

DEL ARTICULO 149.1.8.^a DE LA CONSTITUCION AL ORDENAMIENTO JURIDICO CATALAN: SU RECIENTE DESARROLLO EN SISTEMAS

CARLOS J. MALUQUER DE MOTES BERNET
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. EL ARTICULO 149.1.8.^a DE LA CONSTITUCION. 1. La Codificación en Castilla. 2. Inexistencia de Codificación catalana. 3. El sentido constitucional del artículo 149.1.8^a. II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO CATALAN. 1. El Ordenamiento jurídico como estructura organizativa. 2. El Ordenamiento como un sistema de fuentes. III. SU RECIENTE PROYECCION LEGISLATIVA. 1. Código de Sucesiones por causa de muerte. 2. Código de Familia. 3. Código Patrimonial. IV. EL ORDENAMIENTO JURIDICO CATALAN: SU POSIBLE COMPOSICION EN SISTEMAS. 1. Código de Persona. 2. Código de Derechos Reales. 3. Código de las Obligaciones. 4. Código de Familia. 5. Código de Sucesiones.

I. EL ARTICULO 149.1.8 DE LA CONSTITUCION

En la legislación española de estos últimos siglos la consideración jurídica del ordenamiento ha sufrido una enorme transformación. De un primer planteamiento del Derecho civil concebido en un sentido principalmente unitario plasmado en el artículo 258 de la Constitución de Cádiz, en donde se establecía

que “el Código civil y criminal y el de comercio serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes”, se ha pasado al contenido actual del artículo 149.1.8 de la Constitución que, como es sabido, reconoce competencia exclusiva al Estado sobre diversas materias sin perjuicio, por lo que se refiere a la legislación civil, de la competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas, para la conservación, modificación y desarrollo por éstas “de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

Esta modificación conceptual a nivel constitucional tiene lógicamente su reflejo a nivel normativo específico. Por lo que se refiere a la primitiva Constitución, hubo un intento de realizar un Código civil en 1821 y llegó evidentemente a realizarse, después de todo un largo y debatido proceso, en el año 1889 con la publicación del Código civil, llamado de Castilla(1), aún hoy vigente. Respecto de la segunda, la Constitución actual de 1978 tiene su reflejo en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica de 18 de diciembre de 1979, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Catalunya, cuando establece que la Generalitat de Catalunya tiene competencia exclusiva sobre la “conservación, modificación y desarrollo del Derecho civil catalán”.

Esta posición absolutamente divergente entre la legislación del Estado y la legislación catalana es reflejo de un proceso de evolución distinto entre ambas legislaciones. La existencia de legislación sistematizada y actualizada principalmente en un Código, se explica, en el momento actual, por la producción, con respecto a la primera, de todo un proceso de evolución propio: la Codificación; y, respecto de la segunda, por la falta de autonomía legislativa para que dicho proceso pudiera llevarse a cabo. Y la permanencia, por consiguiente, de un conjunto de normas petrificadas, sin evolucionar y sin carácter de verdadero

(1) La Ley de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, especifica en su Base 27, que la disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el derecho civil llamado de Castilla.

código(2), esto es, sin estar recogidas en un instrumento sistemático, ágil y moderno: uno o varios códigos.

1. *La Codificación en Castilla*

En efecto, la codificación es el resultado de un largo proceso que no se podía llevar a cabo sin haber obtenido la total transformación de la propiedad(3). Después de consolidada la propiedad transformada se impulsa y se alcanza con cierta facilidad la sistematización y actualización de las leyes civiles por medio de un código.

Partiendo pues de esta premisa, se puede decir que la codificación gira alrededor de una idea principal: el sistema económico que rige las relaciones personales de los individuos. El sistema feudal que, en mayor o menor grado, impregna la estructura social y económica del país hasta los inicios del siglo XIX resulta arcaico y no es satisfactorio para cubrir las nuevas necesidades sociales y económicas, por lo que cada vez se hacía más patente la necesidad de llevar a cabo su transformación.

Constitucionalismo y codificación irán siempre unidos, puesto que son manifestaciones de un mismo proceso: cambio del sistema social, económico y político y necesidad de un nuevo orden jurídico que regule este conjunto de transformaciones. Ciertamente, este proceso de cambio político no se produce de forma instantánea y es en la codificación donde se pone de manifiesto su paralelismo y su dependencia. Queda claro que hasta que no se encuentre efectivamente consolidado el nuevo sistema político no puede llevarse a cabo la codificación. Producida aquélla por la Restauración, y estabilización, de Alfonso XIII (1875-1880), surge con rapidez y definitivamente el Código(4).

(2) ALONSO PEREZ, M., "Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889", en *Centenario del Código civil*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, Tomo I, Madrid, 1991, pág. 19.

(3) MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., "La codificación civil en España. Síntesis de un proceso", en *R.D.P.*, 1981.

(4) Respuesta inmejorable sobre lo que es un Código nos la ofrece ALONSO PEREZ, M.: *Op. cit.*, *loc. cit.*, pág. 22.

2. *Inexistencia de Codificación catalana*

La misma insuficiencia del sistema feudal se producía en Catalunya, en donde la estructura social y económica resultaba arcaica para cubrir las nuevas necesidades sociales y económicas, pero con la diferenciación de la imposibilidad de poder llevar a cabo la transformación del propio derecho, puesto que si bien es cierto que existe una unificación política española por lo que se refiere a las instituciones de carácter público, no existe esta uniformidad por lo que se refiere al llamado Derecho privado, puesto que, en este sentido, el Decreto de Nueva Planta de 16 de enero de 1716 establecía en su artículo 56 que: "en todo lo demás, que no está previsto en los capítulos antecedentes de este Decreto, mando se observen las Constituciones que antes había en Catalunya, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor, que lo individualmente mandado en él".

