

Esquema sobre una posible revisión parcial del Código civil*

ENRIQUE RUIZ VADILLO

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Civil de la Universidad. Juez Excte.
Fiscal Supernumerario y Letrado del Ministerio de Justicia.

SUMARIO: I.—Justificación del Trabajo: 1. La situación actual en España. 2. La integración en Organismos internacionales. 3. El Derecho comparado. 4. La evolución social. 5. La Constitución. 6. Consideraciones generales: A. La crisis del Derecho en general y del Derecho civil en particular. B. El reto de nuestro tiempo.—II. La reforma del Código Civil: 1. El Código civil. 2. Significación y funciones. 3. Crítica general del mismo. 4. Su posible reforma: A. En cuanto a su sistemática. B. En cuanto a la materia que debe abarcar. C. En cuanto a su contenido. 5. Estado actual del problema.—III. Esquema de la reforma: 1. El título preliminar: A. Especial consideración del mismo. B. Reformas convenientes: a) Los principios generales. b) Vecindad civil. c) Otras observaciones. 2. Parte general: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: a) Los derechos de la personalidad. b) La emancipación. c) Las circunstancias modificativas de la capacidad. d) La persona jurídica. e) Los extranjeros. f) La prescripción. g) Otras observaciones. 3. Obligaciones y contratos: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: a) Teoría general de la culpabilidad. La indemnización. b) La solidaridad. c) Unidad civil y mercantil. d) Incorporación de nuevos contratos. e) Regulación expresa de los atípicos. f) La compraventa de viviendas. g) Arrendamiento de servicios. h) Arrendamiento de obra. i) El arrendamiento urbano y rústico. j) La responsabilidad extracontractual. k) Prelación de créditos. l) Otras modificaciones. 4. Derechos reales: A. Ideas generales. B. Po-

* El Proyecto de Constitución, que tantas veces se cita, hace referencia al texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, dada la fecha en que este trabajo ha sido concluido. Publicado después el texto aprobado por el Pleno del Senado (y pendiente *todavía* el que haya de serlo por la Comisión Mixta, encontramos, entre otras, como importante innovación, desde nuestro punto de vista, el nuevo ap. 2.º del art. 10 que dice: Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. No obstante, y para facilitar su lectura se han incorporado las modificaciones con una muy breve referencia.

sibles reformas: *a)* Clasificación de los bienes. *b)* La propiedad. *c)* La comunidad de bienes. *d)* Propiedades especiales. *e)* Usufructo. *f)* Prescripción. *g)* Otras reformas. 5. Familia: A. Ideas generales. B. Posibles modificaciones: *a)* Matrimonio. *b)* Régimen económico matrimonial. *c)* La filiación. *d)* La patria potestad. *e)* Otros cambios. 6. Sucesiones: A. Ideas generales. B. Posibles reformas: *a)* Testamento. *b)* Legítimas. *c)* Sucesión intestada. *d)* Otras modificaciones.—IV. Conclusiones: 1. Resumen del Trabajo. 2. Consideraciones finales.

ABREVIATURAS

A	= Aranzadi.
ADC	= Anuario de Derecho Civil.
BIMJ	= Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BO de las C	= Boletín Oficial de las Cortes.
DJ	= Documentación jurídica.
IER	= Instituto Editorial Reus.
IJ	= Información Jurídica.
INESJ	= Instituto Nacional de Estudios Jurídicos.
P	= Pretor.
RCDI	= Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDJ	= Revista de Derecho Judicial.
RDM	= Revista de Derecho Mercantil.
RDN	= Revista de Derecho Notarial.
RDP	= Revista de Derecho Privado.
REC	= Recensión.
RGD	= Revista General de Derecho.
RGD y J	= Revista General de Legislación y Jurisprudencia.

I. JUSTIFICACION DEL TRABAJO

Casi todos mis trabajos van precedidos de un intento de justificar su razón de ser para explicar, a quien tenga la amabilidad y paciencia de leerlos, por qué y para qué se redactaron, aunque siempre se dé un denominador común en el deseo de colaborar a una realización efectiva del Derecho, cada vez más adecuada a las circunstancias de espacio y de tiempo y, por ello mismo, más íntimamente unida al ideal de justicia que los Ordenamientos jurídicos deben pretender implantar. Expliquemos, pues, la finalidad de estas cuartillas.

1. *La situación actual en España.*

Los momentos ciertamente históricos por los que atravesamos, en búsqueda de nuevas fórmulas de convivencia, el esforzado peregrinaje para alcanzar un ideal realizable de vida que compati-

lice libertad y respeto a los demás, justicia y orden; la andadura hacia la conquista de una coexistencia equilibrada y armónica que sólo la paz en la justicia otorga, son razones más que suficientes para que, entre todos, reflexionemos sobre cuál haya de ser el futuro inmediato de nuestro Ordenamiento jurídico. Las circunstancias son excepcionalmente buenas para que el camino hacia cotas más altas de justicia y de entendimiento común sea más fácil y corto que en otras coyunturas aún más complejas y complicadas, sin que ello suponga desconocer las dificultades del empeño. Sólo el afán sincero de conformar en la Justicia la realidad circundante, ha dicho el Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla (1), justifica la labor de los hombres de Derecho y les convierte en verdaderos servidores de la Justicia.

El preámbulo del Anteproyecto del texto constitucional recoge en su apartado primero las ideas o principios básicos que habrán de presidir nuestra convivencia (2) y es de suponer que tan pronto el Anteproyecto deje de serlo (3), con las reformas que se introduzcan a partir de este momento, para transformarse en el Derecho fundamental de nuestra organización (4), habrán de producirse modificaciones sustanciales en el Ordenamiento jurídico como consecuencia de los principios y mandatos en ella contenidos, unas veces llenando los vacíos legislativos que la propia Constitución señala (5), llevando, por ejemplo, al Código penal mediante la co-

(1) LAVILLA ALSINA, LANDELINO: *La Justicia en el Estado de Derecho*. Discurso pronunciado en la apertura de Tribunales, celebrada el 15 de septiembre de 1976, pág. 9.

La incidencia de la Economía en la vida, y por tanto en el Derecho, es innegable. El Derecho civil no puede olvidarlo, siempre que no pierda de vista el auténtico papel de una y otra en la organización social.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª Ed. Reimpresión 1978-79. Prólogo del Profesor Hernández Gil; SANTOS BRIZ, J.: *Derecho económico y Derecho civil*. 1963. Prólogo del Profesor Beltrán de Heredia.

(2) La Nación Española, dice, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, proclama, en uso de su soberanía, la voluntad de:

— Garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes, conforme a un orden económico y social justo.

— Consolidar un Estado de Derecho que asegure la independencia y relaciones entre los poderes del Estado.

— Proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, de sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones.

— Establecer una sociedad democrática avanzada, y

— Colaborar en el establecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz colaboración con todos los pueblos de la Tierra.

Versión distinta en el Senado.

(3) Por supuesto que condicionado todo a que el pueblo acepte en el referéndum el texto que definitivamente se le ofrezca.

V. SANTAMARÍA JULIÁN: *La Constitución en el Senado*. «El País», 1 de agosto 1978, pág. 7.

(4) SÁNCHEZ AGESTA, LUIS: *Lecciones de Derecho Político*. 3.ª Ed. 1947, páginas 329 y ss.

HERRERO R. DE MIÑÓN, MIGUEL: *La revisión de las leyes fundamentales*. Revista General de Legislación y Jurisprudencia LXX (238), pág. 249.

(5) Son muchos los casos en los que el Proyecto de Constitución remite

rrespondiente tipificación, los ataques o atentados más graves contra el paisaje protegido o el medio ambiente (6) y en otras ocasiones derogando total o parcialmente las normas o conjuntos de normas que se opongan a lo en ella establecido, como pueden serlo, por ejemplo, aquellos preceptos del Código civil que consagran una discriminación grave de los hijos mal llamados hoy ilegítimos y aun incluso de los naturales reconocidos, frente a los legítimos o matrimoniales (7).

También las ideas de justicia social que informan el texto constitucional habrán de obtener la correspondiente respuesta en nuestras leyes. La justicia social significa, como dice Preciado Martínez (8) el principio de armonía en la vida de relación. Coordina las acciones de los hombres entre sí como partes del todo que es la sociedad civil, a la vez que ordena tales acciones al bien común e integra de este modo el orden social humano.

2. *La integración en organismos internacionales.*

España ni puede ni debe mantenerse aislada del resto del mundo. La cooperación jurídica internacional (9) constituye un imperativo categórico para todos los pueblos y más acentuado, si cabe, para nosotros los españoles por nuestra secular y arraigada vocación universalista, de proyectarnos hacia los demás y de ellos recibir también sus ideas, sus culturas y sus inquietudes para fundirlas en un ansia común de unidad humana en la variedad de sus múltiples y casi infinitas posibilidades y vertientes. A la proximidad geográfica, cultural e histórica de Europa, se une siempre la comunidad de sentimientos de lengua y de historia común con América (10), sin olvidar al resto de los pueblos y de las Naciones con

a leyes orgánicas o a nuevas normas que habrán de surgir después de su promulgación.

(6) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto de texto constitucional en los Derechos penal y procesal penal*. BIMJ de 5 de marzo de 1978, Separata del número 1.124.

(7) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil*. DJ 1978, Separata del núm. 17.

(8) PRECIADO HERNÁNDEZ, RAFAEL: *Lecciones de Filosofía del Derecho*. 4.ª Ed., Ed. Ius, México 1965, pág. 219.

RODRÍGUEZ ARTIAS, LINO: *El Derecho, la Justicia y el Bien común*. En Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas, vol. III; pág. 443 y ss. Universidad de Navarra.

(9) Mi paso por la jefatura del Gabinete de Cooperación Jurídica Internacional, del Ministerio de Justicia, fue una buena oportunidad para conocer esta importante realidad.

(10) El artículo 1.º-1 del Reglamento de la Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas considera a la misma como un organismo que tiene por objeto estudiar y promover el establecimiento de formas de cooperación en materia jurídica entre países miembros. Fue firmado en Brasilia en septiembre de 1972.

V. también «III Conferencia de Ministros de Justicia de los países hispano-luso-americanos y Filipinas». Buenos Aires, 9-13 junio 1975, DJ, Separata de los núms. 7 y 8.

las que España debe siempre estar unida y vinculada para cuanto suponga y signifique avance en el desarrollo espiritual y material de la humanidad. La incorporación al Consejo de Europa, a uno de cuyos Comités tengo el honor de pertenecer, habrá de suponer igualmente una revisión de algunas partes de nuestro Ordenamiento jurídico (11).

El relieve que adquiere hoy esta cooperación jurídica internacional a través de los correspondientes Tratados, Pactos y Convenciones es innegable (12) hasta el punto de que a través de ciertas entidades en cierta manera supranacionales pueden cederse competencias que hasta hace bien poco eran consideradas emanación exclusiva y excluyente de la Soberanía nacional (13). La característica más resaltante de las comunidades europeas, se dice (14) es que poseen, por vía de tratados y delegación de soberanías de los Estados miembros, poderes reales, de directa aplicación, que integran un auténtico derecho comunitario sobre cuya interpretación o en caso de colisión del mismo con los Ordenamientos nacionales, se pronuncia, en instancia definitiva, el Tribunal de Justicia que naturalmente en sus resoluciones ha ido marcando la prioridad de aquel (15).

Volviendo al tema de la filiación, al que nos referiremos con un cierto detenimiento más adelante, podemos ya adelantar la acusadísima tendencia, a la que España no puede ser insensible, a obtener una verdadera y única consideración y trato jurídico de todos los hijos, cualquiera que sea su origen, hayan nacido dentro o fuera del matrimonio.

Europa ha de ser nuestro principal camino para encontrar

(11) El Consejo de Europa nació el 5 de mayo de 1949.

(12) V. artículos 87 y ss. del proyecto constitucional, versión Congreso y 92 versión Senado.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto*, pág. 27. V. art. 11.2 del Proyecto.

(13) Art. 87 del Proyecto de Constitución aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados («B. O.» núm. 135): Mediante ley orgánica se podrá autorizar la celebración de un tratado por el que se atribuya a una organización o institución internacional, en régimen de paridad, el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. En versión Senado (art. 92) suprime «en régimen de paridad».

(14) Varios autores (GARRIGUES, J. A.; ARMERO, J. M.; MELCHOR DE LAS HERAS, A., y VEGA PENICHER, M.): *La participación de España en las Comunidades europeas*. Ed. Tecnos, Madrid.

(15) MIGUEL ZARAGOZA, JUAN: *España y las Convenciones del Consejo de Europa*. D.J. núm. 2, pág. 513.

Idem: *Introducción a las fuentes e instituciones de Derecho europeo*. D.J. septiembre 1969.

Idem: *Elementos jurídicos de la integración europea*. D.J. núms. 5, 6, 7 y 8. SÁNCHEZ DE LA TORRE, ANGEL: *Orden jurídico y derechos humanos*. RGL y J., LXXI (239), pág. 411.

