parciales que pueden llegar a chocar con los principios básicos del sistema codificado. Así se han consagrado legalmente modalidades concretas de compraventa cuya especialidad viene dada por las peculiares formas de contratación, especialmente agresivas para el adquirente unas (ventas fuera de establecimiento mercantil –regulada por la citada Ley de 1991–), o impuestas por las nuevas técnicas comerciales otras (ventas automáticas, ventas promocionales, etc.). Además, por imperativo del Derecho comunitario se han promulgado nuevas leyes que no sólo inciden directamente en la vieja regulación, sino que obligan a cambiarla; tal sucedió, por ejemplo, con la Ley 50/1965, de 17 de julio, de venta a plazos de bienes muebles, fuertemente afectada por la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de Crédito al consumo, cuya coincidencia parcial en su ámbito de aplicación obligó a dictar la citada nueva Ley de venta a plazos de 1998. Asimismo, la

²⁵ Cuyo párrafo 1.º dice: «Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos». La importancia de este precepto se redobra, pues conforme al artículo 53.3.º CE, la defensa de los consumidores y usuarios se establece ya como principio general del Derecho que ha de informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; y, de acuerdo con el artículo 1.4.º CC, los principios generales del Derecho, sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico, al ser fuente del Derecho, se aplicarán directamente en defecto de ley y costumbre.

²⁶ Parecido derecho de desistimiento se contempla en el artículo 10 de la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias. La Ley de Ordenación del Comercio Minorista fue reformada por la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva 97/7/CE, en materia de contratos a distancia, y para la adaptación de la Ley a diversas Directivas comunitarias; por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y por el Real Decreto 367/2005, de 8 de abril.

Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, que incorporó a nuestro Derecho la normativa comunitaria²⁷ difiere del CC en el caso de compraventa de dichos bienes de consumo, esto es, «*los bienes muebles corporales destinados al consumo privado*» (art. 1.2.º Ley). Así, la indicada Ley no sólo es diferente en la terminología empleada (se habla de falta de conformidad en lugar de vicios ocultos –art. 3 Ley–), sino en el alcance de los derechos del comprador (por ejemplo, el plazo de saneamiento a favor del comprador de seis meses del artículo 1490 CC pasa a dos años –art. 9.1.º Ley– y la acción para reclamar «*prescribirá a los tres años desde la entrega del bien*» –art. 9.3.º Ley–).

La modificación en esta sede de contratos también afecta a los contratos de servicios y obra, así, en el sector de la edificación, se ha optado de nuevo por una ley especial, la mencionada Ley de Ordenación de la Edificación de 1999, que mezcla normas públicas y privadas. Pero, sin lugar a dudas, una de las características del moderno Derecho de contratos es la multiplicación de contratos especiales, como consecuencia del desarrollo que en la práctica están adquiriendo figuras contractuales complejas que, aunque en buena medida siguen siendo atípicas, son o serán objeto de una ley especial en un futuro no muy lejano: el *leasing*²⁸, el *contrato de franquicia*²⁹, el *de sponsorización*, el *contrato de aparcamiento de vehículos*³⁰ y los *contratos electrónicos*³¹.

Por todo lo anterior, la materia que necesita una reforma más urgente es el Derecho de obligaciones y contratos³². La Conven-

²⁷ Directiva CE 1999/44, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

²⁸ Cuya existencia admite expresamente la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 1998.

²⁹ Recogido en el artículo 62 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1999.

³⁰ Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos –modificada en su artículo 3.1.b) por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo–, cuya Exposición de Motivos explica que ha sido la jurisprudencia quien ha reclamado «la conveniencia de dicha regulación específica, para evitar los problemas que se derivan al incardinar la regulación del aparcamiento en diversas figuras contractuales de nuestro ordenamiento civil».

³¹ En esta sede tenemos el Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales; también existe la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico –modificada por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones– que incorpora al Derecho español la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior; y la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica.

³² Para ALBIEZ DOHRMANN («La integración del derecho de consumo contractual en el CC: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», *Estudios en homenaje al prof. Luis Díez-Picazo*, vol. I, Madrid, 2002, pp. 137 ss.), «el estado actual en materia de derecho de obligaciones y contratos puede calificarse de anquilosamiento del derecho codificado y, consiguientemente, de desregulación de los intercambios, debido precisamente a la inidoneidad de las reglas antiguas en el nuevo contexto tan extraordinariamente diferente al

ción de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que forma parte de nuestro Derecho interno, supuso un cambio radical en la concepción del contrato, su cumplimiento e incumplimiento y el sistema de remedios frente al mismo, y ello llevó a un sector importante de nuestra doctrina a la convicción de la necesidad de reformar esta materia en nuestro CC. Respecto del incumplimiento, la reforma debe adoptar un concepto unitario, que abarque todas las manifestaciones del mismo –imposibilidad, retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial– al margen de la imputabilidad subjetiva del mismo al deudor. Frente a dicho incumplimiento, se ha de ofrecer al acreedor un sistema articulado de remedios que incluya la pretensión de cumplimiento –que debe abarcar la sustitución y la reparación–, la reducción del precio, la resolución por incumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios, y todo ello mediante una adecuada ponderación de los intereses en juego³³. Por otro lado, de cara a esta reforma de nuestro CC, se defiende la inclusión del Derecho de consumo en el CC, de tal forma que exista una coordinación total entre el Derecho general de contratos y el Derecho de consumo, pues el carácter contractual de éste es indiscutible³⁴, sin olvidar que, como se ha visto, el propio Derecho de consumo ha introducido una modernización en nuestro Derecho de contratos. La reforma del CC en esta sede, pues, debe ir en este sentido, adaptándose a las nuevas realidades y tomando como modelo los textos más modernos y avanzados. En particular, para hacer frente a todas las novedades que afectan al contrato de compraventa y sistematizarlas existe una *Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación del CC en materia de contrato de compraventa*, de la Comisión General de Codificación, con unas reglas semejantes a las que resultan aplicables a las compra-

contenido por el codificador decimonónico. Parece, pues, que ha llegado el momento de plantearse de manera directa la oportunidad, la conveniencia, o incluso la necesidad, de proceder a una recodificación de este sector del Derecho privado».

³³ Un desarrollo más extenso sobre la materia a reformar, en PANTALEÓN PRIETO («Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC*, 1993, pp. 1719 ss.) y en Díez-PICAZO, L. («Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», *ADC*, 2003, pp. 1569 ss.).

³⁴ Así lo ha hecho el CC holandés de 1992, el BGB tras la reforma de 2001 y el CC italiano (aunque éste de forma parcial). Según Díez-PICAZO, L. («Contratos de consumo y Derecho de contratos», *ADC*, 2006, p. 11), «cualquier modernización del Derecho de los códigos, que se realice con la pretensión de abarcar el Derecho patrimonial y de comprender los principios con arreglo a los cuales se desarrolla en el tráfico jurídico de bienes y servicios, no puede dejar fuera la figura del consumidor». Respecto de la autonomía del Derecho de consumo, *vid.* VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., p. 1, nota 1. Por su parte, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. («La protección de los consumidores, la CE...», *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, p. 35), propone la creación de «un Derecho privado del tráfico económico» que recogiera toda la normativa en la que estuvieran implicados empresarios y consumidores.

ventas internacionales de mercaderías y a las compraventas de bienes de consumo³⁵.

C) DERECHOS REALES

En cuanto a los Derechos reales, el Libro II del CC permanece prácticamente inalterado, aunque, paradójicamente, para hacer frente a las nuevas realidades en materia de propiedad, la huida del CC parece seguir un ritmo creciente. El derecho de propiedad ha sufrido una notable transformación durante el siglo xx, acrecentada en nuestro país por su configuración constitucional en el artículo 33 CE, de modo que su definición en el artículo 348 CC ha quedado obsoleta³⁶. Por lo demás, nunca fue la propiedad un derecho exclusivamente regulado por el CC, en cuanto las llamadas «propiedades especiales», fueron recogidas por leyes especiales—como la de minas de 1859, la de aguas de 1879 o la intelectual también de 1879— con anterioridad al mismo. En la actualidad, el fenómeno persiste y se puede destacar, por su carácter innovador o por su relevancia, entre otras³⁷, la reciente Ley 23/2006, de 7 de julio, de Propiedad Intelectual³⁸, que incorpora al Derecho español la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor en la sociedad de la información. En la propiedad inmobiliaria también se detecta una fuga del CC—quizás por su mentalidad agraria—, como ocurrió con la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal³⁹, de modo que en esta materia el texto codificado queda reducido a una simple norma de remisión. También en la propiedad urbana el régimen del CC (art. 350) ha quedado vaciado de contenido por la fuer-

³⁵ Publicada en el *Boletín del Ministerio de Justicia* (2005, núm. 1988, pp. 2072 y 2076-2092) y dirigida a modificar el «CC en materia de contrato de compraventa, con la finalidad de modernizarlo, incorporando a este cuerpo legal las nuevas corrientes del Derecho Uniforme y Comunitario. Los referentes son, en este caso, la Convención de Viena y la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo».