Pero, lógicamente, no se establecieron sus respectivos órganos legislativos, por lo que resultaba imposible la renovación y actualización del propio derecho. Se desprende, consiguientemente, una falta de autonomía política para legislar y, por tanto, una carencia de autonomía legislativa. La falta de potestad para legislar impide que pueda atribuirse un ordenamiento jurídico propio, o sea, que se pueda legislar conforme a aquellos criterios o principios que se consideran propios, que permitan adaptar el derecho a la realidad social del momento y especialmente, que puedan crearse unas normas que sean diferentes de aquellas otras que se producen y orientan otras políticas legislativas y marcan la existencia de otro Ordenamiento jurídico distinto.

De este modo, mientras que la legislación de Castilla⁽⁵⁾ podía ser objeto de estudio, de modificación y de profunda transformación con arreglo a la nueva situación constitucional, la legislación catalana se tenía que mantener estáticamente, quieta, petrificada, sin poderse transformar lo mas mínimo y,

(5) "El llamado Derecho de Castilla" es la expresión que se utiliza en el artículo 1.976 que contiene la Disposición Final derogatoria de la primera edición del Código civil de 1888.

hasta cierto punto, manteniendo una defensa acérrima de sí misma para evitar ser objeto de absorción por otras legislaciones(6). Le faltaba a la legislación catalana ese proceso de transformación; en definitiva, esa codificación de sus propias normas en la medida en que ésta responde a la necesidad de plasmar en un texto legal y moderno los principios jurídicos que presidían su propia sociedad(7).

3. *El sentido constitucional del 149.1.8*

Si, para enmarcarlo en el prisma estrictamente catalán desde el que hacemos este análisis, se puede decir que existen dos tipos de legislaciones, la propia, estancada y petrificada y la ajena, el Código civil de Castilla(8), pensamos que el sentido del artículo 149.1.8 de nuestra Constitución es el reflejo y el reconocimiento explícito de esta situación, en la medida en que reconoce la existencia anterior a la misma de un derecho propio de la hoy Comunidad Autónoma que abarca prácticamente todo, excepto lo que ella misma excluye en la parte final de este apartado 8), a saber: "...las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales (y) normas para resolver los conflictos de leyes", y la necesidad de su posterior desarrollo por medio de un proceso que ya llevará a cabo la propia Comunidad bajo su entera y específica proyección o transformación, para lo que le reconoce un marco competencial total por medio del reconocimiento de la competencia exclusiva para su conservación, modificación y desarrollo.

No se trata tanto de entender si de la Constitución, en su artículo 149.1.8, se desprende un sentido autonomista o un sen-

(6) Buena parte del proceso codificador tiene este sentido absorbente.

(7) MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J., *Op. cit., loc. cit.*, pág. 1.085.

(8) La disposición final derogatoria de la primera edición del Código era lo suficientemente explícita para que no sea preciso insistir en ello.

tido foralista(9), sino comprender que la Constitución “ampara y respeta”, utilizando las expresiones de la propia Disposición Adicional primera, los derechos históricos de los territorios forales y que este respeto se manifiesta no solamente en sí mismos considerados, sino también en que esos derechos puedan alcanzar el grado de normalidad legislativa del que carecían.

Por ello, debemos pensar que en este contexto, no puede ceñirse a un sentido estricto y minimizado del derecho que viene representado por la Compilación(10). La Constitución, y específicamente el artículo 149.1.8, no piensa en ella cuando habla de conservación, modificación y desarrollo, sino que piensa en la conservación, o en el desarrollo, o en la modificación del derecho de la ahora llamada Comunidad Autónoma, para que alcance el grado de actualidad que necesita.

La Constitución es consciente de que el Derecho catalán no tuvo su proceso de codificación necesario y, por ello, piensa y combina los dos elementos necesarios: el racionalismo y el historicismo.

a) Racionalismo

Por lo que respecta a este primero, la Constitución no ignora que una de las características del derecho de raíz romano-germánica consiste en disponer de textos normativos y sistemáticos, cuyas normas se expresen en fórmulas abstractas. Tampoco ignora la Constitución que el Derecho catalán no se encuentra recogido en un código, sino, a tal caso, en una recopilación de

(9) Desde estas perspectivas, la bibliografía es muy abundante, para lo que señalamos, sin carácter exhaustivo: PUIG SALELLAS, J.M., “La recuperació de l'autonomia legislativa a l'àmbit del Dret privat”, en *R.J.C.*, 1978; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Los Derechos forales en la Constitución”, en *R.J.C.*, 1979; ELIZALDE Y AYMERICH, P. DE, “Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades Autónomas”, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, Tomo II. Madrid, 1979; ROCA TRIAS, E., “La competencia legislativa en materia de Dret privat”, en *Jornades sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya*. Barcelona, 1980; LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*. Madrid, 1980; BERCOVITZ Y RODRIGUEZ-CANO, R., “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho Civil”, en *Primer Congreso de Derecho Vasco: la actualización del Derecho civil*. Oñate, 1983; GARCIA AMIGO, M., “Las competencias legislativas según la Constitución”, en *R.D.P.*, 1983.