Declaración universal de los derechos del hombre, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948. En I.J. número 296, pág. 21, 1968.

Pacto Internacional de los Derechos civiles y políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966. En R.G.L. y J., LXXIV (242), pág. 460.

nuestra verdadera identidad y el Consejo de Europa debe ser uno de los instrumentos más eficaces para esta deseable realidad jurídica. Quizá la idea de una Europa unida, ha dicho Alvarez de Miranda (16), fue, en esta última etapa, como una especie de sueño por el que se intentaba sacar del estancamiento moral de la postguerra a unos pueblos cansados y hambrientos, dotando a muchos millones de europeos de un proyecto de vida atractivo y pacífico. No se trata, sigue diciendo, de algo fácil de conseguir, pero todos tenemos en nuestras manos la posibilidad de hacer algo para convertir en realidad ese sueño. Conseguirlo será la respuesta más apasionante de una generación desorientada.

El Consejo de Europa ha llevado y está llevando a cabo una tarea que nos atrevemos a calificar de excepcionalmente importante: su constancia, su equilibrio, su ejemplar vanguardismo jurídico, sin otras concesiones que las debidas a la justicia y a la realidad, constituyen razones más que suficientes para confiar ilimitadamente en su tarea y en sus realizaciones. En relación con el contenido de nuestro trabajo podemos citar entre otros los siguientes documentos (17):

Tratados y Convenciones europeas (18): 1. Estatuto del Consejo de Europa (comprendidas las enmiendas y textos adicionales (1.49-1963). 5. Convención de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales (comprendido el Protocolo adicional (1952), Protocolo núm. 2 (1963) y Protocolo núm. 4 (1963); 29 Convención europea sobre el aseguramiento obligatorio de la responsabilidad civil en materia de vehículos automóviles (1959); 41 Convención sobre responsabilidad de los hoteleros en cuanto a los objetos entregados por los viajeros (1962); 42 Arreglo relativo a la aplicación de la Convención europea sobre el arbitraje comercial internacional (1962); 56 Convención europea relativa a Ley uniforme en materia de arbitraje (1966); 57 Convención europea de establecimiento de sociedades (1966); 58 Convención europea en materia de adopción de niños (1967); 60 Convención europea relativa a las obligaciones en moneda extranjera (1967); 62 Convención europea en el ámbito de la información sobre el derecho extranjero (1968); 75 Convención europea relativa al lugar de pago de las obligaciones monetarias (1972); 76 Convención europea sobre computación de plazos (1972); 77 Convención relativa al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos (1972); 79 Convención europea sobre la responsabilidad civil en caso de daños

(16) ALVAREZ DE MIRANDA, FERNANDO: *Un cierto desencanto europeísta*. «El País», 13 de agosto de 1978.

(17) Los números corresponden a los que cada uno de los documentos tiene en el Catálogo de publicaciones del Consejo de Europa, editado en Estrasburgo en 1977. V. también: *Guide du Conseil de l'Europe*, especialmente páginas 77 y ss.

PÉREZ SERRANO, N.: *La evolución de las declaraciones de derechos*, 1950.

(18) Los documentos señalados con los números 56, 58, 60, 75, 76, 77, 79, 85 y 91 pueden ser más ampliamente estudiados en publicaciones editadas por el Consejo de Europa, bajo el título: *Cuestiones jurídicas*.

causados por vehículos automóviles (1973); 85 Convención europea sobre el estatuto jurídico de los hijos nacidos fuera del matrimonio (1975); 91 Convención europea sobre responsabilidad de hecho, de los productos, en caso de lesión corporal o de muerte (1977) (19).

3. *Derecho comparado.*

La importancia del Derecho Comparado es igualmente innegable, pero su utilización exige, a mi juicio, dos cosas imprescindibles: 1.º Un conocimiento completo y profundo del sistema jurídico que se va a comparar, no simplemente de una zona más o menos minúscula del mismo, y 2.º Una penetración en la realidad social a la que dicho sistema se proyecta porque un ordenamiento jurídico puede ser óptimo en un espacio y tiempo determinados y puede ser pésimo en otras coordenadas diferentes. Hernández Gil (20) ha considerado el alcance de la cooperación jurídica más allá de las medidas del nacionalismo y del Estado, para verla predominante en los planos constituidos por el Derecho comparado, el Derecho Internacional en sentido amplio, el Derecho internacional privado y la llamada supranacionalidad, presupuesto del Derecho comunitario o de integración.

Mientras que la historia del Derecho versa sobre la sucesión de los estados jurídicos en el tiempo, la Ciencia del Derecho, dice Radbruch (21) recae sobre la yuxtaposición de los diferentes órdenes jurídicos nacionales en el espacio. La mayor partes de las veces, cuando se comparan entre sí los derechos de los pueblos civilizados, se hace con miras de política jurídica y es, en este sentido precisamente, donde nos parece más trascendente su estudio y más eficaz su conocimiento, puesto que la política legislativa debe ne-

(19) Pueden consultarse también, entre otras, las siguientes publicaciones: Respuestas de los Gobiernos de los Estados miembros al cuestionario relativo a la noción de «plazo» (1948); Unificación de los conceptos jurídicos de «domicilio» y de «residencia» (1972); Respuestas de los Gobiernos miembros al cuestionario sobre la edad de la plena capacidad jurídica (1974); Respuestas de los Gobiernos al cuestionario relativo a la noción de «residencia» y a la noción de «domicilio» (1975); Informe concerniente a ciertos aspectos de la responsabilidad civil (1976), y La nacionalidad de los cónyuges de nacionalidades diferentes y la nacionalidad de los hijos en el matrimonio (Resoluciones (77), 12 y (77), (13), (1977).

FUEYO LANERI, F.: *Catalogación de conceptos de derecho privado*, I.J. número 314, pág. 259, 1972.

JESTAZ PHILIPPE: *Legislation française et communautaire de droit privé*, Revue trimestrielle de droit civil, julio-sept. 1973, pág. 620.

MOZOS, JOSÉ LUIS DE LOS: *Perspectivas y método para la comparación judicial en relación con el derecho privado iberoamericano*, R.D.P., LX, pág. 773.

(20) HERNÁNDEZ GIL, A.: *El derecho como factor cultural de unidad*. Conferencia pronunciada en el Club Siglo XXI, el día 15 de marzo de 1974. Reseña en el periódico «Pueblo» del 16 del mismo mes y año.

(21) RADBRUCH, G.: *Introducción a la filosofía del Derecho*, 3.ª ed. Breviarios de Cultura Económica, pág. 13.

AGUILAR NAVARRO, M.: *Derecho civil internacional*.

cesariamente contar con todos los elementos posibles para que su orientación sea acertada.

Las vías de acercamiento a una unidad jurídica supranacional han de ser, pues, los tratados, convenciones y pactos a los que ya hemos hecho referencia y el estudio detenido y reflexivo del Derecho comparado (22). Recientemente, el mismo Profesor Hernández Gil (23), al poner de relieve el problema del destino importante del Derecho como elemento de integración actual, ha señalado que el Derecho comparado supone la tercera escalada del pensamiento unitarista (las primeras son el Derecho romano y el Derecho natural), al no ser, a su juicio, aquella disciplina, reducida a su última síntesis, sino el trasfondo de un proceso general de integración.

4. *La evolución social.*

Sin necesidad de acudir a estadísticas ni a sondeos de opinión pública, pero sin olvidar que también son instrumentos de cooperación de las Ciencias sociales, enormemente significativos, cada uno de nosotros, con su propia e intransferible experiencia personal y social, está en condiciones de captar el radical cambio producido en la sociedad española, en sus costumbres y hábitos, en sus comportamientos comunitarios, en la jerarquía de valores comúnmente aceptada, en sus exigencias e inquietudes; en definitiva, en su marcha hacia un mundo relativamente nuevo y más justo. Todo contribuye, pues, a que consideremos exactamente este momento como excepcional para llevar a cabo la inmensa tarea de poner al día nuestro ordenamiento, tarea atractiva como pocas, difícil por su propia naturaleza y compleja por su extensión, pero urgente e inaplazable porque en ella y en su inmediatidad nos puede ir, nos irá sin duda, nuestro más inmediato futuro y, quién

(22) ERDSIEK, G.: *Nuevo derecho civil y procesal en la Unión Soviética*. R.D.P., XLVI, pág. 1033.

CORONAS, JUAN: *La reforma del Código civil argentino*, I.J. núms. 142-143, página 272, 1955.

ALESANDRI RODRÍGUEZ, ARTURO: *El Código civil chileno*, I.J., núms. 150-151, página 657, 1955.

PÉREZ SERRANO, NICOLÁS: *La reforma del derecho privado en Alemania*. Conferencia. Recensión en I.J., núm. 4, pág. 7, 1941.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Una introducción al Derecho civil polaco*. I.J. número 319, pág. 7, 1973.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Reflexiones sobre el Derecho comparado y el método comparativo*.

CASTEJÓN, FEDERICO: *El estudio del Derecho comparado como medio de investigar materias susceptibles de unificación internacional*. I.J. núms. 186-187, página 1159, 1958.

(23) HERNÁNDEZ GIL, A.: Conferencia pronunciada en el Acto inaugural del Curso de Verano 1974 en la Universidad Internacional de Santander. Reseña de José M.^a Castan, en RGL y J, nov. 1974. V. también más ampliamente *El derecho como elemento de integración cultural*. Publicaciones de la Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Santander, 1974.

sabe, si nuestro muy prolongado porvenir. Partiendo, por lo tanto, de la Constitución (24) construyamos entre todos un orden jurídico que responda en su espíritu y en su propia letra a sus principios inspiradores, a sus líneas maestras, a sus mandatos y disposiciones para que los Jueces y Tribunales puedan, al hacer concreta realidad las leyes, reafirmar la presencia constitucional en todas sus resoluciones, consumándose así, en una simbiosis perfecta, propósito y finalidad legislativa por una parte y realización práctica (25) por otra, a través de una interpretación (26) que conjugue norma y vida, teniendo permanentemente presente la realidad social a la que las leyes se dirigen y que es tanto como expresar a su través la más genuina y auténtica voluntad popular dirigida hacia la realización de un Derecho (27) justo, aunque la expresión, una vez más, suene a paradoja y sarcasmo. Realizar la justicia a través del Derecho debe ser la finalidad del Ordenamiento en general, de nuestro futuro Código civil, y realizar la justicia impone legislativamente contemplar las necesidades de todos y regularlas con el más riguroso criterio de equilibrio y proporcionalidad (28).

(24) Los Estados, ha dicho Splenger (a), son la forma de los pueblos. Su necesaria organización constitucional, ha señalado Fischbach (b), vendrá a ser algo así como el andamiaje en que aquélla descansa (a) Splenger: *Decadencia de Occidente*, II (b) Fischbach Oskar Georg: *Derecho político general y constitucional comparado*. Trad. y notas de W. Rocas y L. Legaz, 2.^a ed.

(25) VEGA BENAYAS, CARLOS DE LA: *Introducción al Derecho judicial*. Ed. Montecorvo, 1970; pág. 73: «El legislador sentencia genéricamente, el Juez legisla particularmente».

(26) VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS: *La interpretación jurídica*. P., marzo-abril 1975. Forma parte este trabajo de un libro «La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos», que más adelante se cita.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código civil*. DJ oct.-dic. 1974.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El nuevo título preliminar del Código civil* (Comentarios a los Capítulos I, II y III). Vol. 5, pág. 781. Libro homenaje a D. Ramón María Roca y Sastre.

(27) A mi juicio (tal vez esté equivocado en mi apreciación, pero por ahora el tema creo verlo con claridad) la participación popular en la Justicia, especialmente en el orden civil, más que en una intervención directa e inmediata en el enjuiciamiento de los litigios que sólo teórica e idealmente la vemos hacedera y viable con autenticidad y eficacia (piénsese en aspectos técnicos ineludibles, en equilibrios difícilmente construibles y en cargas muy costosamente soportables), puede estar en la presencia de los representantes del pueblo en los Consejos Superiores del Poder Judicial (incluidas en esta expresión la Magistratura y el Ministerio Fiscal), en el amplio ejercicio de la acción popular y en la igualmente amplia legitimación activa para ejercitar acciones y recursos de determinadas asociaciones o entes populares que participarían así en la Justicia y ejercerían sobre ella un cierto control social.

(28) Como dice Fernández Albor, cuando la colectividad social observa que la Justicia no es igual para todos, pierde su confianza en ella («Estudios sobre criminalidad económica», Bosch, Casa Ed., pág. 7).