³⁶ La STC 37/1987, de 26 de marzo, dijo que la «propiedad privada, en su doble dimensión, como institución y como derecho individual, ha experimentado en nuestro siglo una transformación tan profunda que impide concebirla hoy como una figura jurídica reconducible exclusivamente al tipo abstracto descrito en el artículo 348 CC».

³⁷ Como la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español, la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas—modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre y por la Ley 11/2005, de 12 de junio, por la que se reforma la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional—, y la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

³⁸ Y que ha venido a sustituir al Texto Refundido sobre Propiedad Intelectual, aprobado por Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.

³⁹ Modificada por la Ley 8/1999, de 6 de abril, y por la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

za creciente de la legislación urbanística⁴⁰, por lo que parece surgir una nueva e híbrida normativa al margen de la tradicional división entre el Derecho público y el Derecho privado. Parecidas consideraciones pueden hacerse respecto de la propiedad agraria, cuyo régimen jurídico se halla en su mayor parte fuera del CC, contenido en diversas leyes especiales⁴¹. En general, en esta sede de propiedades especiales, se trata de leyes particulares que regulan materias civiles pero constituyéndose en el centro de ellas, de modo que cuentan con unos principios propios, vertebradores. De ello resulta que la solución a los posibles problemas que puedan plantearse se reconducirán ante todo a la norma especial. En definitiva, ya no pueden considerarse leyes especiales o excepcionales, puesto que, en realidad, se convierten en el estatuto de la normalidad, dejando al entramado codificado en una posición de residualidad, que, precisamente, antes tenían aquéllas⁴².

Por lo que respecta a los Derechos reales, en el caso de que se proceda a reformar el CC en la materia, sería necesario que el legislador regulara las restricciones del ejercicio del derecho de propiedad de acuerdo con su función social. En este punto –y aunque no me parece lógica la existencia de verdaderos códigos civiles territoriales–, un modelo moderno y adecuado a las nuevas situaciones nos lo proporciona el Libro quinto del CC de Cataluña relativo a los Derechos reales, del que puede destacarse su regulación concisa y sistematizada del hecho posesorio y sus consecuencias jurídicas, de los límites y limitaciones de la propiedad confor-

⁴⁰ Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956; Ley de Reforma de 2 de mayo de 1975; Texto refundido 9 de abril de 1976; Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoración del Suelo, el Real Decreto Legislativo 1/1992 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana –cuyo contenido fue declarado en su mayor parte inconstitucional por la STC 61/1997, de 20 de marzo– y la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones –también declarada inconstitucional en varios de sus preceptos por la STC de 11 de julio de 2001–, y modificada por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, por la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas Urgentes de Liberalización en el sector Inmobiliario y Transportes; y por el Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, que aprobó el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario.

⁴¹ Baste recordar la Ley de Reforma y Desarrollo agrario de 12 de enero de 1973, la Ley 19/1995, de 4 de julio, de Modernización de las Explotaciones Agrarias y la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, modificada por la Ley 10/2006, de 28 de abril.

⁴² Vid. ALONSO PÉREZ (*Meditaciones de fin de siglo sobre el Derecho vigente en España y sus fundamentos ideológicos*, Lección inaugural del Curso 1998-99 en la Universidad de Salamanca, Salamanca, 1998, p. 31), para quien, en la actualidad, las leyes especiales son «extensos repertorios de artículos farragosos con pretensiones de erigirse en verdaderos códigos menores», esto es, ya no van referidas al Código, sino que reivindican la propia autonomía; LLAMAS POMBO («Orientaciones sobre el concepto...», cit., pp. 112 y 114), quien advierte que al desaparecer el carácter de *especialidad* o *excepcionalidad* de tal legislación, sólo puede seguirse llamando especial por «mera inercia filológica»; CARRASCO PERERA (*El Derecho Civil: señas, imágenes y paradojas*, Madrid, 1988, p. 45); etc.

me a las exigencias actuales, de la propiedad horizontal, de los derechos de superficie, de vuelo y de opción, y de los derechos reales de garantía⁴³.

D) DERECHO DE SUCESIONES

El sector que permanece más inmutable y que presenta escasas fugas del CC es el Derecho de sucesiones, materia que, salvo las reclamadas por los imperativos constitucionales, no ha sido objeto de grandes innovaciones legislativas en el ámbito estatal⁴⁴ y sobre la cual el CC sigue ejerciendo un monopolio casi absoluto. Sin duda, se trata de una parte del Derecho Civil técnicamente muy perfeccionada y con una virtualidad innegable que deriva de la generalización de su uso en todas las capas sociales. Otra cosa es que las normas sucesorias sean adecuadas para regular la transmisión *mortis causa* conforme a las exigencias actuales. Así, la institución primordial de la legítima parece inadaptada a la realidad sociológica de nuestros días, por la prolongación de la vida de los obligados a su respeto; o la posición del cónyuge viudo, todavía hoy supeditada, en buena medida, a la situación preeminente no sólo de los descendientes del difunto (comunes o no), sino también a la de los ascendientes. Todo ello parece hacer necesaria una reforma del texto codificado para su ajuste con las exigencias de la vida moderna, como ha ocurrido con la relevante Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del CC, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Así, se configura como causa de indignidad generadora de incapacidad para suceder abintestato el no haber prestado al causante discapacitado las atenciones debidas durante su vida (art. 756.7.ª CC)⁴⁵, se permite que el testador pueda gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta, pero sólo cuando ello beneficiare a un hijo o descendiente judicialmente incapacitado (art. 782 CC)⁴⁶; se da un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación

⁴³ Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del CC de Cataluña, relativo a los Derechos reales (BOE de 22 de junio de 2006).

⁴⁴ Con excepción de la muy limitada realizada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del CC en materia de testamentos y la anterior y más importante derivada de la incidencia sobre la materia sucesoria de la Ley 11/1981, de 13 de mayo que estableció la igualdad de todos los hijos. No obstante, hay que resaltar que de los 331 arts. que el CC dedicaba en 1889 a las sucesiones por causa de muerte (657-1087), 90 han sido modificados.

⁴⁵ Entendiendo por tales los alimentos regulados por el título VI del libro I del CC, y ello aunque el causahabiente no fuera una de las personas obligadas a prestarlos.

⁴⁶ En este caso, a diferencia de otros regulados en la ley, como se aclara a través de una nueva disposición adicional del CC, se exige que concurra la incapacidad judicial

realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legítimas y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible (art. 822 CC)⁴⁷; se concede en estos supuestos al testador la posibilidad de que en su testamento pueda conferir al cónyuge superviviente amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre los hijos o descendientes comunes (art. 831 CC)⁴⁸; y, finalmente, se introduce un nuevo párrafo al artículo 1041 CC a fin de evitar traer a colación los gastos realizados por los padres y ascendientes, entendiendo por aquéllos cualquier disposición patrimonial, y ello para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

En esta sede, parece que sería conveniente una reforma global de la regulación de la sucesión *mortis causa* en el CC que le dé una mayor coherencia y que facilite la seguridad jurídica. Esta reforma del Derecho de sucesiones debería recoger las consecuencias de los cambios sociales y normativos ya acaecidos en el ámbito de la familia y de la propiedad. Entre las reformas que se proponen cabe destacar la modificación del orden de los llamamientos abintestato –en particular para anteponer al cónyuge viudo respecto de los ascendientes e incluirlo ya en el primer llamamiento junto a los descendientes del causante, en la porción de un tercio–; la introducción en el CC de las modificaciones necesarias para asegurar la validez del legado de usufructo universal a favor del cónyuge viudo, en presencia de cualesquiera legitimarios del causante; una innovación del sistema legitimario que propicie la libertad testamentaria –sugiriéndose la supresión de la legítima de los ascendientes, así como la reducción de la legítima de los descendientes y la generalización de su pago en dinero incluso no hereditario–, eso sí, quedando a salvo las atribuciones patrimoniales asistenciales en favor de personas necesitadas y dependientes del causante; el reconocimiento de derechos sucesorios en situaciones convivenciales distintas del matrimonio –acogimiento de mayores o situaciones convivenciales de ayuda mutua–; la admi-

del beneficiado, y no la minusvalía de éste en el grado establecido en el artículo 2.2.º de la Ley.