(10) LASARTE, C., *Autonomías y Derecho privado*, cit., pág. 108.

leyes preexistentes a ella, en donde difícilmente pueden hallarse representadas las nuevas corrientes de pensamiento reflejo, a su vez, de los cambios en los valores políticos y sociales.

b) Historicismo

La Constitución tampoco ignora que las normas del Derecho catalán no son un sistema racional, sino más bien fruto del desarrollo de ciertas tradiciones y costumbres que por su uso y por su práctica acabaron convirtiéndose en normas jurídicas escritas, y que de este modo vinieron manteniéndose sin posibilidad de desarrollo o transformación, por carecer la Comunidad de órganos legislativos, hasta la actualidad. La Constitución es consciente de este paralelismo y binomio Constitución-Codificación y por ello, a la vez que reconoce la existencia de ese derecho y la nueva autonomía política con potestad de legislar con criterios propios, reconoce una esfera competencial total, limitada por las excepciones que explícita y específicamente establece(11).

II. EL ORDENAMIENTO JURIDICO CATALAN

Y es, lógicamente, a partir de la Constitución que tiene que plasmarse o desarrollarse el Derecho propio de la Comunidad Autónoma de Catalunya en su conjunto, en la medida en que ha de constituir y ya constituye un Ordenamiento propio.

Ciertamente el sentido de Ordenamiento jurídico catalán o de Catalunya significa, además de su existencia, el reconocimiento de unos criterios de política jurídica propia que contemplados como Ordenamiento general significa entender que abarcan no solamente la legislación civil, sino también otras materias.

(11) La Compilación de 1960 nace en un contexto político muy concreto que es preciso no olvidar y la Constitución de 1978 pensamos que pretende superar dicho contexto y no solamente desde el prisma de la organización de las instituciones públicas, sino también desde el ángulo de las instituciones privadas, con un sentido amplio y global.

Es cierto, pues, que inapropiadamente hablaríamos de un Ordenamiento jurídico catalán o civil, dado que el Ordenamiento no es susceptible de ser calificado. Hablaremos de Ordenamiento jurídico catalán o de Catalunya como lo hace el artículo 1 de la Compilación, a partir de la redacción que le dio al mismo la Ley catalana de 28 de marzo de 1984 al entender que el reconocimiento de las pluralidades legislativas diversas marcaban la orientación para encaminarse hacia el Ordenamiento jurídico propio, como así se estableció en la ley mencionada.

Ley que justifica esta modificación del artículo 1 en su Exposición de Motivos que es de "importancia fundamental y de trascendencia extraordinaria (...) como piedra angular de la configuración normativa del Derecho privado Catalán", y que constituye "una obra legislativa muy notable" que, puede ser justificada, entre otras muchas razones, y visto ahora exteriormente, por la circunstancia de no haberse interpuesto recurso de inconstitucionalidad(12).

Pero el Ordenamiento también puede ser contemplado desde un doble prisma: como estructura organizativa y en su consideración de fuentes del derecho. Que éste es un sentido, no nos cabe la menor duda y que así lo entendió el legislador catalán que, decidido a llevar a cabo su obra creativa, se convirtió en el uso de su propia legitimidad legislativa en un vehículo de exposición de ideas.

1. El Ordenamiento jurídico como estructura organizativa

El Ordenamiento se presenta como un bloque de normas o conjunto normativo en su consideración como un todo, cuyas partes se encuentran en estructural y armónica coherencia, que permite entenderlo como un sistema global.

(12) BASSOLS I PARES, A., *Vers la Codificació del Dret Civil Català. La reforma prèvia de 1984*, Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Barcelona, 1992, págs. 54 y 55.

Es su visión organicista y es la visión de conjunto que puntualiza De Castro cuando habla de “conjunto total de mandatos” como el sentido que tiene en nuestra lengua, citando el Ordenamiento de Alcalá y el Ordenamiento Real(13)

Este conjunto o bloque de normas no está compuesto de normas cuyo origen sea el mismo, sino que en terminología de Díez-Picazo, en todo Ordenamiento jurídico hay “normas heredadas” y “normas implantadas”(14). Lógicamente las primeras son normas que tienen un cierto tiempo en el sentido de que son tradicionales y antiguas, o sea, normas que se remontan a tiempos anteriores; normas respecto de las cuales se puede decir en un sentido vulgar, que se ha perdido “el rastro del originario designio que guió la puesta en vigor” o “no se tiene una clara consciencia de él”. Evidentemente, hablamos de normas escritas.

Las segundas son normas más modernas, han nacido en el ámbito de nuestro recuerdo y son fruto de la actualidad más o menos reciente, y responden con mayor fuerza a unas pautas de comportamiento más actuales y más en el marco de una funcionalidad y de la realidad social.

De esta forma, observamos que en el ordenamiento jurídico se advierte un sentido histórico, un sentido racional y un sentido funcional y social. El primero vendría a manifestar que existe siempre una parcela de normas “heredadas” que además de representar el factor de tradición comportan igualmente la determinación de la experiencia ya existente.

El segundo significaría la presencia de normas más directas que responde, en cuanto más modernas, a una mayor racionalidad en su confección y a una mayor proximidad a las personas en su contenido y, un tercer significado, que representa el comportamiento más inmediato y directo de la sociedad que algunas veces ha llegado a ser entendido, absorbido y plasmado en propias normas y que, en otros casos, ese propio comporta-

(13) CASTRO Y BRAVO, F. de, *Derecho Civil de España*. Tomo I. Introducción al Derecho civil, 2.ª ed, Madrid, 1949, pág. 57 y nota 3.

(14) DIEZ-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*, Madrid, 1973, pág. 146.

miento va por delante de la norma en la medida en que la norma no lo asume ni lo recoge.

Básicamente, contemplar este segundo y tercer aspecto general, puede englobarse en uno solo, significa observar también, que el Ordenamiento debe entenderse de otro modo, o sea, no ser entendido como un bloque de normas en conjunto, sino también como aquellos órganos de realización y de ejecución, y el mecanismo de cómo las normas han de incorporarse a la sociedad. Nos referimos a su papel de producción normativa y, consiguientemente, desde su perspectiva como fuente del Derecho.