5. *La Constitución.*

La Constitución ha de representar el vértice de nuestro Ordenamiento, y así como ya he expresado en varias ocasiones (29), la idea de que en ella debe contenerse un procedimiento no excesivamente difícil para su modificación cuando ésta sea necesaria y querida por una mayoría cualificada, igualmente pienso que mientras estén vigentes todos y cada uno de sus preceptos ha de intentarse, por todos los procedimientos legales y de convicción moral, el máximo de respeto y de acatamiento a los mismo (30). La Constitución no sólo debe ser un símbolo, debe ser también el instrumento jurídico y político que dé cohesión a nuestra convivencia, garantizando la justicia tal y como ésta debe ser concebida hoy. A su vez debe ser la fuente de originación de nuevas leyes que en forma de cascada tomarán vida de la Constitución y que, en cierta forma, al realizarse, con arreglo a sus principios, la fortalecerán (31).

En cuanto a los artículos de la Constitución que de alguna manera directa o indirecta afectan al Derecho civil y muchos de ellos al Código civil actual en concreto y que por tanto habrán de ser tenidos especialmente en cuenta cuando haya de procederse a su reforma son, a nuestro juicio, los siguientes (32):

Artículos: 9 relativo a los principios informadores (que vienen a constituirse como principios generales en el sentido del art. 1.º, apartados 1 y 4 del Código civil, según la versión dada por el artículo 2.º del Decreto 1.836, de 31 de mayo de 1974.

11.1. *Nacionalidad.*

11.2. *Mayoría de edad. Privación de la nacionalidad. Senado.*

11.3. *Doble nacionalidad.*

12.1. *Situación de los extranjeros.*

21.1. *Asociaciones.* Art. 22 en versión Senado.

21.3. *Registro de Asociaciones, ídem.*

(29) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Incidencia del Anteproyecto...*, cit., y *El Anteproyecto de texto...*, también cit.

(30) Art. 9-1: Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al Ordenamiento jurídico (Versión Senado suprime la expresión «los ciudadanos»). 3. Se reconocen los principios de jerarquía normativa... (Versión distinta Senado). La Constitución de un país implica, dentro de esa jerarquía normativa, la más importante de las fórmulas de derecho que han sido exteriorizadas, dicen Bayon y Pérez Botija, (a). Sus mandatos o declaraciones tienen un valor absoluto en cuanto son de ejecución inmediata y un valor programático cuando sólo marcan una orientación para normas de grado menor (leyes, decretos). (a): *Manual de derecho del trabajo*, vol. I, 6.ª ed., pág. 138.

(31) Art. 75-1: Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de las libertades públicas, a la organización de las instituciones centrales del Estado, las que aprueben los Estatutos de autonomía y régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución. 2. Las leyes orgánicas deberán ser aprobadas, modificadas y derogadas por la mayoría absoluta del Congreso.

(32) Los impresos en letra cursiva nos parecen los más importantes. Los artículos citados al final de cada párrafo se refieren a la versión Senado.

- 22.1. *Fundaciones*. Modificado en versión Senado Art. 34.1.
- 30.1. *Matrimonio*. Art. 32.1 En vez de edad núbil, habla de edad fijada por la Ley.
- 30.2. *Formas del matrimonio, contenido, separación y disolución*. Art. 32.2
- 31.1. *Propiedad privada y herencia*. Art. 33.1.
- 31.2. *Función social de la propiedad*. Art. 33.2.
- 31.3. *Expropiación forzosa*. Art. 33.3. En vez de español, dice nadie.
- 35.1. *Protección a la familia*. Art. 39.1.
- 35.2. *Filiación*. Art. 39.2. Añade: «la Ley posibilitará la investigación de la paternidad».
- 35.3. *Deberes de los padres*. Art. 39.3, modificado.
- 75.1. *Leyes orgánicas*. Art. 80.1.
- 75.2. *Aprobación, modificación y derogación de las mismas*. Art. 82.2., modificado.
- 76.1. *Delegación legislativa*. Art. 81.1.
- 76.2. *Ley de Bases y Ley Ordinaria*. Art. 81.2.
- 76.3. *Exigencia de forma expresa*. Art. 81.3.
- 76.4. *Ley de Bases: Delimitación*. Art. 81.4.
- 76.5. *Refundición de textos legales*. Art. 81.5.
- 76.6. *Derogación*. Suprimido.
- 76.7. *Fórmulas de control*. Art. 81.6
77. *Leyes de bases: Límites*. Art. 82.
79. *Decretos legislativos (33)*. Art. 84.
- 80.1. *Decretos-leyes (34)*. Art. 85.1.
- 80.2. *Sometimiento a debate*. Art. 85.2.
- 80.3. *Tramitación como proyectos de ley*. Art. 85.3.
- 81.1. *Iniciativa legislativa: Gobierno y Diputados*. Art. 86.1., modificado.
- 81.2. *Senado*. Art. 86.2., modificado.
- 81.3. *Asambleas de comunidades autónomas*. Art. 86.3.
- 81.4. *Iniciativa popular*. Art. 86.4.
- 82.1. *Proyectos de ley*. Art. 87.1.
- 82.2. *Exposición de motivos*. Art. 87.2.
83. *Tramitación de las proposiciones de ley e iniciativas*, Artículo 88, añade un segundo apartado.
- 84.1. *Participación del Senado*. Art. 89.1.

(33) Art. 79: («B. O.» núm. 135), art. 84 Senado. Las disposiciones del Gobierno que contengan legislación delegada, recibirán el título de decretos legislativos y serán siempre dictaminados por el Consejo de Estado que, en todo caso, se pronunciará sobre su conformidad o disconformidad, con el objeto, contenido y alcance de la delegación.

(34) Art. 80: En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de decretos leyes y que no podrán afectar al Ordenamiento de las instituciones centrales del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero, al régimen de las comunidades autónomas ni al derecho electoral general (Art. 85-1 Senado).

- 84.2. Actuación del Senado. Art. 89.2.
 84.3. Reducción de plazo. Art. 89.3.
 85. Sanción, promulgación y publicación de las leyes (35). Art. título 90, modificado.
 87. Atribución de competencias a Organismos e Instituciones Internacionales. Art. 92, modificado.
 88.1. Requisitos de los Tratados. Art. 93.1.
 88.2. Información de los mismos a las Cortes Generales. Artículo 93.2, modificado.
 89. Contradicción Tratado Constitución (36). Art. 94, párrafo 2.º, modificado.
 90. Validez de un Tratado (37). Art. 95 se añade un 2.º apt.
 99.1. Control judicial de la potestad reglamentaria. Art. 96, modificado.
 112. Acatamiento de las sentencias. Art. 117, modificado.
 126.1. Régimen jurídico de los bienes de derecho público y comunales. Art. 135.1, modificado.
 126.2. Bienes de dominio público estatal. Art. 131.2, modificado.
 126.3. Patrimonio del Estado. Art. 131.3.
 144.1.2. y 3. Legislación delegada en las Comunidades autónomas. Art. 149, modificado.
 157.1. Consulta al Tribunal Constitucional. Art. 162.1., modificado.
 157.2. Revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (38). No aparece en Senado.
 Disposición Adicional. Amparo y respeto de los derechos históricos de los territorios forales (39). Modificado.

(35) Art. 85: Las leyes, aprobadas por las Cortes generales serán sancionadas en el plazo de quince días por el Rey, quien las promulgará y ordenará su inmediata publicación (Art. 90 Senado, con cambio de redacción).

(36) Art. 89: Si el Tribunal constitucional, a requerimiento del Gobierno o de cualquiera de las cámaras, declara que un Tratado internacional contiene estipulaciones contrarias a la Constitución, su celebración requerirá en todo caso la previa revisión constitucional (Art. 94 Senado, cambio de redacción).

(37) Art. 90: Los tratados internacionales, válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del Ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios Tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional. (El núm. 1 igual; se ha añadido un aptdo. 2.º: Para la denuncia de los Tratados y Convenciones internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 93). V. art. 6.º del Anteproyecto de Constitución, el informe de la Ponencia y el anexo al Informe («B. O.» de las Cortes de 17 de abril de 1978).

(38) Confiamos en que este artículo, que a nuestro juicio atenta contra la propia significación del Poder judicial, sea eliminado definitivamente.

(39) Disposición adicional: La Constitución ampara y respeta los derechos históricos de los territorios forales. La actualización general de dicho régimen foral se llevará a cabo, en su caso, en el marco de la Constitución y de los Estatutos de autonomía. Se han añadido en versión Senado tres más.

6. Consideraciones generales.

Como ya queda dicho la principal y casi única finalidad de este trabajo no es otra que la de cooperar de forma muy simple y elemental a esta convocatoria general de estructurar o reestructurar, según los casos, nuestro Ordenamiento jurídico, ocupándonos ahora del Código civil, en forma relativamente análoga a como en ocasiones anteriores lo hicimos con el Código penal (40), es decir, apuntando ideas, expresando puntos de vista y articulando, en ocasiones, un borrador o esquema de reforma en algunas materias y zonas muy concretas y específicas, bien por haber meditado sobre ellas con mayor profundidad o por su especial significación y alcance.

El sistema que pretendo seguir es el siguiente: Después de esta exposición general en orden a las circunstancias históricas por las que atravesamos y a la oportunidad de una reforma legislativa en profundidad, queremos situar a nuestro Código civil en el amplio contexto de nuestro Ordenamiento jurídico general, estudiar muy brevemente su significación, las principales funciones que tiene encomendadas, examinar las críticas, a grandes rasgos, de que fue y es objeto y la posibilidad de una inmediata reforma parcial (sin que ello implique, ni muchísimo menos, abandonar la idea de un Código civil enteramente nuevo en su contenido y en su hechura) aquí y ahora, en forma parecida, pero más ambiciosa a las realizadas con anterioridad (41); entre ellas, las importantes y acertadas modificaciones llevadas a cabo por las leyes de 17 de marzo de 1973 (42) y 2 de mayo de 1974.

En mi opinión no es mala cosa utilizar previamente a la reforma total un sistema de reformas parciales del Código, si tales reformas son actuales, acertadas e insertables con posterioridad en ese cambio o reforma en profundidad. El ejemplo de la modificación del título preliminar, el de la ley que estableció una nueva situación jurídica para la mujer y para los cónyuges, en general, por citar casos recientes, las modificaciones de la ausencia, de la nacionalidad, de la propiedad horizontal, de la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria, etc., etc., más distantes, son todas bien gráficas y aleccionadoras. Por ello, repetimos otra vez, creemos que el camino puede continuar en esta dirección, sin que ello retrase esa profunda y total reforma de nuestro Código civil que ha de ser necesariamente lenta, o, al menos, relativamente lenta, y muy compleja.

Sin perjuicio de lo que más adelante vamos a decir, anticipemos

(40) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Contribución al estudio de la reforma del Código penal*, RDJ, Separata.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre una posible nueva reestructuración del Código penal*, RGL y J., julio 1974.

(41) V. Obras generales de Derecho civil y monografías sobre el tema.

(42) La Ley de bases fue articulada por Decreto de 31 de mayo de 1974.

confirmando lo ya señalado, que nuestro pequeño trabajo pretende dos cosas: una, llevar a cabo una especie de limpieza o eliminación de aquellas expresiones que no deben figurar en nuestro Código, como filiación legítima, ilegítima, amo, criado y de sustitución, como, por ejemplo, juez de distrito en vez de juez municipal, etc., y otra, plantear las cuestiones derivadas de situaciones superadas para que quienes tienen autoridad para ello puedan contar, si lo consideran conveniente, entre otros muchos, con otro instrumento auxiliar de trabajo. Todo ello arropado con alguna bibliografía, desde luego muy incompleta, y seleccionada en función de las apreciaciones concretas que en cada caso formulo y sin que, por supuesto, la no cita de otras muchas obras suponga olvido, ni mucho menos falta de atención hacia sus posturas y tesis.

La tarea, aun contando con la evidente desproporción que se produce entre el resultado y la ilusión puesta en ella, es bien modesta. Casi, casi, no es otra cosa que una simple llamada de atención y una sencilla meditación en alta voz. Sé positivamente que quienes están llevando a cabo el trabajo preliminar, están sensibilizados con el problema; sé, por las referencias de los medios de información social, que existen proyectos y borradores muy meditados, estemos o no totalmente de acuerdo con ellos, pero sé también que en esta aventura, tal vez hasta las más minúsculas aportaciones, como la mía, puedan rendir alguna utilidad. Quizá falte todo o casi todo para que una obra de esta naturaleza pueda ser de provecho, aunque personalmente me conformo si algo, aunque poco, pueda serlo. Como profesional del Derecho en cuanto instrumento inmediato de justicia y de paz, no olvido nunca aquella expresión que el Profesor Hernández Gil (43) escribió hace ahora siete años en el prólogo que tuvo la amabilidad de redactar para mi libro de Derecho civil, en su 5.^a edición: El Derecho civil, vino a decir, que por exceso de virtuosismo en sus cultivadores ha sido propicio a ciertos encumbramientos dogmáticos, ha de ofrecerse en términos de un realismo sano y asequible. Esta ha sido siempre y seguirá siendo, en la medida de mis posibilidades, la pretensión que acompaña a todos mis trabajos.