⁴⁷ Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

⁴⁸ Lo que permitirá no precipitar la partición de la herencia cuando uno de los descendientes tenga una discapacidad, y aplazar dicha distribución a un momento posterior en el que podrán tenerse en cuenta la variación de las circunstancias y la situación actual y necesidades de la persona con discapacidad. Además, estas facultades pueden concedérselas los progenitores con descendencia común, aunque no estén casados entre sí.

sión en el CC del testamento mancomunado, al menos entre cónyuges –pues las razones de su no reconocimiento fueron de oportunidad o de política legislativa y no de orden público–; la inclusión de una regulación amplia de los pactos sucesorios, con derogación del artículo 1271.2.º CC; la limitación de la responsabilidad del heredero por deudas del causante y cargas hereditarias a los bienes que reciba del caudal relicto, así como que se asegure legalmente la separación de patrimonios; la generalización del derecho de representación a la sucesión voluntaria; una nueva regulación de la preterición, en particular de la no intencional; y, por último, que las disposiciones voluntarias de un cónyuge a favor del otro queden sin efecto, salvo voluntad expresa, desde el momento en que se separen judicialmente o de hecho⁴⁹.

II. VALORACIÓN Y ALCANCE DE LA DESCODIFICACIÓN

Todo el planteamiento descodificador hasta ahora desarrollado conlleva una doble valoración. En primer lugar, una positiva. En efecto, este proceso de evolución, que obedece a la propia esencia del Derecho como fenómeno vivo y en permanente tensión hacia la búsqueda de soluciones para los problemas que suscita la realidad práctica, lleva a elaborar nuevos esquemas de centralidad de los sistemas jurídicos en torno a la Constitución y su valor fundamental e, incluso, a articular un universo de ordenamientos particulares en materias concretas que vendrían a desarrollar principios constitucionales que no encuentran encaje adecuado en el CC. La Constitución, como norma jurídica superior en la que se establecen los fundamentos y límites de validez de la creación de otras normas, supone un cierto desplazamiento del valor constitucional de los viejos Códigos decimonónicos. Así, nuestro CC en períodos sin Constitución ha ordenado algunos aspectos constitucionales, como son algunas materias de su título preliminar y su título I –fuentes del Derecho, nacionalidad y extranjería, entrada en vigor y derogación de las leyes, principios de buena fe y fraude de ley, etc.–, así como el reconocimiento de derechos fundamentales de tal entidad como el de libertad –aunque sólo sea contractual–, el de igualdad

⁴⁹ La mayoría de estas propuestas pueden verse en DELGADO ECHEVARRÍA, «Propuesta de Conclusiones», principal, Sucesiones: Política del Derecho, document.php?id=159. DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., pp. 105-106), apunta al «sistema de legítimas» del CC que «pone excesivas trabas a la libertad de disponer y que dificulta la conservación de los patrimonios» y a las «consecuencias *mortis causa* de las uniones de hecho».

–también en sede de contratos–, el de herencia y el de propiedad; todo lo cual sigue estando vigente con la Constitución de 1978, aunque reinterpretados conforme a ésta –por ejemplo, art. 33.2.º CE respecto de la función social de la propiedad–. Por lo tanto, no resulta discutible la pérdida de centralidad que el texto codificado ha experimentado con la irrupción en el panorama constitucional europeo de las llamadas Constituciones materiales, en las que se plasma no sólo la defensa tradicional de los derechos de la persona, sino también la formulación y protección de los valores esenciales que promocionan la igualdad y la justicia efectiva en todo el ámbito social. El propio Título Preliminar de nuestro CC, relativo a la aplicación y eficacia general de las normas, al igual que el resto de las normas de nuestro Derecho, está sometido a la Constitución, que es la norma que cohesiona el ordenamiento jurídico español. El fundamento del sistema jurídico se traslada, así, del CC a la Constitución, a la que aquél se halla supeditado y a la que necesariamente se somete en temas como la tutela jurídica de los derechos fundamentales, la igualdad de los cónyuges, la no discriminación de los hijos no matrimoniales, la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, la protección de los consumidores y usuarios, las relaciones entre el Derecho Civil estatal y el autonómico, etc. De este modo, la prevalencia de la Constitución obliga bien a la adaptación y reforma del CC, bien a la promulgación de leyes civiles especiales que superen sus lagunas en esos asuntos «constitucionalizados»⁵⁰. La especialidad deviene así en signo de una nueva dimensión jurídica que incorpora al Derecho Civil valores y principios que eran ajenos a los del CC de 1889. Además, la consideración de la Constitución como norma suprema y la consiguiente interpretación de las normas conforme a ella (art. 5 LOPJ) ha incidido en el CC no sólo en materia de fuentes, sino a través de la interpretación de su articulado y de la opción jurisprudencial, bien por aquel entendimiento del mismo que mejor se acomode con la Constitución, o bien por la exclusión de aquella significa-

⁵⁰ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el CC en materia de derecho a contraer matrimonio, declara que la «garantía constitucional del matrimonio tiene como consecuencia que el legislador no podrá desconocer la institución, ni dejar de regularla de conformidad con los valores superiores del ordenamiento jurídico, y con su carácter de derecho de la persona con base en la Constitución. Será la ley que desarrolle este derecho, dentro del margen de opciones abierto por la Constitución, la que, en cada momento histórico y de acuerdo con sus valores dominantes, determinará la capacidad exigida para contraer matrimonio, así como su contenido y régimen jurídico». Y, p. e., respecto de la oportunidad de una ley especial de reconocimiento y protección de las familias monoparentales –verdadero modelo especial de familia en la actualidad–, que evite su inexorable empobrecimiento económico y su exclusión social, *vid. VELA SÁNCHEZ*, «Propuestas para una protección integral...», cit., pp. 1393 ss.; y *Las familias monoparentales...*, cit., pp. 143-159.

ción de los artículos que no se aviene con un precepto de la norma suprema; sin olvidar la puesta en relación a efectos hermenéuticos de los preceptos del CC reformados con los artículos de la Carta Magna de que traen causa: por ejemplo, artículos 108 CC y 39 CE, o 127 CC y 39 CE.

Pero, obsérvese que, a pesar de todo, la primacía jerárquica de la Constitución de 1978 no priva enteramente al CC de un valor, cuando menos, cuasiconstitucional. Así, el Tribunal Supremo no ha tenido inconveniente en continuar reconociendo a las normas contenidas en el Título Preliminar del CC un «valor cuasiconstitucional», y en atribuirles la «regulación esencial y básica de nuestro ordenamiento jurídico», o la condición de «prólogo a todo nuestro ordenamiento jurídico» (SSTS de 5 de abril de 1981, 7 de abril de 1987, 20 de noviembre de 1987); y el Tribunal Constitucional las invoca para solventar los problemas que suscita el entendimiento de diversos artículos de la Constitución o los derechos reconocidos en los mismos⁵¹. Junto con lo anterior, el CC sigue regulando instituciones que en la realidad social continúan teniendo un carácter central en cualquier sistema de Derecho privado –persona, familia, sucesiones, etc.–, instituciones que, como se ha visto, han sido –de una u otra forma– constitucionalizadas, y sigue suministrando las bases sobre las que se articula el tráfico jurídico económico –Derecho de obligaciones y contratos y Derechos reales–. Y, por último, en un Estado «social» como el nuestro, la función constituyente no puede centrarse exclusivamente en la Carta Magna, pues la Constitución real hay que buscarla, en sede civil, en los Códigos civiles, ya que en ellos se comprueba efectivamente la manera en que se concretan los valores sociales, derechos fundamentales y principios básicos consagrados por aquella.

Por otra parte, la cara negativa de la descodificación sería doble. De un lado, la inflación legislativa que implica se caracteriza por la deficiencia de la técnica legislativa, la incorrección gramatical y la oscuridad de los preceptos, la yuxtaposición de normas y soluciones para problemas idénticos⁵², la dificultad de conocimiento de

⁵¹ En esta línea, p. e., la STC 43/1982 indica que es «sabido que las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario (art. 2.3 CC) y que la disposición final de nuestra Constitución estableció que ésta entraría en vigor el mismo día de la publicación de su texto oficial en el *Boletín Oficial del Estado*, sin que exista precepto alguno que establezca su retroactividad ni en términos generales ni en relación con el artículo 14, cuya aplicación se pretende en este caso»; o la STC 3/1983 manifiesta que en los recursos de amparo procede «una interpretación progresiva y casuística de acuerdo con el artículo 24 de la Constitución y con el contenido del artículo 3 CC».