2. El ordenamiento como un sistema de fuentes

Así pues, el Ordenamiento jurídico, cuyo término aparece utilizado no sólo en el ya citado artículo 1 de la Compilación que preside el Título Preliminar de la Compilación, sino también en la Disposición Final Cuarta, presupone la existencia de un Ordenamiento jurídico que carece, precisamente, de este sentido racional y de ese sentido funcional y social que se ha puesto de relieve.

Constaba y consta de un marcado sentido histórico con un gran contenido heredado que constituyen las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la tradición de la doctrina jurídica catalana, y falta su racionalidad y la proyección funcional-social, para lo cual necesariamente, a partir de su reconocida capacidad legislativa, tiene que llevar a término por medio del ejercicio de la actividad competencial.

Es cierto, por consiguiente, que el Derecho catalán constituye un Ordenamiento jurídico propio que se caracteriza por dos aspectos principales, a saber:

a) Por su creatividad

El Derecho catalán se encuentra delimitado por las diferentes materias respecto de las cuales la Generalitat de Catalunya

tiene competencia y pueden ser reguladas con mayor o menor amplitud.

b) Por su insuficiencia

Esto significa que se le exige que todas sus competencias sean transformadas en Derecho ya que en defecto del suyo propio, en consonancia con su sistema de fuentes, sea de aplicación supletoria el Derecho del Estado(15).

Esta insuficiencia que, por un lado, es exigibilidad, por otro no sería sinónimo de ejercicio absoluto e inmediato y precisamente por ello, en el artículo 1 de la Compilación tantas veces citado, se especifica la presencia de los principios generales del Ordenamiento, principios que son “una categoría (...) de la cultura de la codificación”(16), a los que debe recurrirse a fin de “interpretar e integrar”(17) la Compilación y las otras normas existentes.

De este modo, a la vez que se contempla como fuente la ley, la costumbre y los principios, se está hablando de la tradición jurídica catalana y de los principios generales del Ordenamiento. Se está, pues, mencionando y significando el sentido constitucional del artículo 149.1.8 como es la tradición jurídica catalana como expresiva del sentido histórico del que se proviene, constatando la Constitución su existencia y que no se rechaza y forma parte del sentido continuador como una permanencia viva del Derecho histórico, y se está hablando de los principios generales del Ordenamiento que son una expresión de la racionalidad de la norma, que son reflejo de una técnica de sistematización moderna que no se rechaza, todo lo contrario, que se hace propia, en la medida en que no ha existido y que, por consiguiente, se quiere utilizar, a la vez que se significa su

(15) BADOSA COLL, F., “L'àmbit del Dret Civil Català”, en *Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa*, Barcelona, 1982, pág. 26.

(16) SALVADOR CODERCH, P., *La Compilación y su historia. Estudio sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, 1985, pág. 294.

(17) SALVADOR CODERCH, P., *Op. cit.*, pág. 295.

carácter de mecanismo de autointegración y se proclama su consideración absoluta de fuente de derecho(18)

III. SU RECIENTE PROYECCION LEGISLATIVA

No cabe duda de que con la reciente argumentación que hemos dejado expuesta resulta innecesario justificar que la Compilación no es más que una ley dentro de la pluralidad de leyes del Ordenamiento catalán. A la vez, que el artículo del Título Preliminar de la misma, tenga mayor fuerza de la que pueda tener cualquier otro precepto no representa ninguna novedad. Representa la utilización de una técnica ya utilizada por el Código civil español y, por consiguiente, el tomar partido en favor de una cultura, el espíritu y la racionalidad codificadora.

Es cierto que se tiende a la codificación del Derecho civil catalán, y si se alcanza por medio de un Código único o por medio de una pluralidad de éstos es una cuestión de política legislativa. Según se observa, la obra legislativa que se está llevando a cabo se realiza, de momento y por medio de leyes especiales principalmente, con la finalidad de alcanzar la elaboración de varios códigos, así, el de Sucesiones por causa de muerte, el de Familia y el de Derecho patrimonial, con el objetivo final de alcanzar un único "Código Civil de Catalunya" del que los mencionados anteriormente vendrían a constituir los libros principales, junto con un nuevo título preliminar. Veamos ligeramente sus líneas.

1. *Código de Sucesiones por causa de muerte*(19)

Parte del principio de considerar toda la normativa que contiene del Derecho sucesorio catalán como autónoma, completa y global. Estructurado de forma sistemática, recoge todas las

(18) En este sentido, es muy clara la rotundidad de las palabras de Salvador Coderch: "Era preciso dejar bien claro la sistematicidad del ordenamiento jurídico catalán", *op. cit.*, pág. 246.

(19) Ley 40/1991, de 30 de diciembre. Recogemos aspectos explicados en su propio Preámbulo.

instituciones sucesorias vigentes en Catalunya en un solo texto, evita cualquier idea de dispersión legislativa y, en virtud de la aplicación del artículo 1 de la Compilación, considera inaplicable de forma directa o supletoria la normativa contemplada en el Código civil.

En este sentido, a tenor del contenido explicitado en su propia Exposición de Motivos, se propone el Código, por un lado, desarrollar todo el Derecho sucesorio catalán considerado como una parte importante del Ordenamiento jurídico y, de otra, la adaptación a la realidad actual con su pertinente modificación, si es preciso, del Derecho sucesorio catalán.