Finalmente tengo que decir algo que me parece esencial: Entiendo cada vez con mayor convicción y firmeza que hay que intentar, a cualquier precio legítimo, que las leyes en sentido estricto y las normas en general sean populares en un doble sentido; primero, porque su contenido responda a las inquietudes generalizadas y legítimas de la comunidad, y segundo, porque esas mismas inquietudes y exigencias vuelvan al pueblo en forma de preceptos contruidos de manera inteligible y clara al ser aplicados por unos Jueces y Tribunales sensibles a esta realidad social. El proceso legislativo y judicial, entendemos que ha de pasar por estos dos

(43) HERNÁNDEZ GIL, A.: Prólogo a la 5.^a edición de mi libro *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 31 de agosto de 1971. El prólogo se ha reproducido en las sucesivas ediciones.

puntos, si se quiere que el Derecho sea algo auténticamente popular y no algo exótico y lejano de quienes han de ser precisamente sus destinatarios mediatos o inmediatos (44). Hay que evitar a toda costa, dice Soto Nieto (45) que se produzca un divorcio entre el Derecho proclamado por los Jueces y la conciencia popular; ante tales vacíos o desajustes puede fracturarse gravemente el orden social.

A. *La crisis del Derecho en general y del Derecho civil en particular.*

Evidentemente, el mundo entero está en crisis porque lo están muchos de sus más queridos y apreciables valores. El Derecho no permanece al margen de esta convulsión general, pero debiéndose advertir que la crisis se refiere a los Ordenamientos positivos, no al Derecho en cuanto instrumento imprescindible para que la justicia se realice prácticamente. Hasta ahora, y nos parece que para siempre, ninguna comunidad ha conseguido vivir marginada del Derecho. Este existe sencillamente porque el hombre es un ser social. La sociedad, en definitiva, como dice García Valdecasas (46) no puede subsistir sin esa forma de vigencia suprema que es el

(44) El proceso podría sintetizarse así: 1.º Que las leyes tengan su raíz en el pueblo. No es suficiente que formalmente sean correctas (esto se presupone); es imprescindible algo más: que tengan en cuenta las necesidades, las inquietudes y los sentimientos y apetencias justas. 2.º Que las leyes se den a conocer a todos mediante fórmulas sencillas y de fácil entendimiento. 3.º Que a cada sector social directamente interesado en una ley o conjunto de leyes se le facilite de manera especial y directa su conocimiento (al consumidor, el resumen de sus principales derechos; a los inquilinos y arrendatarios, las leyes de arrendamientos; a los trabajadores, las normas de derecho laboral; a los asegurados, los preceptos del contrato de seguro; a los internos en un establecimiento penitenciario, la ley general penitenciaria y los correspondientes reglamentos, etc.). 4.º Que se articulen procedimientos, en principio gratuitos y sencillos, para que todo el mundo pueda ejercitar judicialmente sus derechos con la aplicación, cuando sea procedente, de la teoría del abuso del derecho en el campo procesal.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del derecho, en el nuevo título preliminar del Código civil*, ADC, 1977.
SANTAELLA LÓPEZ, M.: *Los derechos de información y expresión de consumidores y usuarios*, DJ, abril-junio 1978.

Lógicamente, estas ideas nos llevan a una socialización del Derecho privado en general y, por tanto, del Derecho civil, que tanto en la parte general y en los derechos reales, como en la contratación, ha de tener su adecuado reflejo, sin olvidar el derecho de familia y de sucesiones que inevitablemente han de ser transformados en aras de la correspondiente impregnación social a sus instituciones.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *La socialización del Derecho y su actual panorámica*, 1965.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Tratado de obligaciones*, I. Suc. de Rivadeneira.

(45) SOTO NIETO, F.: *Compromiso de justicia*, Ed. Montecorvo, S. A., pág. 99.

(46) GARCÍA VALDECASA, ALFONSO: *La Sociedad y el Derecho*, Rev. del Foro Canario, núm. 20, Las Palmas.

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Crisis mundial y crisis del Derecho*, Discurso de apertura de Tribunales, 1960.

Derecho: Derecho y Sociedad son consustanciales. De ahí que lo mejor del Derecho sea su trasmundo. No lo aparential, sino aquello que, como dice Iglesias (47) es contigo y conmigo y con todos nosotros, porque sin el Derecho no sería posible el convite, la convivencia, la convida, que es como decir la única manera de vida verdadera.

Posiblemente nunca ha existido, como ahora, un ansia tan general y acentuada de justicia. El mundo quiere justicia y sabe que sólo la justicia traerá la auténtica paz y no acepta que quienes estén egoístamente interesados en lo contrario, quieran identificar Derecho y Justicia cuando no sean desgraciadamente identificables. Una regla de Derecho por sí mismo, dice Silva Melero (48) no es justa ni injusta, lo que importa es si mantiene la justicia o permite la injusticia. El Derecho progresa en la medida que las leyes impiden hacer daño a los demás, asignando a cada uno lo que le corresponde, viejos preceptos todavía válidos.

Quitemos del Código civil todas las normas que ya no sirven porque no son justas o porque no son servibles y pongamos en él todos aquellos preceptos que la sociedad de hoy necesita para que su convivencia sea justa y adecuadamente ordenada (49).

B. *El reto de nuestro tiempo.*

Para nosotros los juristas, dice Díez Picazo (50) el reto o desafío, cada vez más agudo y creciente, consiste obviamente en averiguar cómo se interrelacionan los cambios sociales y los cambios jurídicos, o dicho de otro modo, en esbozar una «teoría del cambio jurídico». La interrelación «cambio social, cambio jurídico» puede ser examinada o planteada desde cada uno de los ángulos determinados por los miembros del conflicto. Es decir, dada una primera pregunta: ¿De qué manera repercute el cambio social en el Ordenamiento jurídico? ¿Cambia o no cambia y cómo cambia el orden jurídico como consecuencia de la transformación social? Y también una segunda: ¿En qué medida un cambio jurídico es un vehículo o un instrumento idóneo para operar una reforma social? (51).

Hernández Gil (52) ha señalado que en el primer plano de la

(47) IGLESIAS, JUAN: En la recensión de la obra *Introducción al Derecho*, de Angel Latorre, Ed. Ariel, Barcelona, 1968. ADC XXVII-4, pág. 946.

(48) SILVA MELERO, VALENTÍN: *La certeza del Derecho en relación con la misión de los juristas*, Secretaría Técnica de la Presidencia del Tribunal Supremo, pág. 38, Madrid, 1973.

(49) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, 8.ª ed., reimpresión, 1978-79, pág. 18 y bibliografía allí citada.

(50) DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, página 32.

(51) VALLET DE GOYTISOLO: *Sociedad de masas y Derecho*.

(52) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Metodología de la Ciencia del Derecho*, volumen I. Las concepciones y los métodos jurídicos tradicionales. El proceso de su revisión. Pág. 405 y ss.

actividad del jurista, como cultivador de la Ciencia del Derecho o como encargado de la aplicación de éste, aparece el material normativo que le suministra el derecho positivo de que se trate. Opera en un cierto grado de vinculación con respecto de él. Esta vinculación no es totalmente determinable desde el punto de vista del método. En todo caso, vinculación no es sumisión literal o irreflexión. El jurista no despliega una actividad mecánica que acaba por inmovilizar el derecho, si bien tampoco es su libre configurador porque todo el derecho, el natural no menos que el positivo, posee un carácter normativo incompatible con la decisión puramente subjetiva. Este material normativo, sigue diciendo, que constituye lo que suele denominarse ordenamiento jurídico no agota, tal como aparece formulado, la realidad jurídica. Se halla en una posición de equidistancia y entronque: con un orden moral, que con respecto de él aparece en un plano superior, con un orden social que puede representarse en un plano inferior y con un orden histórico que puede representarse con una relación de anterioridad.

En ello radica la tarea que a todos nos espera y especialmente a quienes nos dedicamos al estudio y a la realización del Derecho: En hacer un Ordenamiento que responda a las exigencias de hoy. La realidad social condiciona la elaboración y la aplicación del Derecho, y éste, cuando es justo, contribuye a conformar el comportamiento social. He aquí la obra que ahí mismo nos está ya esperando: Apasionarse por ella sin perder la ponderación y el equilibrio debe ser nuestra postura (53), luchando por la justicia, la libertad y el bien común (54).

II. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL (55)

1. *El Código civil.*

Entre todos los textos jurídicos vigentes en España, el Código civil, dice Federico de Castro (56), tiene un carácter fundamental

(53) V. HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El abogado y el razonamiento jurídico*, Suc. de Rivadeneira, S. A., Madrid, 1977. Una pasión, dice, que no rompa en mil pedazos la ecuanimidad.

(54) MARTÍNEZ VAL, JOSÉ: *Las empresas multinacionales y la reforma del Derecho*, RGL y J, mayo 1978. Para que la política y la economía equilibren sus respectivas fuerzas en beneficio general de la sociedad es preciso alumbrar un nuevo Derecho que, como hemos visto, dice, llame ya insistente a las puertas de nuestro tiempo. Es el gran reto para los juristas de hoy.

(55) JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, RDP, 1962. BUTELER CÁCERES, J. A.: *Ensayo de revisión de las disposiciones del Código civil*, Cuadernos de los Institutos, núm. 102, 1968.

Varios autores: *Comentarios al Código civil y complicaciones forales*. En curso de publicación, Ed. RDP, dirigidos por M. Albaladejo.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Dictámenes*, Suc. de Rivadeneira. En ellos se encuentran diversas e interesantísimas apreciaciones críticas al Código civil.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *El concepto del Derecho civil*. Madrid 1943.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *En defensa del Código civil*, 1948.

VALLÉ DE GOYTISOLO, J.: *Panorama del Derecho civil*. Barcelona 1963.

y una autoridad inigualada, más que por la extensión e importancia de la materia que regula, por asentarse en y continuar la más íntima tradición española. En la evolución jurídica española, sigue diciendo el ilustre Profesor, el Código civil representa un evidente adelanto. Termina con al inseguridad jurídica, da unidad al Derecho común (57) y lo codifica manteniendo su sentido tradicional.

El Código civil constituye, sin duda, uno de los pilares en los que aparentemente, por la fuerza de la inercia, se asienta el equilibrio social, ya que al regular todo cuanto afecta a la persona en su sentido más genuino y auténtico debiera constituir, y habrá de constituirlo, con las adecuadas reformas, uno de los baluartes de defensa de aquellos bienes jurídicos, tales como la personalidad, la libertad, la familia, la filiación, etc., etc., muchos de los cuales tienen su raíz directa e inmediata en la propia Constitución (58). Derecho civil es, dice Marín Pérez (59) el Derecho privado general que estudia las personas individual y jurídica, como sujetos de derechos y obligaciones, activa o pasivamente, como titular de un patrimonio que puede adquirir y transmitir «inter vivos» y por causa de muerte y como fundador y miembro de una familia, dentro de la Comunidad.

Así, pues, toda persona desde que nace hasta que muere podrá o no utilizar activa o pasivamente el Derecho penal, el mercantil o el laboral, según las circunstancias por las que vaya atravesando su vida, pero lo que es absolutamente seguro es que, de manera permanente, aun sin darse cuenta, desde que nazca hasta que muera, estará en él incidiendo el Derecho civil. Sin embargo, sien-

CASTAN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I, 1 11 ed.; *Hacia un nuevo Derecho civil*, III: La reforma del Código civil español, 1933.

CASTRO, FEDERICO DE: *Estudio preliminar de la edición del código civil de España*, publicado por el Instituto de Cultura Hispánica, Madrid, 1959.

LÓPEZ, J. y MELÓN, C.: *Edición crítica del Código civil*, INEJ, Madrid, 1967.

MAJADA: *La reforma del Código civil*.

MARSA VANCELLS, P.: *Hacia un nuevo Derecho civil*, Estudios en honor del Profesor Castan, II.

VEGA BENAYAS, CARLOS DE LA: *Teoría, aplicación y eficacia de las normas del Código civil*, Ed. Civitas, S. A., Madrid, 1976.

QUINTANA, PASCUAL: *La encrucijada del Derecho civil*, Est. en honor del Profesor Castan, I.

(56) CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Parte General I, libro preliminar, 1942, pág. 169 y ss.

(57) Alonso Martínez calificó de «imagen de caos» a la situación en que se encontraba el Derecho español en 1881. Reformas legislativas que demandan con urgencia nuestra Patria. Discurso de apertura de los Tribunales, 15 septiembre 1881, RGL y J, 59 (1881), pág. 188 y ss. (Cit. por F. de Castro; v. nota anterior).

(58) V. el Proyecto de Constitución.

(59) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, 3.ª ed., con la colaboración de M.ª Luisa Marín Castán, Ed. Tecnos, pág. 299, Madrid.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, LINO: *Conceptos y fuentes del Derecho civil español*.