⁵² «Una característica particular de la responsabilidad civil por productos defectuosos consiste en la existencia de un concurso de normas para la obtención de un único resultado: la reparación efectiva de los perjuicios personales o materiales ocasionados. En efecto, aunque hay una normativa específica, la tardía LRPD (Ley de responsabilidad civil

las normas y, a veces, la vocación efímera de las regulaciones⁵³. La técnica legislativa es radicalmente modificada, y ahora en lugar de los cánones abstractos y generales proliferan leyes con normas numerosas, discordantes, ambiguas y programáticas. Del mismo modo, las leyes especiales crean inseguridad, puesto que no son estables, ni uniformes. En cuanto producto del intervencionismo estatal, son más mutables que el CC, ya que responden a circunstancias cambiantes, a su propia lógica, y no participan de la coherencia de éste. Asimismo, la proliferación de leyes especiales, cualquiera que sea su causa y las relaciones que mantienen con el Código, complica la labor del jurista, no sólo por la dificultad de conocer qué normas están vigentes y cuáles han sido derogadas —expresa o tácitamente—, sino también porque la fórmula legal deja de ser abstracta y neutral para pasar a concretar con mayor exhaustividad los contenidos. Esto no significa que el aplicador del Derecho pretenda permanecer cómodamente instalado en los esquemas conocidos, sino que puede exigir una mínima sistematización y coherencia que le permita moverse sin dificultades añadidas por el ordenamiento jurídico civil, en cuanto que, en definitiva, el ideal de racionalidad, abstracción y sistematización de la codificación ha sido el gran perjudicado por el torrente legislativo.

Un segundo aspecto negativo de la descodificación sería que la dispersión normativa provocaría que el CC ya no fuera el centro del sistema de fuentes, el núcleo de integración de todo el Derecho

por los daños causados por productos defectuosos), siguen teniendo vigencia la LCU (Ley de defensa de consumidores y usuarios) y el CC. La LRPD no destierra de este campo jurídico a la LCU, en cuanto que ambos textos legales no coinciden ni en los daños cubiertos, ni en las personas responsables... Por otra parte, la vigencia del CC es inequívoca, no sólo ya por su genérico carácter supletorio de cualquier normativa (art. 4.3.º CC), sino por la remisión expresa que la LRPD hace en algunos de sus preceptos» (VELA SÁNCHEZ, *Criterios de aplicación...*, cit., p. 4).

⁵³ Aluden a estas notas CAZORLA PRIETO (*op. cit.*, pp. 72 ss.), CARBONNIER (*op. cit.*, pp. 216 ss.), PONTIER («A quoi servent les lois?», *Recueil Dalloz Sirey*, 2000, núm. 4, 1.º cahier, pp. 57 ss.), etc. En concreto, CALVO MELIJE («Ensayo sobre la unidad del Derecho Privado», *AC*, 1999, p. 1330), se queja de que la «multiplicidad de Leyes especiales hace, en no pocas ocasiones, arduo y difícil su estudio; la técnica legislativa es cada día más extraña y confusa: hoy se modifica una Ley sustantiva en su casi totalidad en una disposición adicional o transitoria, lo que supone una evidente falta de rigor y produce confusión en el destinatario de la misma... Es de esperar que nuestro legislador sosiegue un poco su afán regulador y se empeñe en la labor de realizar la recopilación de la multitud de Leyes en vigor, dando una cierta unidad y coherencia al Ordenamiento jurídico, procurando hacer Leyes más meditadas y empleando una técnica legislativa algo más estricta»; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. («La responsabilité pour les dommages causés par des produits défectueux dans le Droit Espagnol: l'adaptation à la directive 85/374/CEE», *Revue Européenne de Droit Privé*, 2.º, 2, 1994, p. 225), denuncia que la proliferación de normas especiales crea inseguridad jurídica y engendra complejidad; y DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., p. 98), censura que los «parlamentos han perdido el gusto por hacer bien las leyes, unas veces son leyes de imagen que apenas tienen un contenido regulativo, otras acometen una regulación extensa cuajada de remisiones o, lo que es peor, dan por supuesto su contenido regulativo».

privado, ni pudiera entenderse como la reserva institucional y programática de todo el Derecho Civil, por lo que éste también perdería el carácter común como nota definitoria y quedaría reducido a un papel residual. A esta última consideración podría responderse simplemente destacando que no puede partirse de una excesiva identificación entre el Derecho Civil y el CC. Si se realiza dicha asimilación, se tendría que admitir un claro desbordamiento en ese sentido por obra tanto de leyes especiales como de la Constitución, que podría tener consecuencias graves. Pero si, como creo, la referida premisa no puede ser aceptada, ni la disgregación normativa ni la constitucionalización de regímenes privados suponen una desvirtuación en la esencia ni en la función y operatividad del Derecho privado común⁵⁴. La descodificación, pues, recortaría el CC, pero no el Derecho Civil, porque la índole común de éste le viene, no de su continente formal (el CC), sino de su materia, o sea, de ser el conjunto normativo referido a la persona considerada en su condición de tal, sin adherencias o añadidos de ningún tipo; siendo ésta la razón por la que puede afirmarse que el Derecho Civil configura el *estatuto general de la persona* en cuanto contempla el desenvolvimiento de la persona en lo que es común a todos los seres humanos y atiende a la persona en cuanto tal, y a su situación y función generales dentro de la comunidad. Estatuto jurídico de la persona que comprende no sólo su dimensión «personalista» o «doméstica» —que incluiría claramente los derechos de la personalidad—, sino incluso su alcance «productivista», en el que cabe aún radicar la propiedad y la autonomía⁵⁵. Esto es, el Derecho Civil en cuanto núcleo del sistema tiene un contenido permanente que se centra en la persona, en sus relaciones más personales —familia—, o en las relativas a la atribución y utilización de los bienes —patrimonio—. Pero las relaciones propias de la persona están sujetas al proceso histórico, por lo que el Derecho Civil, aunque tenga un núcleo permanente, no puede tener la condición de reliquia histórica, ya que debe responder a las necesidades que tales relaciones humanas provocan, adaptándose y dando respuesta a las nuevas formas de entender y a las nuevas exigencias que van planteando dichas relaciones en sí mismas permanentes. De esta forma, el Derecho Civil

⁵⁴ Vid. Díez-PICAZO, L. («Codificación...», cit. pp. 473 ss.), GIL RODRÍGUEZ («Aco-taciones para un concepto del Derecho Civil», *ADC*, 1989, pp. 361 ss.), MARTÍNEZ DE AGUIRRE (*op. cit.*, pp. 84-86), para quien la «constitucionalización no conlleva una alteración radical de la concepción nuclear de esta rama del ordenamiento (pues, en efecto, uno de los principales puntos de referencia de nuestra Carta constitucional es la persona humana y sus valores, y en ello coincide con el Derecho Civil», etc.

⁵⁵ Vid. LARENZ (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1966, p. 5), JORDANO BAREA («Concepto y valor del Derecho civil», *RDP*, 1962, pp. 723-725) y GIL RODRÍGUEZ (*op. cit.*, pp. 370-371).

ha de atender a dos parámetros: lo permanente, lo nuclear –con el contenido antes indicado–, y lo histórico, referido a las concretas formas de dar soluciones, de regular, los especiales problemas que en cada época histórica se presentan; y mientras lo permanente pertenece a la esfera objetiva de lo que es objeto de regulación; lo accesorio y más cambiante, atañe a la forma de regularlo.

En realidad, el tema de la legislación civil especial no hace referencia más que al sistema y a las características de los textos legales, y esto, en última instancia, es una cuestión meramente de técnica y de política legislativa. La idea del CC como cuerpo fundamental en el que se encuentra todo el Derecho Civil, y de valor formalmente superior, no es enteramente correcta. Ocurre aquí algo semejante a lo que se ha llamado la «publicación» del Derecho Civil⁵⁶, que se debe a la decadencia del primitivo sistema jurídico-privado que, sin embargo, sigue coexistiendo con otros subsistemas más evolucionados. La publicación del Derecho Civil hace referencia al proceso evolutivo que, partiendo de un régimen civil caracterizado por la deificación de la idea de libertad individual, y en el que el orden público se concibe principalmente por atender a su salvaguardia, se pasa a otro en el que se le vienen a insertar normas especiales con mayor o menor carácter imperativo. El poder público se manifiesta además vigilando, autorizando y modelando los poderes de los sujetos privados sobre sus propias incumbencias, hasta el punto de que apenas hay parte del Derecho Civil libre de alguna injerencia interventora.