El Código, que consta de 396 artículos, cuatro disposiciones finales y diez disposiciones transitorias, sustituye la legalidad anterior, es respetuoso con los principios clásicos y con la tradición jurídica reciente, recoge el Proyecto de Compilación de 1955, la Compilación reformada por la Ley de 20 de marzo de 1984 y las leyes de sucesión intestada, de reservas legales y de la legítima.

De forma específica se recoge el principio de necesidad de heredero en la sucesión, el principio de la universalidad del título de heredero, el principio de incompatibilidad de los títulos sucesorios y el principio de prevalencia del título voluntario como manifestación clara del respeto a la libertad de disponer y, finalmente, el principio de la perdurabilidad del título sucesorio.

En materia de sucesión intestada, se parte del principio de mejorar la posición del cónyuge viudo cuando concurre con descendientes, ya que ahora el superviviente tendrá el usufructo de la herencia aunque el cónyuge difunto le hubiera otorgado alguna disposición, es llamado con preferencia a los ascendientes y antes que ellos, cuando la herencia no pueda atribuirse a los descendientes del cónyuge viudo por inexistencia de hijos ni descendientes de éstos, y se mejoran algunos aspectos en materia de derecho de representación.

2. Código de Familia

Se han publicado una serie de leyes distintas para comprender diversas materias sin que aún pueda hablarse de Código de

Familia, aunque sea ésta su finalidad, por lo que aún no puede hablarse de Código como tal, en la medida en que una misma ley no concentra la totalidad de la materia. Destacar que las materias que han sido objeto de regulación específica son:

a) Filiación(20)

Se pretende superar la mínima regulación contenida en esta materia en la Compilación que contrastaba con la rica y variada regulación que hacía el Derecho catalán histórico. Para ello se parte del principio general de la libre investigación de la paternidad y de la maternidad, la cual puede llevarse a cabo por medio de toda clase de pruebas. Pretende la máxima veracidad o la adecuación de la paternidad o de la maternidad, de la precisión jurídico formal a la biológica.

También en materia de filiación se parte del principio de no discriminación entre un hijo nacido dentro del matrimonio y fuera de él, así como la atención y el interés del hijo por encima de cualquier otra consideración.

Por su adecuación al actual momento social, científico y jurídico se regula junto con la filiación por naturaleza, la filiación que deriva de las técnicas modernas de procreación asistida, partiendo de la base de que la filiación es una categoría jurídica de carácter sustantivo y que lógicamente debe tratarse en una ley de carácter civil y que, de ningún modo, debe estar contenida en una ley de carácter administrativo-sanitario.

Además, partiendo de la base de que no debe existir discriminación por razón de nacimiento, considera que todo menor debe tener padre y madre, para lo cual considera necesario establecer los mecanismos legales de su determinación en estos casos en que una persona haya sido engendrada por medio de técnicas de reproducción asistida.

(20) Ley 7/1991, de 27 de abril. Explicación obtenida de su propia Exposición de Motivos.

*b) Medidas de protección de los menores desamparados
y de la adopción(21)*

Esta nueva ley responde a la necesidad de proporcionar una protección al menor que se encuentra desamparado, considerando como tal a aquel que le faltan los elementos básicos para el desarrollo integral de su personalidad.

Para obtener esta finalidad, la ley parte de la consideración que la normativa ha de estar orientada hacia el entendimiento de que el menor ha de gozar de todos los derechos individuales y colectivos reconocidos por la Constitución, por el Ordenamiento jurídico y por los Tratados Internacionales. Igualmente, que el menor tiene derecho a crecer en el seno de una familia que cubra sus necesidades materiales, sea objeto de protección y se haga responsable de él, siempre en el marco de un ambiente afectivo que le permita el desarrollo y la potenciación de su personalidad.

La ley parte de la base de que el interés del menor es prioritario cuando se trate de aplicar medidas que le afecten y que tanto los padres como los tutores o los poderes públicos son los responsables de la aplicación directa y efectiva de tales ideas.

También se preocupa la ley de regular la adopción, partiendo de la premisa de que la constitución sea siempre llevada a cabo con la intervención judicial y realizada sobre la consideración de que el interés y beneficio del menor es siempre prioritario y, lógicamente, de la equiparación absoluta entre la filiación adoptiva y la filiación por naturaleza, teniendo en cuenta que en la adopción ha de existir un previo período de prueba que se denomina y configura como acogimiento preadoptivo.

Esta equiparación entre la filiación adoptiva y la filiación natural determina el reconocimiento de la existencia de un vínculo de parentesco. De este modo, en la filiación adoptiva se determina la ruptura del vínculo con la familia por naturaleza, se piensa en la regulación de los apellidos y que, de acuerdo con

(21) Ley 37/1991, de 30 de diciembre. Manifestaciones extraídas de su propia Exposición de Motivos.

el principio de verdad biológica propio e histórico del Derecho civil catalán, se faculte al adoptado, cuando alcance la mayoría de edad, para que indague quiénes eran sus padres por naturaleza, pero solamente a los efectos de este simple conocimiento.

c) De la tutela y de las instituciones tutelares(22)

El modelo de tutela familiar era el tradicionalmente vigente en la sociedad catalana, como manifestación básica del principio de libertad civil que comportaba el dar preferencia a la voluntad de los padres en la designación del tutor. Esta ley parte de dicho principio y se propone regular de manera autónoma, completa e íntegra la figura de la tutela y de las instituciones tutelares considerándose, a su vez, como complemento de la normativa ya existente en materia de protección y guarda en el Ordenamiento jurídico catalán.

Ello comporta que la ley esté presidida por el principio rector de la protección integral de la persona que haya de estar sometida a una institución tutelar, lo que representa prestar atención a la propia persona y a su patrimonio, para lo cual considera como cargos tutelares el tutor, el protutor, el administrador patrimonial, el curador y el defensor judicial, sin perjuicio de los cargos que de carácter voluntario hayan sido establecidos por los padres o por un tercero.