GARCÍA CANTERO, G.: *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho Civil»*, En Estudios en honor del Profesor Castán. I.

do realistas e insistiendo en lo ya indicado hay que afirmar que el Derecho todo y el Derecho civil en particular están muy distanciados de las realidades y necesidades actuales. El Código civil nació en otra época y para otras circunstancias; por ello contempla situaciones que hoy son excepcionales, por ejemplo el sistema dotal, con lujo de detalles y con excesivas preocupaciones, que están muy lejos del acontecer usual y mayoritario, y, en cambio, tiene en el más absoluto olvido otras realidades sociales trascendentes y, por tanto, jurídicas, además de regular de manera anacrónica muchas de sus instituciones. El Código civil fue un estupendo instrumento al servicio de la realidad social que contemplaba, pero hoy ya no nos sirve, al menos no nos sirve en muchísimas de sus partes.

2. Significación y funciones (60).

Aunque después ampliaremos alguno de los puntos que ahora vamos a tratar, hay que decir, de inicio, que el Código civil, aparte de las funciones que como primer cuerpo legal civil le corresponden y que ya hemos señalado, ofrece una triple significación dentro del total ordenamiento jurídico: 1.º) En el Título Preliminar se aprecia claramente la existencia de normas de rango constitucional o cuasiconstitucional: El nacimiento y valor de la ley, la jerarquía normativa, la interpretación y aplicación de las leyes, la irretroactividad de las normas, etc., en definitiva, cómo nace, cómo se desarrolla, cómo se realiza y cómo muere el Derecho positivo, y cómo se inserta éste en un orden jurídico más amplio a través de los principios generales. 2.º) El Código civil, todo él, tiene una significación de ley cualificada o superley, teniendo en cuenta su propio contenido (61). 3.º) Supone finalmente, en su conjunto, la expresión armónica del Derecho común, con un valor sobreañadido en cuanto al espíritu que le informa y a sus propias normas específicas, de Derecho supletorio (62), no sólo del Derecho privado, del que forma parte esencial, sino también del resto del Ordenamiento jurídico, incluida incluso, así lo creemos, la propia Constitución. Es decir, la Constitución debe ser interpretada cuando sus expresiones resulten equívocas, o sus mandatos aparentemente contradictorios, a través de los principios generales contenidos en la Constitución y en la medida de lo necesario, y en la parte que corresponda, en el Código civil (cf. art. 1.º de este último).

(60) ARANZADI: *Código civil*, 2.ª ed.; BONET, RAMÓN: *Código civil comentado*, 2.ª ed.; LÓPEZ LÓPEZ: *Código civil*; SANTAMARÍA Y SANTAMARÍA: *Comentarios al Código civil*. Las sentencias incorporadas selectivamente a estos textos permite conocer de alguna manera la evolución social.

(61) V. Proyecto Constitucional.

(62) V. art. 4.º, ap. 3.º, del Código civil: Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, ENRIQUE: *Aplicación del Código civil como derecho supletorio de otras leyes*, RDP, LX, pág. 598.

Ampliando cuanto acabamos de señalar, hay que indicar que el Título Preliminar contempla en su contenido, como dice González Botella (63), una serie de materias que trascienden de la esfera propia del Derecho civil. En este sentido, añade, algunas de las normas pueden ser consideradas superleyes que regulan cuestiones que afectan a la Legislación general del Estado, aunque en el rango legal de la jerarquía normativa el Título Preliminar no sea más que una ley ordinaria que dentro de ella ha adoptado, por las necesidades antes enunciadas (y de todas conocidas), el carácter formal del Decreto legislativo (64).

Pero cuanto acabamos de decir, en relación con el Título Preliminar, de alguna manera es también predicable, dentro de los adecuados temperamentos de todo el Código, ya que siguiendo el propio criterio constitucional es ésta una materia que goza, como hemos visto, de un especial rango y consideración (65). Finalmente, es bien sabido, por otra parte, el papel de fuente subsidiaria que cumple el Código civil y que al abarcar a todo el Ordenamiento jurídico, hace de él un texto inequívocamente fundamental (66). Además del contenido propio del Derecho civil, es éste a través del Código el centro de los conceptos jurídicos generales, fuente subsidiaria del derecho mercantil (67) de las leyes especiales, de las leyes laborales y de las propias disposiciones administrativas; simboliza la unidad y la estabilidad de la organización jurídica, como dice Federico de Castro, y constituye, como señala Pascual Marín, la clase de todo el orden político y social.

El Derecho civil cumple así una función integradora del Derecho privado en especial y del Derecho todo en general, merced a la nota de elasticidad que le caracteriza y en cuya virtud cubre todos los huecos y lagunas del resto del Ordenamiento, cuando tales vacíos no son integrables a través de sus propias y específicas normas. De esta manera, el Código civil, como dice Lacruz Berdejo (68), es una especie de derecho supletorio de último gra-

(63) GONZÁLEZ BOTELLA, PEDRO: *El nuevo título preliminar del Código civil*, DJ, núm. 4, oct-dic. 1974, pág. 43.

(64) Esta situación plantea el problema de si, teniendo en cuenta el mandato constitucional, será necesario convalidar con el rango adecuado la normativa que a pesar de su contenido carezca del correspondiente relieve formal, o si, por el contrario, quedará automáticamente subsanado el defecto.

(65) V. Proyecto de Constitución.

(66) LALAGUNA, ENRIQUE: *Valor del Código civil como derecho común después de la reforma del título preliminar*, DJ, núm. 4, pág. 1296. Sin negar importancia al Código civil, que conserva su valor de derecho común, señala Lalaguna que no es todo el Derecho Común de España.

(67) V. el Código de comercio, arts. 2.º y 5.º, «Notas a la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 1968, de DIEZ DEL CORRAL (en ADC, XXII-3), y *El término Derecho Común en el Código de Comercio* (ADC, XXII-4), de FEDERICO DE CASTRO.

(68) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, Parte General. El Derecho común, dicen Bayón y Pérez Botija (a), como núcleo central de cada sistema jurídico, ha de considerarse como supletorio de todo Derecho especial (a) BAYÓN CHICO, G. y PÉREZ BOTIJA, E.: *Manual de Derecho del Trabajo*, Vol. I, 6.ª ed., pág. 163.

do, de telón de fondo en la aplicación del resto de Códigos y leyes.

El Código civil, como exponente del Derecho civil tradicional, manifiesta, como venimos diciendo, su alcance de Derecho común y general regulando una serie de materias que, como señala Federico de Castro (69), quedan fuera de lo que en el siglo XIX se ha considerado la órbita específica del Derecho privado y que en realidad constituyen la base de todo el Derecho civil. Comprende por ello reglas, como antes veíamos, sobre las normas en general, sus fuentes, jerarquía y requisitos sobre el valor y ámbito respectivo de los Derechos común y foral, sobre Derecho internacional privado, sobre la nacionalidad, sobre las personas jurídicas de interés público, sobre los bienes públicos, las servidumbres y limitaciones de la propiedad de interés público y sobre la prueba de las obligaciones. Por eso, aun cuando, en principio, el contenido del Código civil son las instituciones de Derecho civil, una ecuación según la cual el Derecho civil fuera igual a Código civil no sería exacta, como dicen Díez Picazo y Gullón (70). El Código contiene normas aplicables a todas las materias jurídicas, añaden, y por esta razón puede ser considerado como «Derecho común» y como «Primer cuerpo legal».

Aunque luego insistiremos en el tema, conviene decir ya que el Código civil o los Códigos en general no deben suponer inmovilidad, quietud e intangibilidad. Si así fuera habría que rechazarlos Codificar (71) es ordenar sistemática y coherentemente, como una especie de inmenso rompecabezas jurídico, un conjunto de normas homogéneas, pero no es inmovilizar el desarrollo del Derecho. Por eso, antes al contrario, de su propio conjunto, como tal, debe nacer un principio de expansión y de actualidad permanente que no se deriva ni puede derivar de las leyes aisladas. El Derecho civil español, como Derecho común, dice Lalaguna (72), es una realidad que constantemente se renueva.

3. Crítica general del mismo.

La orientación de nuestro Código, dice Albaladejo (73), es, como de su época, liberal e individualista, pero moderada e incluso rec-

(69) CASTRO Y BRAVO F: *Derecho civil...*, cit. pág. 165.

(70) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, Vol. I, Ed. Tecnos, pág. 43.

(71) RICO PÉREZ, F.: *La codificación del Derecho civil en España*, P. noviembre-diciembre 1975. Ver especialmente: *El Derecho civil común después del Código*, pág. 29.

TORRALBA SORIANO, V.: *El Derecho civil desde la codificación hasta el tiempo presente*, RGL y J, sept.-oct. 1975.

(72) LALAGUNA, ENRIQUE: *Valor del Código civil como Derecho común, después de la reforma del Título Preliminar*, DJ, núm. 4, pág. 1296.

(73) ALBALADEJO GARCÍA, M.: *Derecho civil*, I. Introducción y Parte General. Introducción y derecho de la persona, 3.ª ed., pág. 51.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*, RDP, Madrid, 1957, pág. 1175.

tificada con ciertos matices sociales, en los que superó a sus modelos, y concretamente al Proyecto de 1851. Juicios del Código pueden formularse desde muchos puntos de vista. Reduciéndose a enjuiciarlo en general y exclusivamente desde el jurídico, se puede decir que ciertamente no es perfecto, pero que en nuestra Patria señala un progreso para la vida (jurídica) española y el Derecho que la regía. Es un Código sencillo y asequible, sin preocupaciones terminológicas ni de construcción sistemática. Cosas, sigue diciendo el profesor Albaladejo, que ciertamente redundan muchas veces en inexactitud en la terminología y en defectos de construcción, pero que otras le dan incluso una cierta flexibilidad que permite su adecuación a las circunstancias. Brevemente se podría decir que es un Código mejor para la vida jurídica que para la Ciencia del Derecho.

Desde el punto de vista político, dicen Díez Picazo y Gullón (74), el Código aparece como una obra inspirada en la ideología predominante de la época en que se llevó a cabo. Reconoce el Derecho de propiedad como un derecho fundamental (art. 348) y establece la libertad contractual como un principio básico (art. 1.255). Como una herencia de las tendencias burguesas recibe el Código la preocupación de mantener la libertad de comercio de la tierra, suprimiendo o, por lo menos, limitando las vinculaciones y las trabas que puedan impedir las (cfr. art. 785). No puede encontrarse en el Código una preocupación social extraña a su época. La regulación de los contratos de trabajo es particularmente escasa y en ocasiones irritante (v. art. 1.584). Responde a la ideología de su época y a una estructura económica en la que el trabajo es fundamentalmente trabajo agrícola o servicio doméstico. Algún atisbo de preocupación económica se encuentra de cuando en cuando, como, por ejemplo, en materia de colindantes, donde hay un esbozo de comienzo de una concentración parcelaria (art. 1.523) y en la preocupación por conservar indivisas las explotaciones agrícolas, industriales o fabriles en las herencias (art. 1.056). En materia de matrimonio, siguen diciendo estos autores, el Código siguió una línea conservadora, estableciendo como principio el matrimonio canónico y admitiendo subsidiariamente el matrimonio civil para quienes no profesen la religión católica (art. 42).

El profesor Federico de Castro (75), después de un estudio completo de las críticas de que ha sido objeto el Código y al que nos remitimos, dice: No es el Código la obra cumbre que correspondía a nuestra gloriosa tradición jurídica, pero dentro de su cons-

PASCUAL QUINTANA, J. M.: *La encrucijada del Derecho civil*, Estudios en honor del profesor Castán, I, pág. 417.

RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE: *Orientaciones modernas del Derecho civil*, RGL y J, oct. 1964, pág. 3.

(74) DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN, ANTONIO: *Instituciones de Derecho civil*. Vol. I, págs. 43 y 55. Ed. Tecnos. Reimpresión, 1974.

(75) CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho civil de España*, parte general, tomo primero, libro preliminar, pág. 174.

ciente finalidad modesta ha sido y sigue siendo útil; sus autores merecen respeto y agradecimiento, porque a pesar de lo desfavorable de los tiempos y circunstancias en que lo redactaron han sabido conservar la esencia tradicional de nuestro Derecho y hacer elegantemente, con los mínimos medios, una buena obra española.

La conclusión parece fácil: El Código fue bueno para su época y lo ha seguido siendo durante muchos años. Poco a poco ha ido perdiendo actualidad y utilidad, porque la vida social, afortunadamente, no se estanca, como a veces sucede con el Derecho. El Código ha servido porque fue prudente, porque fue sencillo y porque en el mismo se daba la suficiente elasticidad para aplicarlo a nuevas situaciones, pero la elasticidad tiene sus coeficientes de resistencia y también sus límites, y hoy, como ya hemos dicho, el Código en muchas de sus partes es absolutamente inservible y en otras es servible con restricciones muy acusadas. Marín Pérez propuso, ya en 1952 (76), la derogación del vigente Código civil y su sustitución por una amplia y corta declaración de principios, especie de Constitución civil, en cuya amplitud cupiese todo el Derecho de nuestras regiones. Esta tarea ha sido realizada por la Rusia soviética, con sus Principios de la Legislación civil de la URSS, de 1961, y con los Príncipes generales de la Legislación de la URSS y de las Repúblicas Federales sobre el matrimonio y la familia, de 27 de junio de 1968, que han inspirado los Códigos sobre el matrimonio y la familia de las Repúblicas Federales, cuyo ejemplo más representativo es el de la República Federal de Rusia, de 30 de julio de 1969, porque Rusia no olvida que el Derecho civil regula la verdadera vida íntima de la nación en las personas e intereses de los hombres que la forman.