En definitiva, hay que afirmar que la identificación Derecho Civil-CC, aunque nunca ha sido exacta, no puede hoy mantenerse, menos aún, por el importante número de leyes civiles especiales existentes y su «calidad» o importancia. Por tanto, en cuanto a la relación entre éstas y el CC, se puede hablar, de un lado, de «supletoriedad», pues ya el propio CC en su originario artículo 16 decía que en «*las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código*», y la legislación extracodicial presenta numerosas lagunas que han de integrarse mediante el recurso al CC. Pero, de otro, diré que no es exactamente la misma supletoriedad que se predica del Derecho común

⁵⁶ Ésta es una de las notas más características del proceso de transformación del Derecho Civil posterior al CC, y de tal trascendencia que ha originado una crisis en la propia idea de aquél, pues se ha entendido que le acerca al Derecho público. Aunque como observa PASCUAL QUINTANA («La encrucijada del Derecho Civil», *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. I, Pamplona, 1969, p. 419), el Derecho Civil no se está extinguiendo, sino transformándose. Sobre los términos «socialización», «administrativización» y «publicación» y la opción por éste último, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, «El Derecho Civil en la época codificadora y vicisitudes posteriores», *Centenario del CC*, II, Madrid, 1990, pp. 1121 ss.

respecto a los Derechos especiales (o sea, la del Derecho Civil respecto del mercantil o laboral ex art. 4.3.º CC). Se trata de una relación de técnica jurídica que expresa la coexistencia de normas civiles de igual rango pero de distinta amplitud material y diverso desarrollo, a fin de que las limitaciones derivadas de la especialidad material de unas puedan ser salvadas por medio de los principios básicos y normas generales del otro. Las leyes especiales, generalmente, sólo abordan una institución o grupo limitado de instituciones, es decir, son normas que adolecen de una cierta parcialidad o fragmentación en su tratamiento del Derecho Civil, de ahí que mantengan una *relatio* por causa de la materia respecto a una *lex communis* –el CC–. Estas leyes cumplen, por consiguiente, estructuralmente, una función que podría calificarse como «reglamentaria» –con independencia de su rango legal, que es idéntico al del texto codificado–, respecto a la función de núcleo del Código, lo cual evoca la idea de sistema; si bien, normalmente, la ley especial suele estar inspirada en unos principios organizativos distintos de los de la normativa codificada, lo cual justifica su escisión formal. El CC tendría, pues, una función estructurante, por la que los diversos subsectores civiles extracodiciales se mantendrían unidos y coherentemente articulados dentro de un orden, lo cual, en absoluto, es incompatible con la constitucionalización del Derecho Civil. La supremacía de la Constitución y su virtualidad como norma jurídica, y la fragmentación normativa acaecida alrededor del CC no puede llevarnos a la conclusión de carácter general de que éste haya quedado reducido a ser una Ley más en el conjunto del ordenamiento jurídico, desprovisto por completo de todas sus virtualidades como punto de referencia de otras normas, y ello, básicamente, por la permanencia en el Código de elementos de acusada centralidad. No es que se haya pasado de un monosistema –CC– a un polisistema –constituido por tantos microsistemas como leyes especiales–, sino que se ha evolucionado de un sistema simple a un sistema complejo o integrado. El CC, concebido como un sistema orgánico y coherente, de ámbito general, mantendría, por ende, su centralidad en el sistema de Derecho privado al contener sus principios fundamentales y sus normas generales, y por cuanto las materias y los institutos que contempla son la base del Derecho Civil⁵⁷;

⁵⁷ Siguiendo –cita ésta ya clásica en este sede– a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (*Prólogo al CC*, ed. Tecnos, 2000, p. 31), puede decirse que el «Código es el heredero principal de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue trasvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados y, por ello, ha sido y ha seguido siendo la base del razonamiento y de las construcciones jurídicas. En sus artículos se encuentran encarnados ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras técnicas y conceptos, fruto de la tradición y de la doctrina, que constituyen el acervo común de los juristas». *Vid.*, también, LACRUZ (*Elementos de Derecho Civil*, I, Parte General, vol. 1.º, Barcelona, 1988, pp. 73 ss), LÓPEZ Y LÓPEZ («El derecho de propiedad. Una

debiendo enfatizarse el valor general, abstracto y tendencialmente ilimitado de la norma codificadora, por oposición al valor estatutario y limitado de las leyes especiales. Pero, obsérvese que, además, estas leyes extracodiciales siguen siendo civiles y, por tanto, con el carácter común que por tal razón les corresponde; de hecho, en su relación con los Derechos especiales, el Derecho común está integrado por todo el Derecho Civil, esto es, comprendiendo tanto el CC como estas leyes civiles particulares⁵⁸. El Derecho Civil no se agota en el Código ni constituye un sistema monolítico por la proliferación de las leyes especiales, pero ello no es necesariamente negativo, pues, en el fondo, se trata de un fenómeno fructífero y revitalizador de aquél. Por tanto, aun cuando la regulación contenida en las leyes especiales sea rupturista con el CC, la valoración no debe ser dramática, sino positiva, pues bien adaptan el Derecho Civil a las nuevas realidades que no existían ni eran siquiera imaginables cuando aquél se publicó –piénsese, por ejemplo, en la fecundación *in vitro* y en la necesidad de regular las técnicas de reproducción asistida–, bien orientan su tutela a unos destinatarios concretos derivados de las nuevas realidades sociales –superando la igualdad formal propia del liberalismo y pretendiendo una justicia sustancial–, como, por ejemplo, los consumidores; o bien, por último, acomodan las modernas necesidades económicas, pues el CC regula las instituciones patrimoniales sobre unos presupuestos económicos muchas veces obsoletos e incompatibles con la sociedad industrial. El Derecho Civil moderno, en fin, no puede entenderse sin un número considerable de leyes extracodiciales que completan su contenido, lo modernizan y adaptan a las necesidades de la siempre cambiante sociedad, pero tampoco sin el CC, que sigue siendo el centro del sistema jurídico-civil.

relectio», ADC, 1998, pp. 1644 ss.), etc. En Italia, cfr. BUSNELLI («El Derecho Civil entre Código y leyes especiales», *RGLI*, 1985, pp. 757 ss.), quien entiende que el código está pensado para hacer frente a las necesidades coyunturales que suscitan las leyes especiales; DE CUPIS («A proposito di Codice e di decodificazione», *Riv. Dir. Civ.*, 1979, II, pp. 49-52), que habla del «potencial latente de un sistema dogmático y técnico para evolucionar hacia nuevas realidades jurídicas»; FALZEA («Sistema culturale y sistema giuridico», *Riv. Dir. Civ.*, 1988, pp. 4-5), que destaca que los códigos constituyen lo «más evolucionado en el sistema cultural del Derecho»; y RESCIGNO («Rilettura del Codice civile», *I cinquant'anni del Codice civile*, vol. I, Milano, 1993, pp. 9 ss.). En contra del valor central del CC, por ejemplo, PASQUAU LIAÑO («Sobre la interpretación de los términos legislación civil del art. 149.1.8.ª de la Constitución», *Competencia en materia civil de las Comunidades Autónomas*, B. Moreno Quesada (Coord.), Madrid, 1989, pp. 220 ss.) y ALBIEZ DOHRMANN («La modernización del Derecho de obligaciones en Alemania: un paso hacia la europeización del Derecho privado», *RDP*, marzo, 2002, p. 205).

⁵⁸ LALAGUNA DOMÍNGUEZ, «Comentario al artículo 4.3.º del CC», *Comentarios a las reformas del CC*, I, Madrid, 1977, p. 249. En Italia, CIAN («Il Diritto civile como Diritto privato comune», *Riv. Dir. Civ.*, 1989, I, p. 4), entiende que el Derecho Civil, conformado por el Código y las leyes civiles especiales, puede conceptuarse hoy como *summa* y ciencia de los principios y de las reglas que deben valer como elementos comunes de base, como «tejido conectivo» para todos los sectores del Derecho privado.

III. UTILIDAD ACTUAL DE LA CODIFICACIÓN Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Por último, haré una postrera referencia a las cuestiones de si en el Derecho Civil, visto lo visto, la técnica codificadora está ya superada y el CC está desprovisto de significado en una época de proliferación de leyes especiales, o si la codificación sigue siendo útil y viable en la actualidad y cuáles serían sus posibles perspectivas de futuro, a saber, la recodificación, la llamada indexación y el CC europeo.