Se parte del principio del reconocimiento de la tutela de carácter familiar, como una manifestación más de la tradición jurídica catalana, sin perjuicio de la existencia de la tutela judicial, la cual siempre actúa con carácter subsidiario a falta de la previsión anterior. Esta libertad de la autoridad paterna no excluye la intervención judicial, ya que es ésta quien nombra al tutor, le da posesión del cargo, lo remueve y califica su capacidad y, finalmente, es el juez quien controla el ejercicio correcto del cargo.

(22) Ley 39/1991, de 30 de diciembre. Explicaciones extraídas de su Exposición de Motivos.

Es importante destacar que se establece de manera obligatoria la necesidad de nombrar un protutor siempre que el patrimonio de la persona sometida a tutela sea importante y no haya sido prohibido por los padres. El protutor se encarga de fiscalizar previamente los actos del tutor, vigilando su actividad, autorizando los actos, interviniendo en el inventario y en la rendición de las cuentas y poniendo en conocimiento del juez cualquier irregularidad que observe en el ejercicio del cargo.

La ley establece la figura del administrador patrimonial y la posibilidad de que también sea tutor el cónyuge del tutor o la pareja de hecho. Se nombra un administrador patrimonial cuando el patrimonio del tutelado sea de tanta envergadura que sea necesario separar el contenido personal del patrimonial. Este administrador patrimonial ejerce la tutela conjuntamente con el tutor y siempre con la supervisión del protutor, pero se reserva de forma específica el título de tutor para la persona que tenga a su cargo la persona del tutelado.

Se regula también la curatela de forma completa y se configura con unas características propias, distinguiéndose diferentes clases en razón de su propia naturaleza. Así, el *curator bonorum* de los bienes relictos que se regula en el Código de Sucesiones; el curador del menor, la característica del cual es la transitoriedad; el curador del pródigo, y el de los incapacitados que, en función de lo que determine la sentencia de incapacitación, asumirá funciones específicas en el ámbito personal. También se regula el defensor judicial, caracterizado por su provisionalidad y por la exclusión de la autorización judicial para la realización de aquellos actos cuyo nombramiento se haya efectuado específicamente para su realización.

Finalmente, se regula ampliamente la guarda de hecho, definiéndose la persona del guardador. Puede decirse que éste será la persona física o jurídica que ha acogido de manera transitoria a un menor que se encontraba en situación de desamparo, teniendo la obligación de custodiarlo y asumiendo siempre su actividad en beneficio del menor o del presunto incapaz, habiendo de poner en conocimiento del juez o del Ministerio Fiscal la situación producida, pudiendo establecer el primero

aquellos mecanismos de control y vigilancia, tanto referentes a la persona como a los bienes, que considere oportunos.

d) Otras posibles manifestaciones legislativas

En este contexto de creación del futuro Código de Familia, es preciso mencionar el Proyecto de ley de modificación de las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, cuya publicación ya se ha producido en el Boletín del Parlamento de Catalunya(23). El Proyecto parte del principio de permanencia del régimen de separación de bienes que se considera como régimen legal. De este modo, a la vez que se sistematiza éste, se sistematizan otras materias, principalmente las que hacen referencia a otros regímenes matrimoniales de carácter consuetudinario ya existentes en la Compilación. También se regula, por primera vez, el régimen de participación en las ganancias con carácter voluntario.

3. Código Patrimonial

Con referencia a esta materia se han publicado algunas leyes que regulan por sí solas algunas instituciones, derogando los artículos que sobre ellas contenía la compilación y, en algún otro supuesto menor, se ha procedido a la modificación de la regulación contenida en la propia Compilación. Veamos.

a) Censos(24)

En materia de censos, dada la pluralidad de legislación existente, ha parecido conveniente refundir en un solo texto legal todo el conjunto de disposiciones para adaptar la legislación a los principios constitucionales y para atribuir y determinar de una forma clara su configuración jurídica, con la finalidad de

(23) Boletín Oficial del Parlament de Catalunya, número 53, de fecha 16 de noviembre de 1992.

(24) Ley 6/1990, de 16 de marzo.

liberar de las cargas a las fincas que actualmente aún están gravadas con censos y que de esta forma figuran inscritas en los libros del Registro de la Propiedad.

La ley considera al censo como una institución de carácter real, en virtud de la cual el censatario se convierte en titular de un derecho de propiedad sobre una finca que está sujeta al pago de una pensión periódica. El censo es perpetuo o temporal y se denomina, respectivamente, enfitéutico o vitalicio. Este primero, a su vez, puede tener dos modalidades de constitución, a saber: aquélla que sólo otorga al censalista el derecho a cobrar una pensión y aquélla otra que, en virtud de la existencia de un pacto expreso, otorga al censalista, además de la pensión, el derecho a cobrar el *lluïme* y el derecho de *fadiga*.

b) De la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad(25)

Se pretende superar la normativa existente por considerarse propia de una sociedad agrícola y rural. La ley parte de dos objetos específicos: las servidumbres y las relaciones de vecindad. Para ello se parte de un marco general hasta ahora inexistente en cualquier Ordenamiento jurídico civil del Estado: la acción negatoria.

Por medio de esta acción negatoria se permite al propietario conseguir que cesen todas aquellas perturbaciones ilegítimas que afecten a su derecho y que no se enmarquen en el contenido de la acción reivindicatoria, a la vez que se introducen algunas normas en materia de inmisiones que tiene por finalidad un régimen de tutela particular.