La crisis de nuestro Ordenamiento es patente, y como dice la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1973 (77), el fenómeno, ya lo hemos dicho, obedece a un total desfase del Derecho civil con respecto a la realidad jurídica que pretende regular. El signo de la socialización (en el sentido de prevalencia de los intereses comunes sobre los particulares) y la oficialidad (en el sentido de intervención estatal) preside las más de nuestras relaciones sociales y, por ende, las jurídicas, y así, aquel «ius privatum» que en la sociedad burguesa liberal era rey y señor del ámbito jurídico se bate en retirada y está en crisis, cediendo terreno a esas nuevas formas jurídicas de un Derecho Administrativo o panadministrativo que es tan caro a nuestra Administración tecnificada y en el que se integran y resuelven los más de los problemas jurídico-económicos de nuestra sociedad industrial.

Lo que hay que hacer es adelantarse a esa total publicación del Derecho civil, socializándolo hasta donde es debido y garanti-

(76) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, 3.^a ed., página 222.

(77) Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, 1973, siendo Fiscal don Fernando Herrero Tejedor, pág. 97, que a su vez recoge unas consideraciones del Fiscal de La Coruña.

zando adecuadamente los intereses más fundamentales de la persona.

4. *Su posible reforma (78).*

Evidentemente el Código civil, como indica González Botella (79), ha inspirado siempre el temor reverencial de una obra bien hecha de nuestros antepasados y bien urdida en su trama, lo que produce una especie de alergia frente a cualquier intento de reforma o de modificación, y esto pasa y tal vez seguirá pasando durante algún tiempo.

Nosotros creemos, insistiendo en lo ya indicado, que reconocido el valor inmenso que supuso la construcción del Código civil y aun partiendo de tal premisa, nada quita para que hoy haya que decir que el Código no nos sirve, que está desfasado, que es en muchas de sus zonas anacrónico y que trata y resuelve muchos problemas con criterios que la sociedad actual no acepta como justos, dado que la justicia no tiene una dimensión estática, sino dinámica y cambiante como la propia sociedad a la que sirve.

Considerando, pues, estas circunstancias, lo que habrá que hacer es intentar realizar una obra que se aproxime en su perfeccionamiento técnico, en sus expresiones, en su equilibrio, en su prudencia, a lo que el Código fue con relación a su época, nada más; es decir, lo que tiene que servir de ejemplo es la obra bien hecha que el Código es, no su contenido, ni sus soluciones, ni siquiera los principios que lo inspiraron. En varias ocasiones he dicho (80), y en este mismo trabajo he tenido la oportunidad de recogerlo, que si queremos llevar a cabo una tarea legislativa con vocación de perfección y de permanencia hay que partir de estas premisas: 1.ª) Hacer un Derecho vigente, desde un punto de vista social, auténticamente enraizado en el pueblo. Esto no puede entenderse como una simple expresión demagógica, ni mucho menos bajo la idea de que las leyes han de ser del gusto de quienes más gritan y de quienes más se dejan oír. El enraizamiento del pueblo tiene que venir de la legitimidad de los legisladores en cuanto auténticos representantes de aquél y, sobre todo, de la actitud reflexiva de aquéllos, en una incesante búsqueda de cuáles sean las verda-

(78) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Reflexiones sobre el futuro del Derecho civil*, página 1175.

JORDANO BAREA, J. B.: *Concepto y valor del Derecho civil*, RDP, XLVI, página 717.

(79) GONZÁLEZ BOTELLA: *El nuevo título preliminar del Código civil*, ob. cit.

(80) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho*, ob. cit.

Las revisiones periódicas debieran hacerse cada cinco años. La Comisión General de Codificación debiera ser la Institución encargada de esta tarea, recibiendo los informes y asesoramientos pertinentes (V. Disposición Adicional 1.ª del Código civil).

FUENMAYOR, AMADEO DE: *La revisión periódica del Código y de las Compilaciones*, ADC, XXVI, 1, pág. 215.

deras inquietudes de la comunidad y sus justas apetencias. 2.^a) Que la expresión formal de ese Derecho se realice en unos textos lo más claros, lo más inteligibles y lo más cerca posible del entendimiento del común de las gentes. Una cosa es tecnicismo, precisión, corrección terminológica y otras expresiones rebuscadas y artificiosas sólo alcanzables para unas minorías. No siempre una ley podrá ser entendida por todos, pero es deber del legislador conseguir que la entiendan los más. No es bueno que respetemos las leyes por el temor que infunde la sanción por su incumplimiento, sino por el acatamiento general íntimo a lo que se quiere porque se conoce y se sabe que es bueno. 3.^a) Permitiendo a los Tribunales una aplicación de las leyes que respetando su espíritu y su finalidad, en función del propio texto (para garantía de que el principio de seguridad, tan importante como el de la justicia, se cumple), haga posible su adecuación al momento mismo en que la voluntad legislativa abstracta se hace concreta por la decisión judicial (81).

Díez Picazo (82) plantea, en relación con este tema, una serie de interesantes problemas, sobre los que merece la pena detenerse en función de la finalidad de este trabajo: El fenómeno del arraigo de una norma, el de las normas legales de aplicación habitual y el de aquellas otras que se aplican sólo esporádicamente o que ni siquiera se aplican. La fusión ley-costumbre, dice, puede producirse por una de estas dos causas: o bien se trata de leyes que han atravesado, después de su puesta en vigor, el proceso de consuetudinización, de manera que los destinatarios de tales leyes se han habituado ya a ellas; o bien el legislador ha promulgado como leyes normas que poseían con anterioridad un valor consuetudinario, es decir, se trata de un proceso de legalización de costumbres ya existentes. Frente al cuadro anterior, la ruptura del esquema de fusión ley-costumbre, que provoca arduas dificultades en la efectiva realización del Derecho, se puede producir por alguna de estas razones: en primer lugar, porque no obstante haber sido promulgadas por los órganos del Estado no llegan a consuetudinizarse, sino que, por el contrario, encuentran resistencia en sus destinatarios para su aplicación; en segundo lugar, pueden existir costumbres que no se legalizan, bien porque aquí la resistencia sea del legislador, o bien porque éste considera innecesario transformar tales costumbres en leyes; en tercer lugar, puede detectarse la pervivencia consuetudinaria de ciertas normas, no obstante haberse producido una deslegalización; es decir, determinadas reglas continúan usándose y aplicándose a pesar de que, formalmente, el legislador las ha derogado; por último, es muy co-

(81) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La interpretación de las normas jurídicas en el nuevo título preliminar del Código civil*, DJ, oct-dic 1974

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes del Derecho*, cit.

(82) DIEZ PICAZO, LUIS: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Ariel, página 148 y ss.

nocido el fenómeno de la «desuetudo», es decir, el desuso de una ley o la existencia de prácticas contrarias a la misma, no obstante continuar formalmente vigentes.

El legislador habrá de buscar, pues, fórmulas para que la correlación ley-realidad social sea lo más próxima e intensa posible. Como ya hemos dicho, ello exige leyes realistas y posibilidades de adecuación a la práctica, concediendo a los Tribunales unos poderes que, respetando la norma, permitan la necesaria flexibilidad en su aplicación.

Concretando gran parte de lo señalado, digamos que la futura reforma ha de plantearse, aparte de otros muchos temas (terminología, principios, etc.), los problemas de sistemática, de extensión y de contenido a los que brevemente nos vamos a referir.

A. *En cuanto a su sistemática*

En la exposición de materias, dicen Díez Picazo y Gullón (83), el Código sigue la sistemática tradicional en su tiempo para el Derecho civil. Consta de cuatro libros y un libro preliminar. La sistemática, continúan diciendo, no es perfecta. Falta un tratamiento especial del Derecho de familia, que se encuentra en parte incluido en el libro I de las personas, y en parte en el libro de las obligaciones y contratos. Falta, igualmente, un tratamiento autónomo del Derecho de sucesiones, que se encuentra incluido en el libro III relativo a los modos de adquirir la propiedad. En algunos otros aspectos la sistemática del Código es claramente defectuosa.

A nuestro juicio, y evitando traer nuevos y autorizados testimonios críticos en este sentido (84) para no alargar con exceso este trabajo, la ordenación del Código civil bien pudiera ser, con algunos retoques, la que tradicionalmente se utiliza en la exposición científica del Derecho, que es muy clara y que creemos responde a la realidad más que la que sigue en el Código: Título Preliminar, de las personas, de los derechos de obligaciones o de crédito, de los derechos reales, de los derechos de familia y del derecho sucesorio, por el orden que enseguida vamos a indicar.

En esquema, el sistema pudiera ser el siguiente:

Título Preliminar: De las normas jurídicas, su interpretación, aplicación y eficacia.

(83) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, I, cit., pág. 43.

CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *La ordenación sistemática del Derecho civil*, RGL y J, 1954.

(84) V. obras generales de Derecho civil.

MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*, cit., Índice, página 174.

SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil, teoría y práctica*, I, y *El Derecho civil, evolución de su concepto y tendencias actuales*, RDP, enero 1977 (que constituye un capítulo de la obra anteriormente citada).

Libro I. De las personas.

- Título I. De los españoles y extranjeros.
- Título II. De las personas físicas.
- Título III. De los derechos de la personalidad.
- Título IV. De la emancipación.
- Título V. Del domicilio.
- Título VI. De la ausencia.
- Título VII. Del registro del estado civil (85).
- Título VIII. De las personas jurídicas.
- Título IX. Del domicilio de las personas físicas y jurídicas.

Libro II. De la Familia.

- Título I. Del matrimonio.
- Título II. De la paternidad y la filiación.
- Título III. De la patria potestad.
- Título IV. De la tutela.

Libro III. De las obligaciones y contratos.

- Título I. De las obligaciones. (Aquí se incluiría el actual Título XVI y el enriquecimiento sin causa y los cuasicontratos, si es que se decide su mantenimiento, que es discutible.)
- Título II. De los contratos.
- Título III. Del contrato de bienes con ocasión del matrimonio. (Tal vez, incluible en el Libro II).
- Título IV. De los contratos de compraventa y permuta.
- Título V. Del contrato de arrendamiento de cosas.
- Título VI. Del contrato de sociedad.
- Título VII. Del contrato de construcción.
- Título VIII. Del contrato de prestación de servicios.
- Título IX. Del contrato de mandato.
- Título X. Del contrato de depósito.
- Título XI. De los contratos de seguro y renta vitalicia.
- Título XII. De los contratos de transacción y compromiso.
- Título XIII. Del contrato de garantía.
- Título XIV. Del contrato de donación.
- Título XV. De los contratos atípicos.
- Título XVI. De la concurrencia y prelación de créditos.
- Título XVII. De la prescripción.

Libro IV. De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones.

- Título I. Del concepto y clasificación de los bienes.
- Título II. De la propiedad.

(85) V. Real Decreto de 1 de diciembre de 1977 sobre modificación de determinados artículos del Registro civil.

- Título III. De las propiedades especiales.
- Título IV. De la posesión.
- Título V. Del usufructo.
- Título VI. De las servidumbres.
- Título VII. De la hipoteca y de la prenda.
- Título VIII. De los derechos censales y de superficie.
- Título IX. Del registro de la propiedad.

Libro V. De las sucesiones.

- Título I. Disposiciones generales.
- Título II. De la herencia: Las legítimas.
- Título III. De la sucesión testada.
- Título IV. De la sucesión intestada.
- Título V. De la colación y partición.
- Título VI. Del registro de últimas voluntades.

Disposiciones transitorias.

B. *En cuanto a la materia que debe abarcar.*

En mi opinión el esquema en orden a la materia abarcable por el Código civil, pudiera hacerse, tal vez, en base a las siguientes líneas generales (86):

Materias completas incluidas que deben excluirse: Normas sobre la prueba.

Materias no incluidas que deben incluirse: Los derechos de la personalidad, la teoría general de los derechos de propiedades especiales no incorporadas, ciertos contratos no tipificados en el Código, como, por ejemplo, el de edición, etc.

Materias incluidas que deben reformarse:

En un sentido de totalidad: Algunas institución, por ejemplo el matrimonio, la filiación, el derecho de superficie.

En importantes aspectos: Personas jurídicas, arrendamientos en general, los urbanos y rústicos de manera actual y eficaz, arrendamientos de servicios, de obra (y, en general, y a nuestro juicio incorporando una teoría unitaria civil y mercantil de la contratación) (87), propiedad (tanto en su concepción general como en la

(86) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I, vol. I, 11 ed. revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, pág. 247.

ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Manual de Derecho civil español*, parte general, pág. 44.

MOISSET DE ESPANÉS, L.: *Derecho civil español y americano*, RDP, 1972.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil*, cit.

SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, tomo I, pág. 588 y ss.

(87) Código civil italiano.

GARRIGUES, JOAQUÍN: *Curso de Derecho Mercantil*, tomo I, y *Tratado de Derecho mercantil*, I-1.

GIRÓN TENA, JOSÉ: *El concepto del Derecho mercantil*, ADC, 1954, pág. 695 y ss y 971 y ss.

diversificación de regímenes dentro de la propia propiedad), patria potestad, orden de suceder en la sucesión intestada, etc.

En aspectos accesorios: Supresión de ciertos términos, refundición de preceptos, corrección de imprecisiones, etc.

Por supuesto que, como ya hemos advertido insistentemente, nuestro caminar por el Código civil en orden a su reforma, será un recorrido muy ligero, sin excesivas retenciones ni demasiadas insistencias. No podemos ni queremos hacer un estudio exhaustivo, sólo un insignificante muestreo sobre algunos puntos que nos parecen importantes, sin que ello quiera decir que otros que no llegamos a examinar o que lo hacemos muy superficialmente, no tengan igual o mayor importancia y urgencia en la modificación.

C. *En cuanto a su contenido.*

Esta será propiamente la finalidad del trabajo, aunque repetimos, haya de consistir en buscar la reforma con elementalidad, y de manera fragmentaria y parcial. Apenas un esbozo muy modesto y simplemente testimonial de una inquietud.

5. *Estado actual del problema.*

Ya lo hemos indicado, tal vez con excesiva insistencia: Nuestro Ordenamiento jurídico casi en su totalidad está absolutamente superado por la realidad social. Con una simple ojeada a nuestro alrededor es suficiente para comprobarlo. Quienes hemos vivido con cierta intensidad la aplicación del Derecho, sabemos lo cierta que es, desgraciadamente, esta afirmación. El reproche no es exclusivo de España, otras muchas naciones padecen la misma situación. Muchos ordenamientos vieron la luz en una época en la que sus preceptos y normas supusieron realmente un profundo avance para la sociedad: Implicaban la seguridad frente al caos y la anarquía legislativa, la justicia, porque sus normas constituían un equilibrio frente a la desarmonía reinante y, en cierta manera, suponían el bien común, porque la Sociedad burguesa de aquel entonces encontraba en muy amplias zonas el traje a su medida. Pero hoy, ni sus presupuestos coinciden con los principios informadores de nuestra sociedad, ni sus realizaciones prácticas están ajustadas a las necesidades actuales. Pensemos simplemente en los artículos que el Código dedica a la dote, institución muerta; en la ausencia

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, Ed. Clares. 5.ª Ed., 1976.

URÍA RODRIGO: *Derecho mercantil*. 10.ª Ed., 1975.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La relación entre el Derecho civil y mercantil*, RGL y J, octubre 1968.

JORDANO BAREA, J. B.: *Derecho civil y Derecho mercantil*, RDP, marzo 1964.

POLO, A.: *El concepto y los problemas del Derecho mercantil en la legislación y la jurisprudencia españolas*, RDP, 1956, pág. 1175 y ss. y 1957, pág. 3 y ss.

RUBIO GARCÍA-MINA: *Introducción al Derecho mercantil*, 1969.

BROSSETA PONT: *Manual de Derecho mercantil*, 2.ª ed., 1974.

GARRIGUES, J.: *Curso de Derecho mercantil*.

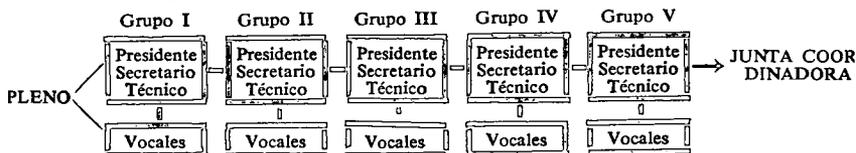
de regulación, dentro del Código, de los arrendamientos rústicos y urbanos, apenas entrevistados, y en tantas y tantas otras situaciones de desarmonía.

III. ESQUEMA DE LA REFORMA

Nosotros estimamos, desde un punto de vista operativo, que los estudios preliminares de la reforma total del Código civil, debieran realizarse aproximadamente así: Designar dentro de la Comisión General de Codificación, de entre sus miembros o de especialistas incorporados para el Grupo General de Trabajo, un conjunto representativo de las distintas corrientes de opinión actualmente vigentes en España, a través del Congreso de los Diputados y del Senado, de técnicos del Ministerio de Justicia, de la Universidad, de la Administración de Justicia, de los Colegios de Abogados, Notarios, Registradores, etc., todo, como queda dicho, dentro de la Comisión General de Codificación que procedería a estudiar con un sentido amplio y general los principios informadores de la reforma como pórtico; en definitiva, a la elaboración de un nuevo Código civil. Inmediatamente se nombrarían 6 o 7 subgrupos de trabajo: 1) Título preliminar y Parte General (en una o dos secciones). 2) Obligaciones y contratos (*idem*). 3) Derechos reales. 4) Familia, y 5) Sucesiones. Cada grupo designaría, por elección de entre sus componentes, un presidente (88) y estaría formado por 5-10 vocales, uno de los cuales actuaría como Secretario a efectos de actas, de aportación de datos, etc. Los Presidentes y los Secretarios, con un Presidente designado por el procedimiento que se considerase más adecuado, formarían una Junta Coordinadora que facilitaría información a cada grupo, del trabajo de los demás, procurando, con la aquiescencia de los grupos, unificar los estilos y las conclusiones de todos ellos, redactando finalmente una propuesta general que pasaría al pleno para la aprobación en bloque o rechazo o formulación de objeciones o votos particulares (89). El trabajo así elaborado constituiría el borrador de Anteproyecto del Código civil que se sometería primero a la Sección correspondiente y después al pleno de la Comisión General de Codificación, que podría ser, con las adecuadas correcciones, el verdadero Anteproyecto, que previo estudio y aprobación, si procedía, del Gobierno, llegaría a las Cortes. Ello supondría dar un paso importante en nues-

(88) Análogamente a como se hizo, creemos que con eficacia y éxito, con el anteproyecto de ley general penitenciaria.

(89) El esquema sería éste:



tra ordenación y una consolidación del proceso codificador que ha de ser no un punto final, sino una línea, inacabada siempre, de ordenación social.

El porvenir de la codificación, ha dicho Hernández Gil (90), no queda subordinado al imperio de la mentalidad formalista; dentro de la mentalidad antiformalista también tiene sentido, siempre que por codificación no se entienda una meta inmóvil, sino un proceso en marcha. La norma jurídica propiamente dicha, dice más adelante (91), ni es reflejo del simple querer político ni se identifica con cualquier regla resultante de un procedimiento de elaboración legalmente preestablecido. La tecnificación de los actos de preparación y de elaboración de las leyes, que no excluyen la censura política en cuanto a los principios, los fines y la oportunidad de la creación legislativa, lejos de contradecir la base democrática del derecho, la sirve mejor.

El factor de inercia, dice Villar Palasí (92), es de sobra conocido y no es peculiar del Derecho; es el peso de la tradición, de nuestras convicciones más profundas. El equilibrio, no ya inestable, sino espasmódico, entre lo conveniente a la sociedad, economía, estabilidad, orden y progreso, y la dignidad intangible de la persona es, en nuestros días, un problema de aproximaciones sucesivas. Lo único que es evidente, sigue diciendo, es el papel omnipotente de la lógica, única ciencia habituada a autonomías y contradicciones, y la precisa renovación de nuestra Ciencia, construida a un modelo social y humano, desproporcionado a la realidad habitual: El traje habitual se nos ha quedado corto.

La codificación fracasa cuando se la concibe como una meta, como la definitiva conclusión de un proceso legislativo, en vez de un paso o un tránsito hacia el perfeccionamiento social. Si sucede lo primero, el Ordenamiento se autodestruye por inservible e ineficaz, si lo segundo se potencia y enriquece constantemente.

Amorós (93), por otra parte, se ha referido a las causas determinantes del proceso de desintegración del derecho que son múltiples y de dificultoso examen, recogiendo a su vez del profesor

(90) HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Formalismo, antiformalismo y codificación*. Comisión general de codificación, Madrid, 1970, pág. 3.

A mi juicio, la codificación tienen las ventajas de acabar con la dispersión legislativa, conseguir una exposición coherente y sistemática de principios, facilitar su conocimiento, reafirmar el principio de seguridad y permitir una interpretación más auténtica y al mismo tiempo más flexible. El inconveniente grave es que puede paralizar en cierta manera el dinamismo propio del derecho y nota esencial del mismo. Una codificación que en sí misma arbitre los procedimientos para realizar periódicamente cambios nos parece el sistema ideal.

(91) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Formalismo, antiformalismo...*, cit., pág. 27.

(92) VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS: *La interpretación y los apotegmas jurídicos*, Ed. Tecnos, Prólogo, pág. XX.

(93) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *Sobre el Derecho inmobiliario registral y su posible autonomía*, Madrid, 1967, pág. 13.

De Castro (94), la distinción entre causas externas e internas. Lo que importa destacar, dice Amorós, es, de una parte, el hecho indudable de la desintegración del Derecho civil y de las grandes ramas jurídicas, motivado por la aparición de nuevas disciplinas especializadas, y de otra (cómo la existencia de leyes especiales, al margen de los Códigos generales en que encarna la disciplina del Derecho común), la necesidad de determinar prácticamente cuándo se aplicará un precepto del Derecho especial frente a las normas del Derecho común y la especialización científica, cada vez más acentuada, de investigación creadora y de aplicación en torno a cada una de las nuevas materias surgidas, han influido poderosamente en este complejo fenómeno de disgregación o parcelación jurídica a que nos estamos refiriendo. Problema este que, a nuestro juicio, también debiera ser objeto de meditación por parte del futuro legislador en el sentido de que en las materias necesitadas de un mayor desarrollo legislativo, el Código debe contener los principios básicos de aquéllas, porque en definitiva, el Código debe de ser, con respecto a ellas, como una especie de Constitución civil de la que dichos principios no podrán separarse.

I. EL TÍTULO PRELIMINAR (95)

A. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL MISMO.

El Título Preliminar del Código civil fue, como se sabe, recientemente reformado en una dirección que consideramos absolutamente acertada, positiva y perdurable. Las mejoras que la reforma ha traído consigo han sido reiteradamente destacadas y puede decirse, utilizando una palabra de moda, que el consenso ha acompañado al elogio con sólo algunas reservas, especialmente en orden a las normas del Derecho internacional privado (96), en las cuales

(94) CASTRO, F. DE: *Derecho civil de España*, 2.^a ed., Instituto de Estudios Políticos, 1949, tomo I, pág. 119-123.

(95) V. la extensa bibliografía existente en torno a este tema.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas ideas sobre el valor y significación de las fuentes...*, cit.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *La costumbre en el Código civil español, después de la reforma del título preliminar, llevada a cabo por Decreto de 31 de mayo de 1974*, P., julio-agosto 1974.

CRISTÓBAL MONTES, ANGEL: *La costumbre, la jurisprudencia y la equidad en el nuevo título preliminar*, RGL y J., nov. 1977.

BERNAL-QUIRÓS CASCIARO, JOSÉ TOMÁS: *Consideraciones sobre el nuevo título preliminar*, RCDI, núm. 555.

El apartado 2 del art. 10 de la Constitución (Versión Senado) incide de alguna manera en el art. 3.^o del Código civil.

(96) MARTÍNEZ RUIZ, FERNANDO: *Una manera de ver el Derecho internacional privado*, DJ, núm. 11, julio-septiembre 1976. En este campo, dice, no hay adecuación entre el derecho y la vida.

PECOURT, ENRIQUE: *Derecho internacional privado español*. Jurisprudencia sistematizada y comentada. Ed. Universidad de Navarra, S. A., 1976.

la carencia de una sólida doctrina, y tal vez la deficiencia de enfoque, constituyeron, a nuestro juicio, un importante obstáculo para que se obtuviera un resultado significadamente positivo como en el resto de la reforma. En esta parte la reforma ha de ser reformada

Creemos, y así lo hemos dicho en varias ocasiones, que en el resto las innovaciones han sido enormemente atinadas, y si los Tribunales aciertan en su actividad judicial, como estamos seguros que acontecerá, a obtener todo el caudal de posibilidades que de la misma cabe lógicamente esperar, el resultado será evidentemente la obtención de un Ordenamiento más actual, más real y más justo, incluso antes de ser modificado en profundidad.