1. La recodificación

Es indudable que la aceleración legislativa, la multiplicidad de fuentes, y las crecientes y urgentes necesidades de regulación ponen en duda la posibilidad de que, en este momento, se pueda acometer la tarea de elaborar un nuevo CC donde residan, si no la totalidad, sí la mayor parte de las normas que pertenecen al Derecho Civil estatal español, pero no se debe renunciar al empeño. El propio CC, no se olvide, prevé en sus disposiciones adicionales primera, segunda y tercera un mecanismo de perfeccionamiento progresivo, consistente en que una Comisión de codificación, a partir de los datos suministrados por los tribunales de justicia en orden a las deficiencias y dudas que se presentaran en la aplicación del texto codificado, de los progresos realizados en otros países, y de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, eleve al Gobierno cada diez años las reformas que convenga introducir. La permanencia en el sistema español de una Comisión General de Codificación —a la que el Real Decreto 160/1997, de 7 de febrero, impulsó y encargó la «*preparación de la legislación codificada o general que expresamente le encomiende el Ministerio de Justicia*» (art. 3)—, supone un buen instrumento para dicho afán, aunque el propio Preámbulo del Real Decreto indicado parece declarar la incapacidad de la aludida Comisión para afrontar tamaña empresa en nuestros días⁵⁹. El mejor

⁵⁹ «... los códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos. En su lugar, las leyes especiales por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación, y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa... Precisamente, la reforma orgánica de la Comisión General de Codificación se enmarca en ese necesario tránsito de la codificación tradicional a la actual época de las leyes especiales»; concluyéndose que, por lo anterior, deviene «inútil todo intento de codificar con ánimo de otorgar durabilidad a la ley, de cristalizar un sector jurídico». A ello, DÍAZ ALABART (*La recodificación en España: un futuro incierto*, Madrid, 2002, p. 160), opone que no «se puede compartir una visión tan derrotista de lo que puede ser la evolución del Derecho»; y PAU PEDRÓN («La segunda codificación», *Libro homenaje a J. M. Rey Portolés*,

conocimiento del Derecho Civil, la criba y sistematización de las innovaciones legislativas y de las aportaciones jurisprudenciales, la efectividad de los principios constitucionales de legalidad, jerarquía normativa, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos o la evitación del caos, si se quiere, exigen un nuevo CC que instaure un orden renovado y que dé coherencia y armonía al sistema⁶⁰; un CC del siglo XXI que, respondiendo a todos los retos planteados, actualizando su contenido mediante una exégesis de las leyes especiales y constitucionalizando sus instituciones, recupere el papel central que tenía en el Derecho civil. El CC no puede convertirse en depositario de una normativa residual desprovista de importancia, sino que debe revitalizarse con reformas que tengan en cuenta tanto los preceptos y principios constitucionales o comunitarios como los de las propias leyes especiales. Ello requiere una labor crítica y pausada que examine si los principios que alumbraron una determinada ley particular han desaparecido –total o parcialmente– o bien se han expandido tanto que merecen pasar al CC como regla común y no especial. En efecto, las nuevas leyes introducen soluciones a los problemas que se presentan en la sociedad actual y deben ser racionalizadas mediante una coordinación con las categorías y principios generales del CC, que, a su vez, se renueva en el plano interpretativo a la luz de las innovaciones introducidas por aquéllas; en definitiva, se requeriría una consolidación ordenada y sistemática de lo creado en virtud de las dispersas leyes extracodiciales, por lo que, en este sentido, la recodificación no implicaría tanto un acto de pura reforma legislativa como de ordenación y sistematización, cuya finalidad sería la de someter las instituciones y normas jurídicas creadas por las leyes

Madrid, 1998, p. 25), añade que la realidad de los nuevos Códigos elaborados en distintos países pone de manifiesto otra tendencia. Por su parte, BUSTOS PUECHE («Sugerencias para reflexionar sobre el fenómeno de la especialización normativa», *ADC*, 1998, p. 1101), advierte que, «conscientes de que la especialización normativa significa destejer el manto de la codificación, hemos de recibirla críticamente, ... y otorgarle carta de naturaleza sólo cuando, en verdad, se descubran razones poderosas para semejar proceder legislativo».

⁶⁰ DE LOS MOZOS («Codificación y Recodificación...», cit., p. 100), señala que recodificar «no es más que *racionalizar* el Derecho, reconduciendo las normas a ese parámetro de racionalidad, sin necesidad propiamente de hacer un nuevo código. Unas veces, habrá de reconducir las leyes especiales al sistema del código... Pero, otras, el cambio de circunstancias... deberá impulsar la propia reforma del sistema, o limitarse a introducir en él una modalidad». También en Francia RÉMY («Droit des contracts: questione, positions, propositions», *Le droit contemporaine des contracts*, París, 1987, pp. 271-282), defiende que recodificar no implica necesariamente legislar o reformar, sino fijar y consolidar «ordenada y sistemáticamente» lo existente. En cuanto a la inflación normativa en Italia y su posible solución, *vid.*, p. e., ALPA («Modificazione del Codice civile e nuove leggi speciali», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1997, pp. 789 ss.), CASTRONOVO («Decodificazione. Delegificazione. Ricodificazione», *I cinquant'anni del Codice civile*, vol. II, Milano, 1993, pp. 475 ss.), MATTARELLA («Codificazione e stato di diritto», *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1998, núm. 2, pp. 365 ss.), SACCO («Codificare, modo superato di legiferare?», *Riv. Dir. Civ.*, 1983, I, pp. 117 ss.), etc.

especiales a una racionalización jurídica interna, depurándolas de contradicciones y fijándolas en un único cuerpo, pues, en otro caso, estaríamos ante incorporaciones meramente formales al texto codificado⁶¹. El CC encarnaría la técnica de sistematización más que el continente de un Derecho perpetuo, mediante mecanismos que le permitieran adecuarse a las circunstancias cambiantes y sus exigencias –porque el progreso social y el desarrollo científico y técnico son constantes–, lo que aseguraría su vitalidad sin poner en peligro su unidad y estructura. El valor de la codificación como técnica legislativa compleja dirigida a la creación de un sistema de Derecho racional, a una aprehensión del Derecho abstracta y sistemática, permite y justifica el mantenimiento del papel central que debe corresponder al CC. El intento de sistematizar orgánicamente el Derecho Civil, de organizarlo y sistematizarlo en forma coherente, de acuerdo con los principios y reglas deducidos de la razón ha de mantenerse en nuestros días. Tal vez no la pretensión de totalidad, de globalidad del sistema, pero sí la importancia del mismo, construido racionalmente, como mecanismo garante de los principios de certeza y seguridad jurídica, que constituyen, en sí mismos, una exigencia de la justicia⁶². Todo lo cual, por último, teniendo muy presente, como se ha visto, la función constituyente –siquiera compartida– que corresponde al CC –como garante de los derechos y libertades constitucionales– y, como se verá a continuación, que el proyecto de un CC europeo no parece que vaya a ser realidad en un futuro inmediato.

En el ámbito europeo, una constante en la técnica legislativa civil está siendo la denominada segunda codificación o recodificación, que mientras en unos casos ha implicado la publicación de nuevos Códigos civiles –es el caso, por ejemplo, de Italia (1942), Portugal (1966), o más recientemente Holanda (1992)–,

⁶¹ Según PAU PEDRÓN (*op. cit.*, pp. 33-34), esta «codificación consiste, básicamente, en actualizar la forma y sistematizar el conjunto; pero estas actividades llevan consigo, necesariamente, otras de mayor alcance: advertir las contradicciones y las lagunas; suprimir preceptos claramente inconstitucionales o contrarios a las normas supranacionales; decantar los principios generales que presiden cada materia»; de manera que, concluye, más que una mera «recodificación» hay que abordar una «segunda codificación» (p. 37). HERNÁNDEZ GIL (*Formalismo, antiformalismo y codificación*, Madrid, 1969, pp. 13 ss.), ya advertía que la codificación es una tarea permanente, puesto que las variaciones legislativas, inevitables, obligan a una permanente revisión de los códigos. *Vid.*, también, MARTÍNEZ SARRIÓN, «Renacimiento de la idea de la codificación: el CC holandés de 1992», *RJN*, 1992, pp. 235 ss.