En materia de servidumbres, la ley propone establecer una regulación más acorde con una sociedad urbana, como la actual y, para ello, redefine los tipos existentes y condiciona su existencia a la prestación de una ventaja para la finca dominante, también exige la mínima incomodidad o lesión para la finca sirvien-

(25) Ley 13/1990, de 9 de julio.

te. Hay que decir que se admite la servidumbre de propietario y se coordina la regulación de sus consecuencias tanto civiles como hipotecarias y, por lo que se refiere a la servidumbre de paso se regula su propia función, que consiste en dejar pasar al vecino que no tiene salida a la vía pública y su relación con las servidumbres de dejar establecer conducciones de cualquier clase.

Finalmente, se establece el régimen de medianería, con carácter normalmente dispositivo y buscando coordinar la normativa civil con la normativa urbanística y se contemplan las relaciones de vecindad, partiendo de la consideración general de que la regla mejor es aquella que establezcan los vecinos por medio de pacto.

c) Garantías posesorias sobre cosa mueble(26)

Esta ley pretende responder a las necesidades sociales de adaptar al tráfico jurídico actual las figuras del derecho de retención y la prenda.

Por lo que se refiere a la primera, el derecho de retención de cosa mueble, se configura como un derecho real de garantía, de manera que el que retiene se puede negar, ya sea frente al deudor o frente a un tercero, a la restitución de la cosa retenida hasta que no se le hayan pagado totalmente las deudas que generó la retención. La eficacia del derecho de retención en su consideración de garantía se refuerza con la posibilidad de ejecución forzosa notarial por medio de un procedimiento que pretende superar las dificultades y la lentitud de la reclamación judicial.

También se establece, con la finalidad de no alargar una situación que puede comportar un perjuicio para el deudor, la posibilidad de sustituir la garantía del acreedor pero manteniendo la integridad de ésta. De este modo, se establece la posibilidad de que el deudor pueda imponer a la persona que retiene, la sustitución de la cosa retenida por otra garantía real o por

(26) Ley 22/1991, de 29 de noviembre.

la fianza extendida por una entidad de crédito, siempre y cuando una u otra sean suficientes.

La prenda constituye la segunda institución que se regula en esta ley. Así, se regula la prenda en la cual el objeto donado en garantía responde hasta una cantidad máxima fijada en el momento de su constitución, de una o más obligaciones contraídas entre el mismo deudor y el mismo acreedor, ya sea de forma simultánea o sucesiva, e incluso cuando se desconozca el importe, y siempre durante un período de tiempo convenido.

También se regula la prenda de cosas fungibles. Esta figura tiene como fundamento el paso del concepto de “prenda objeto” al de “prenda de valor”, significando la posibilidad de sustituir la totalidad o una parte de las cosas dadas en prenda por otras de la misma especie y calidad, siempre que se haya pactado expresamente. Se destaca la trascendencia de esta nueva regulación en el supuesto de prenda de conjunto o paquete de valores, como puede ser acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, operación que se considera frecuente en el tráfico jurídico actual.

d) Venta a carta de gracia(27)

Esta ley viene a modificar algunos artículos de la propia Compilación pretendiendo una renovación de su regulación con la finalidad de que la institución sea transformada en una figura que resulte más operativa para el tráfico actual.

Esta reforma parte de la consideración de que la carta de gracia no es una institución perjudicial en sí misma considerada, en la medida en que no incluye entre sus efectos, un derecho real de garantía de un préstamo usurario. Se pretende, con la renovación de esta figura, destacar y poner de relieve la propia eficacia de la misma, o sea, la transmisión inicial de la propiedad de la cosa de manera indefinida pero no definitiva. Se pien-

(27) Ley 29/1991, de 13 de diciembre. Extraído de su propio Preámbulo.

sa que, principalmente, puede ser utilizada como instrumento de promoción de viviendas de carácter social.

Igualmente se insiste en que la nueva redacción del articulado de la Compilación se centra en configurar de manera inequívoca que el derecho a redimir es un derecho real, en consonancia con la tradición jurídica catalana, lo que permite que pueda ser objeto de hipoteca de acuerdo con las reglas generales de la hipotecabilidad de los derechos reales. Igualmente, que el derecho de redimir es susceptible de transmisión y de gravamen, de la misma manera que también lo es la propiedad gravada.

IV. EL ORDENAMIENTO JURIDICO CATALAN: SU POSIBLE COMPOSICION EN SISTEMAS

Ciertamente, una organización jurídica se moldea en función de criterios de política jurídica. El ordenamiento jurídico catalán tiende hacia una organización compuesta de tres códigos a los que se anteponga un Título Preliminar donde se regulen principalmente las fuentes del Derecho, para terminar en un único Código civil de Catalunya. Pero se nos sugiere pensar que ese final Código único, o esa tendencia actual hacia la pluralidad de Códigos no es más que un inicio válido, pero temeroso, que a nuestro juicio bien podría formularse de una manera más plural y más ambiciosa.

Se trata de observar que si bien el Ordenamiento jurídico es un conjunto de normas que rigen en una comunidad en un momento histórico determinado(28), en él se advierte una pluralidad de normas diversas que pueden agruparse por razón de su especialidad. Y a estas agrupaciones o parcelas que contemplamos las podemos llamar *Sistemas*.

El Sistema es una agrupación de normas por razón de su especialidad que tiene carácter de organización estable. No es que las normas se agrupen por razones históricas o por orden

(28) DIEZ-PICAZO, L. y GULLON, A., *Sistema de Derecho Civil*, I. Introducción, Reimpresión de la 7.^a ed, Madrid, 1990, pág. 32.

de publicación. El sistema es una pluralidad organizada que forma un todo unitario y permanente. Pensamos en el Derecho de Familia, en el Derecho de Sucesiones, en el Derecho de la Persona.