⁶² DE CUPIS (*op. cit.*, p. 53); quien continúa diciendo que a «través de las vicisitudes, las crisis y las mutaciones (permanece) la exigencia de un sistema legislativo racionalmente ordenado, capaz de satisfacer la permanente aspiración a la certeza, recogido en un corpus orgánico mejor que disperso en muchos cuerpos separados». Ante la pluralidad y la dispersión normativa de nuestra época, PAU PEDRÓN (*La segunda codificación*, Seguridad jurídica y codificación, Madrid, 1999, p. 88), concluye que la recodificación «antes o después acabará imponiéndose, porque la descodificación afecta a la seguridad jurídica».

en otros supuestos ha dado lugar a la revisión de los textos codificados, actualizándolos con vistas a su modernización y adaptación a la normativa europea –por ejemplo, en Alemania, la reforma del BGB en materia de obligaciones, contratos y prescripción⁶³–. Sea como fuere, la recodificación sigue siendo un medio eficaz para hacer frente a la espinosa cuestión de la proliferación legislativa. Es más, puede decirse que la codificación, como técnica legislativa cuya principal virtud es el otorgamiento de seguridad jurídica y racionalidad orgánica, está experimentando un cierto renacimiento, que con toda probabilidad está provocado por el enorme grado de incoherencia e incertidumbre que ha generado la legislación extracodicial. Entre los países de nuestro entorno, también destaca Francia en su actual esfuerzo institucional con vistas a la tarea recodificadora⁶⁴, país en el que se ha reformado el Derecho codificado en materia de garantías personales y reales, así como en materia de sucesiones y liberalidades⁶⁵, y existe un proyecto de reforma del Derecho de obligaciones y contratos y de la prescripción.

⁶³ Con fecha de 1 de enero de 2002 entró en vigor la Ley Federal para la modernización del Derecho de obligaciones del BGB alemán de 26 de noviembre de 2001. Esta modernización puede enmarcarse dentro de la recodificación, no sólo porque se incorporan al BGB algunas figuras que habían sido desarrolladas jurisprudencialmente –p. e., la culpa *in contrahendo*–, así como numerosas leyes que antes se hallaban fuera del texto codificado –como el Derecho de consumo–, sino, principalmente, porque todo ello ha devuelto al BGB su papel como centro del ordenamiento privado alemán (ERBERS, «La nueva regulación del incumplimiento contractual en el BGB, tras la Ley de modernización del Derecho de obligaciones de 2002», *ADC*, 2003, p. 1579). En Alemania, una recodificación menos intensa, pero también importante se produce por la Segunda Ley de modificación de determinados preceptos de la indemnización de daños y perjuicios de 19 de junio de 2002, que entró en vigor el 1 de agosto de 2002.

⁶⁴ Este país cuenta con una Comisión Superior de Codificación que, presidida por el Primer ministro e integrada por un equipo de miembros de diversos sectores institucionales, realiza la programación, coordinación y control de la tarea codificadora, desarrollada por un número mayor de personas que trabajan en misiones de codificación, constituidas en el seno de los ministerios y que utilizan ampliamente la herramienta informática. Esta Comisión Superior de Codificación está llamada a reagrupar los textos legales en diversos códigos, con tres objetivos principales: 1.º, la reforma administrativa; 2.º, la racionalización de la presentación del Derecho, que consistiría en ordenar los textos vigentes; y 3.º, la accesibilidad al Derecho. En relación con este último aspecto, explica Guy Braibant que supone la «posibilidad de volver a dar sentido a la vieja fórmula: *la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento*, lo cual es hoy totalmente imposible cuando existen miles de leyes y decenas de miles de reglamentos, sin contar los textos europeos y los textos locales. Es un elemento de la democracia. Es la posibilidad para los ciudadanos, para las empresas, para los funcionarios también, de acceder fácilmente al Derecho porque es más cómodo consultar un código que orientarse en 200 textos. Se trata de un elemento de lo que se denomina ahora el Estado de Derecho. Dicho acceso se ve facilitado por la informática y (por Internet)» (JEREZ DELGADO, «Publicidad de las normas y técnica legislativa en la sociedad de la información», *ADC*, 2005, II, pp. 794-797). Ya ATIAS («Le Code civil nouveau», *Recueil Dalloz Sirey*, 1999, núm. 18, chr., pp. 200 ss.), proponía la recodificación, esto es, un nuevo CC que reunificara el Derecho Civil y recompusiera las categorías jurídicas fundamentales.

⁶⁵ Loi n.º 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

2. La indexación

En la doctrina actual se ha propuesto que la indexación, como nueva técnica legislativa, tenga carácter oficial, afirmándose que indexar no es legislar, sino ordenar oficial y racionalmente las leyes a fin de presentarlas de modo más accesible mediante su publicación electrónica. Esta nueva técnica legislativa que ordena las normas utilizando las nuevas tecnologías –a través de sistemas de búsqueda avanzada–, favorecería la unidad y coherencia del conjunto del ordenamiento jurídico. Para esta finalidad, se sigue diciendo, sería muy adecuado el desarrollo de una Ciencia de la Legislación⁶⁶, dentro de la cual pudiera insertarse una especialización en informática jurídica, de forma similar a como sucede en Italia. En cuanto instrumento del tratamiento sistematizado de las leyes, de la introducción de nexos entre ellas, e incluso de la detección de antinomias y de lagunas legales, mediante el uso de la informática, se afirma que se trata de una técnica legislativa necesitada del adecuado tratamiento, no sólo en el orden organizativo interno –formación del personal y desarrollo del sistema– sino también en el orden político⁶⁷.

En algunos países de nuestro entorno, la indexación normativa es una realidad. Por ejemplo, destacan Francia, Suiza, Italia, Alemania, Reino Unido o –fuera del ámbito europeo– los Estados Unidos⁶⁸. Queda constatado que cada vez son más los países que ofrecen gratuitamente un servicio de información legislativa a través de Internet. Paralelamente, también en el seno de la Unión Europea existen varias iniciativas que buscan proteger la seguri-

⁶⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ («La calidad de las leyes y la reforma de la Comisión General de Codificación», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 28, Madrid, 1998, pp. 252-254), propuso el desarrollo de dicha Ciencia de la Legislación dirigida al cuidado del ordenamiento y a garantizar la seguridad jurídica. Dentro de esta ciencia, distingue dos ámbitos, el de la teoría de la legislación y el de la técnica legislativa. Este autor, en la *Introducción* a la obra *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho* (Madrid, 2004, pp. 20-21), subraya esta carencia de nuestra Ciencia del Derecho, que tiene más tradición en los países del *common law* que en los países del continente europeo.

⁶⁷ JEREZ DELGADO, *Indexación: una técnica al servicio de la seguridad jurídica*, La proliferación legislativa; un desafío para el Estado de Derecho, Madrid, 2004, pp. 575-586. Esta autora señala los diversos grados de complejidad que admite el procedimiento de la indexación: 1.º, Tipo de normas jurídicas incorporadas al Index; 2.º, Número de vocablos contemplados y conexiones entre sinónimos (locales y extranjerismos); 3.º, Volumen de interconexiones (de figuras generales a sus posibles modalidades); 4.º, Periodos de actualización (posible conexión entre textos vigentes y derogados); y 5.º, Reglas de conflictos de normas (*ibidem*, pp. 580-582).

⁶⁸ Respectivamente, <http://www.legifrance.gouv.fr>; <http://www.admin.ch/ch/f/rs/rs.html>; http://www.giustizia.it/cassazione/leggi/ced_legisl_elenco_areat.htm; <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/index.html>; <http://www.hmso.gov.uk/acts.htm>; en <http://www.house.gov> se puede localizar el *United States Code* (USC), y en http://www.archives.gov/federal_register/publications/statutes.html el *United States Statutes at Large*.

dad jurídica⁶⁹. Entre estas técnicas, se ha destacado la denominada *codificación oficial* –que se aproxima a la idea de la actual codificación francesa–, a cuyo servicio está otra técnica, la denominada *consolidación oficiosa o declarativa* –que se aproxima a la idea de indexación–⁷⁰.

3. La tendencia unificadora supranacional

Finalmente, no puede dejar de citarse el proceso de internacionalización del Derecho o tendencia unificadora supranacional, fenómeno creciente desde finales del siglo xx que afecta vivamente al Derecho Civil a través de diversas vías: Tratados Internacionales, Convenciones o redacción de Principios de Derecho privado desde el ámbito académico con vocación de ser aplicados en las relaciones privadas entre miembros de distintas nacionalidades como un Derecho uniforme. Al mismo tiempo, en el ámbito europeo estricto, se está desarrollando e impulsando un Derecho Civil común, que culminaría con un CC europeo, y que recuerda en parte al ideal de la codificación decimonónica en su función política, pues –con matices muy diferenciados ideológicamente– se pretende una unidad jurídica como reafirmación o reivindicación de la unidad política supranacional, contribuyendo ello a la estructuración de la Unión Europea como entidad política y territorial⁷¹.

Por lo que respecta al citado CC europeo, el primer obstáculo que aparece es el de la competencia para llevarlo a cabo. En efecto, parece existir un consenso claro sobre la falta de competencia de la Unión para promulgar un tal CC europeo, pues resulta evidente que, en su redacción actual, los tratados constitutivos de la Unión Europea y de la Comunidad Europea no permiten una unificación del derecho europeo⁷². Además, en contra de la unificación se ha defendido que actualmente en Europa los únicos motivos para la

⁶⁹ La Unión Europea cuenta con el servicio de información jurídica EUR-Lex, y maneja el tesoro legal plurilingüe EUROVOC, coordinado principalmente por el Parlamento Europeo y la Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, que es utilizado también por algunas instituciones nacionales y organizaciones europeas.

⁷⁰ JEREZ DELGADO, «Publicidad de las normas...», cit., pp. 800-801.

⁷¹ Sobre este tema *vid.*, entre otros, ORDUÑA MORENO («La codificación como técnica de unificación del Derecho privado europeo», *Derecho patrimonial europeo*, Palao Moreno, Prats Albertosa, Reyes López (Coords.), Madrid, 2003, pp. 267 ss.), MARTÍNEZ VELENCOSO («Nuevas tendencias del Derecho contractual europeo», *Derecho patrimonial europeo*, *op. cit.*, pp. 244 ss.), etc.

⁷² Así, por todos, LARROUMET, C. («La unificación del Derecho de las obligaciones en Europa», *RDP*, 2006, pp. 69-80), quien explica que la sola unificación del derecho de obligaciones supondría una modificación de los tratados constitutivos de la CE para ampliar la competencia de las autoridades comunitarias, y para ello sería necesaria la unanimidad de los Estados miembros; y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES («La falta de competencia de la UE para elaborar un CC Europeo: sobre los límites a la armonización en

unificación son económicos, pues falta una cultura común y la voluntad de pertenecer a una sola nación necesarias para justificar la unidad del Derecho europeo⁷³. Incluso, la elaboración de unos Principios comunes de Derecho europeo, aunque pareció gozar de mayor aceptación, tampoco ha estado exenta de críticas. Entre ellas destaca la relativa a la composición de los grupos que han elaborado los principios, en su inmensa mayoría formados por académicos, cuando se considera que deberían haber incluido jueces y abogados, a lo que se añade que los miembros de los grupos no representan a los países ni son elegidos oficialmente por ningún Estado; también es objeto de reproche su excesiva amplitud y que han tenido más en cuenta los aspectos técnicos de los conceptos y los mecanismos jurídicos que las tradiciones culturales⁷⁴. En particular, los trabajos del grupo von Bar y del grupo de Pavía contemplados desde un objetivo de unificación total del derecho europeo, de una reunión completa de los derechos internos de los estados miembros, son duramente censurados.

En un marco tan poco proclive a la unificación del Derecho Civil europeo, la Comisión en su comunicación de 11 de octubre de 2004 al Parlamento y al Consejo, sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo, perspectivas de futuro*⁷⁵, enfatiza que su actual interés no está en el establecimiento de un CC europeo sino en la propuesta de un *Common Frame of Reference* (marco común de referencia, conocido con las siglas inglesas CFR), cuya finalidad sería mejorar la coherencia del acervo actual y futuro en el ámbito del derecho contractual. Se busca que el CFR defina con precisión los términos jurídicos, y presente modelos coherentes de normas de Derecho contractual inspiradas en el acervo comunitario y en las mejores soluciones recogidas en el ordenamiento jurídico

materia de Derecho civil», *Derecho privado Europeo*, Cámara Lapuente (Coord.), Madrid, 2003, pp. 129-156).

⁷³ El argumento central de los detractores de un CC europeo se funda en que la esencia de Europa está en su diversidad (social, lingüística, cultural y legal), por lo que es preciso respetar la identidad nacional; sin olvidar que un Código también contiene unos valores y unas ideas políticas y morales que distan de ser homogéneos entre los Estados miembros (CÁMARA LAPUENTE, «Un Derecho Privado o un CC para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace», *Derecho Privado Europeo*, Cámara Lapuente (Coord.), Madrid, 2003, p. 71).

⁷⁴ LARROUMET, C.: *op. cit.*, pp. 69-80; en este punto *vid.*, además, entre otros, DE LOS MOZOS («El anteproyecto de código europeo de contratos de la Academia de Pavía», *La unificación jurídica europea*, García Collantes (Coord.), Madrid, 1999, pp. 253 ss.), VATTIER FUENZALIDA («Para la unificación internacional del Derecho de obligaciones en la Comunidad europea», *RDP*, 1994, pp. 223-230), etc. Un estudio general de los principios europeos puede encontrarse en DíEZ-PICAZO, ROCA TRÍAS y MORALES MORENO, *Los principios del derecho europeo de contratos*, Madrid, 2002.

⁷⁵ COM (2004)-651 final DOCE 2005, C 14/6. En esta Comunicación la Comisión claramente expone que conviene «precisar que la Comisión no pretende proponer un CC europeo que armonice el Derecho contractual de los Estados miembros».

de los Estados miembros. Se pretende que el CFR sea utilizado para transponer a la legislación nacional las Directivas comunitarias en materia de derecho contractual, e inspirarse en dicho marco para elaborar legislación nacional sobre aspectos del derecho contractual no regulados en el marco comunitario. Se espera también que sirva para desarrollar un instrumento destinado a regir las relaciones transfronterizas y cuya aplicación sería facultativa.

En vista de lo anterior, el 23 de marzo de 2006, el Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución sobre *Derecho contractual europeo y revisión del acervo, perspectivas para el futuro (2005/2022-INI-)*, en la que corrobora su convicción, expresada en anteriores Resoluciones⁷⁶, de que un mercado interior uniforme no puede funcionar correctamente sin mayores avances hacia una armonización del Derecho civil y afirma que la iniciativa en materia de derecho contractual de CFR debería considerarse ante todo como un ejercicio encaminado a mejorar la elaboración de la legislación comunitaria. Aunque, en su forma actual, se limita a la racionalización y limpieza del acervo en materia de protección de consumidores y a la elaboración de normas y condiciones estándar para los contratos. Además, pide a la Comisión que «aproveche inmediatamente el trabajo en curso de los grupos de expertos sobre la redacción del Derecho contractual europeo y de la Red para el marco común de referencia (CFR-net), con el fin de utilizar dichos resultados, en primer lugar, para la revisión del acervo comunitario en el ámbito del Derecho civil y, posteriormente, para el desarrollo de un Derecho civil comunitario», aunque añade expresamente que se respeten los diferentes sistemas y tradiciones.

No debe obviarse que también en el ámbito del Derecho de familia la Unión Europea ha mostrado algunas iniciativas legislativas como la adopción del Reglamento 137/2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, que ha sido derogado por el más reciente Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre. Aunque la finalidad de estos reglamentos es obtener un reconocimiento rápido y automático de estas resoluciones judiciales en los Estados miembros, que conseguirán sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, están presentes en las mismas algunos principios de Derecho material o sustantivo. No en vano el último de los Reglamentos citados tiene como fin garantizar la igualdad de todos los hijos, de tal forma que se ha extendido la regulación a todas las resoluciones en mate-

⁷⁶ De 28 de mayo de 1989, 6 de mayo de 1994, 15 de noviembre de 2001 (DO C 140 E, de 13 de junio de 2002) y 2 de septiembre de 2003 (DO C 76 E, de 25 de marzo de 2004).

ria de responsabilidad parental, incluidas las medidas de protección al menor, con independencia de que estén vinculadas o no a un procedimiento en materia matrimonial ⁷⁷.

La conclusión que se puede extraer de todo lo anterior es que, aunque la legislación comunitaria surge como un elemento de homogeneización del Derecho Civil que pretende una armonización de los Derechos Civiles nacionales, resulta demasiado pronto para hablar de un Derecho contractual europeo y, menos aún, de un acabado CC europeo, por lo que, por ende, procede volver a los derechos nacionales y estudiar su grado de adaptación a las nuevas situaciones. La primera tarea debe ser, pues, modernizar y racionalizar los derechos nacionales y después emprender empresas mayores, si es que son posibles.

⁷⁷ En concreto, en sede de Derecho de familia o de la persona podría ayudar a la unificación el asentamiento de algunos principios comunes en materias como el divorcio, la equiparación de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, el reconocimiento de ciertos derechos del menor, y el progresivo reconocimiento del *status* jurídico de las parejas de hecho (CÁMARA LAPUENTE, «Hacia un CC europeo: ¿realidad o quimera», La Ley, 1999-2, pp. 1671-1672).