Si nos fijamos en una de estas partes del Derecho civil que le llamamos sistema, como puede ser el Derecho de Familia, observaremos que si bien no aparece contemplado con la categoría sistemática de los Códigos modernos, sin embargo encontramos unos conflictos propios, unos medios propios, unas instituciones propias y unas relaciones propias, que nos permiten presuponer y concebir una estructura estable, que comporta la existencia de una organización, de la producción y existencia de unos conflictos, de unos medios y de unos principios propios que permiten alcanzar unas soluciones.

El Derecho de Familia es un sistema que puede organizarse como técnica por medio de un código, en la medida en que tiene unos principios propios (interés de la familia, beneficio del hijo, patria potestad dual) y que puede llegar a alcanzar un todo unitario y homogéneo.

Por ello el Derecho civil catalán debe organizarse en Sistemas, cuyo contenido se plasme en unos códigos o en uno solo, en la medida en que éstos siguen siendo el mecanismo técnico más seguro y perfecto y que mejor recoge los principios. Sistemas recogidos en Códigos en mayor número de los que por ahora se han realizado y se pretenden realizar.

Pensamos que podría existir:

1. Código de Persona

En él debería comprenderse la consideración del nacimiento de la persona física y la contemplación de la protección al concebido; la regulación del acogimiento ya contenida en la Ley de protección al menor y la regulación de las circunstancias de la emancipación; la consideración del incapacitado y su protección, así como la regulación de las instituciones de guarda en general.

También sería preciso contener una regulación general y específica respecto de las personas jurídicas, diferenciando aquélla que no tiene una finalidad de lucro de aquéllas que persiguen esa finalidad, aunque su organización tiene un mayor carácter personalista como son las cooperativas.

En las personas jurídicas sin ánimo de lucro se englobaría a las asociaciones, que pueden ser objeto de elaboración excluyendo aquellos aspectos que corresponden ser objeto de ley orgánica y, principalmente, las fundaciones, que comprendería la regulación existente en la actualidad.

2. *Código de Derechos Reales*

Este Código podría comprender un planteamiento general sobre la pluralidad de las cosas: qué es cosa mueble (concepto que se extrae de la Ley de de garantías posesorias de cosa mueble) y cosa o bien inmueble, categoría y pluralidad de éstos, que son las universalidades (cuyo concepto de colección se puede extraer de la Ley de Museos), qué cosas merecen la calificación de interés público a aquellas que no pueden ser objeto de comercio, etc.

Además, también comprendería la regulación del derecho de propiedad y algunas de sus limitaciones (extraídas del Texto Refundido sobre regulación urbanística); algunos derechos reales en particular como la donación, los censos, las servidumbres, el tanteo y el retracto (algunos de cuyos conceptos pueden extraerse del Código de Sucesiones, como en el caso de la comunidad), la prescripción adquisitiva o usucapión, contemplada en la Compilación, la regulación existente en materia de acción negatoria y servidumbres, posesión y sus garantías, etc.

También podría incluirse la pluralidad de regímenes de organización de la propiedad, como es el caso de la multipropiedad o una regulación sobre urbanizaciones privadas. Igualmente, las limitaciones y las estructuras organizativas en materia agraria, como puede ser la legislación sobre unidades mínimas de cultivo o las normas sobre desarrollo agrario.

En este último caso, incluso podría pensarse en un Código agrario y rural, que abarcaría estas últimas normas, la regulación sobre contratos agrarios (actual Ley de contratos de integración) y las normas que se creasen sobre arrendamientos agrarios y aparcería, juntamente con otras normas de producción agraria, calidad de productos agrarios, protección del medio rural, etc.

3. *Código de las Obligaciones*

En la medida en que no se hiciera un Código agrario, este Código englobaría los contratos sobre arrendamientos de fincas rústicas, aparcería y contratos de integración.

Podría también contener unas reglas o principios sobre la manera de contratar (extraíbles de la actual Ley sobre la vivienda), unas normas sobre la compraventa de inmuebles, incluso sobre cosa futura (extraíbles también de la Ley anteriormente mencionada), la regulación del contrato de obra y toda una materia referente a los derechos del consumidor, sus principios, proyección, ámbito, etc.

Finalmente, las materias contempladas en la Compilación, como puede ser la venta a carta de gracia y la rescisión por lesión, etc.

4. *Código de Familia*

Por lo que se ha expuesto anteriormente, la contemplación del Derecho de Familia como un propio Sistema ya está prácticamente concebido. A la regulación existente, y sin perjuicio de una posterior unificación y mejor sistematización, cabría añadir la aprobación del actual Proyecto de Ley referente a los regímenes matrimoniales y una regulación completa en materia de patria potestad.

5. *Código de Sucesiones*

Sistema ya organizado y que, por tanto, se puede observar ya completo. No hay duda de que reúne todas las características que hemos predicado anteriormente de un Sistema.

Por último, hay que hablar del Sistema de fuentes. Estas normas, junto con otras en materia de vecindad, pueden estar contenidas en un Título Preliminar presidiendo el Código, en la medida en que todos los Sistemas mencionados se contuvieran de forma unitaria en un solo texto o Código; ciertamente, cada Sistema podría ser un libro y el conjunto de todos ellos junto con el Título Preliminar nos daría su composición. En el supuesto de que cada Sistema se manifestara en un propio Código, podría perfectamente estar presente en el primero de ellos, o sea, en el Código de la Persona, el cual, al componerse del Sistema de fuentes y de la materia referente a la persona, bien podría denominarse "De las fuentes del Derecho y de la Persona".