B. REFORMAS CONVENIENTES (97).

a) *Los principios generales.*

En relación a los principios generales entendemos que no deben ofrecer ninguna especialidad en cuanto a su más amplia consideración de cimientos básicos del orden jurídico, para ningún tipo de normas específicas dentro del Conjunto del Ordenamiento, incluida de manera muy particular, como principio de los principios, la Constitución, debiendo deducirse cuáles hayan de ser aplicados en cada caso y para cada momento. Los principios generales deben tener, además, una muy amplia movilidad y dinamismo, dado que las normas escritas (ley en la dirección que señala el artículo 1.º del Código civil) habrán de interpretarse según el sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Es decir, la realidad social, que es por naturaleza esencialmente movable y cambiante, está permanentemente condicionando el contenido de las leyes, lo que significa que la misma ley, sin haber cambiado ni un ápice su texto, puede y debe ser interpretada y aplicada de forma distinta en función del medio social donde se aplique. Incluso, creo que el propio y específico acontecer de una determinada zona o región puede motivar un cierto cambio de la normar (en materia de arrendamientos, de problemas indemniza-

CARRILLO SALCEDO, J. A.: *Derecho internacional privado*. Introducción a sus problemas fundamentales.

ORTIZ DE LA TORRE, JOSÉ A. TOMÁS: *El nuevo sistema conflictual español. Algunas observaciones a su contenido*, RGL y J., tomo LXIX (237), pág. 401.

MEDINA ORTEGA, MANUEL: *El título preliminar del Código civil y la participación de España en las comunidades europeas*. Revista Española de Derecho internacional, 1972, núms. 1 y 4.

(97) Hacemos abstracción de los problemas relativos a la creación de las leyes, jerarquía normativa, irretroactividad, señaladas en la Constitución y que no exigen reformas en el Código civil. Sí, en cambio, pueden requerir modificaciones los temas relativos a la cesión de competencias. GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *El concordato como fuente del Derecho*, RGD, enero-febrero, marzo y abril 1978.

torios, etc.), lo cual no significa otra cosa que hacer del juez, como debe ser, dentro de su más absoluta imparcialidad (lo que no quiere decir ni mucho menos insensibilidad), notario de las inquietudes y realidades sociales de cada momento. Pues bien, esto que parece claro para las leyes, creemos que también lo es para las costumbres y los principios generales del derecho, porque con el más absoluto respeto a la propia ley (aplicando por analogía la norma que regula la analogía de las normas (V. art. 4.º, ap. 1.º), entendemos que la costumbre y los principios generales del derecho, deben someterse al mismo tratamiento.

En definitiva, al art. 3.º, ap. 1.º pudiera añadirse este párrafo: De igual manera se interpretarán, dentro de sus particularidades, las costumbres y los principios generales del derecho.

b) *Vecindad civil* (98).

El art. 14, ap. 4.º, ofrece dos consideraciones: 1.ª ¿por qué cuando se trata de la nacionalidad (v. art. 21), el matrimonio por sí sólo no modifica la que corresponde a cada uno de los cónyuges ni limita ni condiciona su adquisición, pérdida o recuperación y, en cambio, en la materia de vecindad se obliga a la mujer a seguir la condición del marido? ¿Hay alguna razón seria para ello? Estimamos que no y que, por tanto, este precepto debe ser corregido en igual sentido que el art. 21 y ss lo fueron por la Ley 14/1975 de 2 de mayo (99). 2.ª ¿por qué los hijos siguen la vecindad (y el problema es en este caso trasladable a la nacionalidad) del padre, y sólo en casos excepcionales la de la madre? ¿No sería mejor cuando la vecindad o la nacionalidad no sea común, dejar que los padres decidan, y sólo en caso de discrepancia entre los progenitores permitir al juez que decida? La libertad, cualquier tipo de libertad, tiene un precio, pero creemos que en muchos casos, en la mayor parte de ellos, merece la pena pagarlo. Todo ello pensando en el beneficio del hijo que ha de ser el destinatario favorecido por la norma.

c) *Otras observaciones.*

Ya ha quedado señalado que, en orden al tema del Derecho Internacional privado, tal vez sean necesarios algunos, más bien bas-

(98) GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: *En tema de adquisición de vecindad civil*, RDP, LX, pág. 268.

(99) V. Circular de 22 de mayo de 1975.

El resultado de todo esto, dice Bercovitz (a), es que mientras marido y mujer pueden tener nacionalidades distintas, el ap. 4 del art. 4.º, acorde con el criterio tradicional de sumisión personal de la mujer al marido, impone que aquélla seguirá la condición de éste en materia de vecindad civil. La contradicción en los principios salta a la vista. En la práctica, la disparidad de criterios de ambas reformas del Código civil conduce a resultados incongruentes. (a) *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo I, Ed. RDP (dirigidos por Manuel Albaladejo).

tantes, cambios, aunque no sería infructuosa una cierta espera para comprobar con más exactitud y precisión los resultados de la reforma.

II. PARTE GENERAL (100)

A) IDEAS GENERALES.

Insistimos que en la exposición de esta materia vamos a seguir no el orden del Código, sino el criterio más científico de Parte General. Teoría General de Obligaciones y Contratos, Derechos Reales, Familia y Sucesiones, y dentro de cada una de estas partes la sistemática usual en casi todos los Tratados y Manuales, que es también la que he seguido en mi pequeña obra de «Introducción al estudio teórico-práctico del Derecho civil».

B) POSIBLES REFORMAS.

Ya hemos indicado que nuestro propósito no es el de encerrar en unas cuantas cuartillas toda la necesaria reforma del Código. Ni estamos preparados para una obra de tamaño envergadura ni sería el momento de llevarla a cabo. Queremos simplemente meditar en alta voz sobre aquellas zonas en las que, según nuestro modesto entendimiento, debe realizarse prioritariamente una reforma en profundidad, aunque de manera parcial, mientras llega el nuevo Código civil. Pensamos que si de una manera fragmentaria, pero de forma inmediata, se llevara a cabo una modificación profunda de algunas de sus instituciones, y paralelamente una especie de revisión de todo su articulado, el resultado, si las modificaciones son todas acertadas en el sentido ya expuesto en apartados anteriores, podría ser el almacenar una experiencia aparte de un mejoramiento desde ya de nuestro Ordenamiento, y poseer una especie de banco de pruebas para acometer, con los datos almacenados, que el rodaje de la reforma facilitase, la construcción, después de cuatro o cinco años, un Código civil (101) de nueva planta.

(100) CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral*, I.

(101) Sobre el Derecho foral: RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit. pág. 40. SANCHO REBULLIDA, F.: *El futuro de los derechos forales*, RGL y J, LXXV, pág. 311.

SANTOS BRIZ, JAIME: (*El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, RDP, enero 1977). Señala como bases del Derecho civil éstas: A) La persona como concepto ético fundamental. B) Trasplante del concepto ético de persona a la esfera privatística. C) El principio de confianza, y D) El principio de la justicia contractual conmutativa. Sobre la capacidad jurídica de la mujer es imprescindible acabar con cualquier vestigio de discriminación. V. TELLO NÚÑEZ, M.ª: *Situación jurídica de la mujer. Perspectivas de futuro*, P., octubre-diciembre 1976.

a) *Los derechos de la personalidad* (102).

¿Convendría incorporar al Código civil esta materia? Como sabemos, la teoría general de los derechos de la personalidad está todavía controvertida. La personalidad es un atributo jurídico del que nacen multitud de derechos de muy variada índole y naturaleza y con protecciones igualmente diversas. Así, el derecho a la vida tiene su protección en el derecho penal (art. 407 y ss del Código penal), y otro tanto sucede con el honor (art. 453 y ss), con la libertad y seguridad (art. 480 y ss), etc.; otras veces se trata de protecciones de naturaleza civil (la propia imagen, por ejemplo; el honor o la honra, en ocasiones, etc.). A nuestro juicio, reconocidos determinados derechos de la personalidad (y en la actualidad el Anteproyecto de Constitución es muy expresivo en este sentido (103), si

(102) BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976.

(103) Los derechos de la personalidad, en sentido muy amplio, en el proyecto de Constitución (aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados, «B. O.» de las Cortes, núm. 135, 24 de julio de 1978) son, entre otros, éstos:

Cap. II: Libertades y derechos. Sección 1.ª: De las libertades públicas (artículos 14 a 27). Sección 2.ª: De los derechos y deberes de los ciudadanos (artículos 28 a 34).

Derecho a la vida y a la dignidad.—Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física, sin que en ningún caso puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 14, primera parte).

Libertad religiosa.—Se garantiza la libertad religiosa y de cultos de los individuos y de las comunidades (art. 15-1, 1.ª parte).

Libertad y seguridad.—Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad si no con la observancia de lo establecido en este art. y en los casos y en la forma prevista en la Ley (artículo 16-1).

Derecho al honor (a) a la intimidad personal, (b) y familiar y a la propia imagen.—Se garantiza el... (art. 17-1). El domicilio es inviolable (art. 17-2). Se garantiza el secreto de las comunicaciones (art. 17-3) (a) EVDSIEK, G.: *Imperfecciones de la protección del honor en Derecho civil*, RDP, L, pág. 971. (b) ONECHA SANTAMARÍA, CARLOS: *Protección jurídica de la intimidad personal*, RGL y L, LXXV, pág. 539.

Derecho a elegir libremente su residencia.—Los españoles tienen... (artículo 18-1) (V. pf. 2.º).

Derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones.—Mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (art. 19-1 a).

Derecho a la producción y creación literaria, artística y científica (artículo 19-1 b).

Derecho a la libertad de cátedra (art. 19-1 c).

Derecho a la información.—A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La Ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional (art. 19-1 d).

Derecho de reunión y manifestación.—Esta última con alguna limitación (art. 20-1 y 2).

Derecho de asociación.—Se reconoce el derecho... (art. 21-1).

Derecho de fundación.—Se reconoce el derecho de... (art. 22). Obsérvese que este artículo ha de relacionarse indiscutiblemente con el actual art. 35, número 1, del Código civil, ya que de su tenor parece deducirse la libertad de los particulares de crear fundaciones de naturaleza privada.

Derecho a participar en los asuntos públicos.—Directamente o por medio

son atacados y quebrantados podrá su titular (con independencia de la sanción penal y del ejercicio de la acción civil inherente al delito, cuando la conducta esté tipificada (v. arts. 19 y ss y 101 y ss del Código penal), obtener su reparación económica (daño material y moral) al amparo del art. 1.902 del Código civil (104), aparte también las medidas de naturaleza administrativa.

de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas, por sufragio universal (art. 23-1).

Derecho al acceso efectivo de los Tribunales.—Para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión (art. 24-1). El Ministro de Justicia, don Landelino Lavilla, no sólo ha remarcado la necesidad de esta tutela, sino que también («*Revue Internationale de Droit penal*, 49 année, 1978, n.º 1, pág. LIII) ha insistido en la necesidad de una eficaz protección (penal) de la intimidad y el secreto, tema al que también se refirió la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo, de 1976, siendo Fiscal D. Antonio José García Rodríguez Acosta, pág. 55, bajo el título *Algunas ideas sobre el derecho a la intimidad en el orden penal*.

Derecho a no ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa (art. 24-3).

Derecho a la educación.—Se reconoce la libertad de enseñanza (art. 25-1).

Derecho a la sindicación libre.—Con posibilidad de limitación para las Fuerzas o Instituciones Armadas y demás cuerpos sometidos a disciplina militar.

Derecho a la huelga (art. 26-2).

Derecho de petición o de reclamación personal y colectiva.—Con limitación para las Fuerzas o Instituciones Armadas y demás Cuerpos sometidos a disciplina militar (art. 27-1 y 2).

Derecho de contribuir a la defensa de España.—Los ciudadanos tienen el derecho y la obligación... (art. 28-1).

Derecho a contraer matrimonio.—A partir de la edad núbil (art. 30-1).

Derecho a la propiedad privada y a la herencia.—La función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes (art. 31, 1 y 2).

Derecho al trabajo.—Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo (art. 32-1).

Derecho a la negociación colectiva laboral.—Así como a adoptar medidas de conflicto colectivo, sin perjuicio de las limitaciones que pueden establecerse (art. 33, 1 y 2).

Derecho a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado (art. 34).

El art. 48, dentro del capítulo cuarto «De las garantías de las libertades y derechos fundamentales», dice: 1) Los derechos y libertades reconocidos en el cap. II del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por Ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo dispuesto en el art. 155-1 a) (a través del recurso de inconstitucionalidad).

2) Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos, reconocidos en el art. 13 y la sección 1.ª del capítulo segundo, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y a través del recurso de amparo ante el Tribunal constitucional. Este último será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el art. 28. 3) El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el capítulo III informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria mediante los procedimientos establecidos en las leyes que las desarrollan.

(104) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Naturaleza y efectos de los principios generales jurídicos de la publicidad*, en el Estatuto de 11 de junio de 1964. Estudios en honor del Prof. Castán III.

b) *La emancipación.*

Mejor que las explicaciones que pudiera llevar a cabo ahora en orden a cuál es mi criterio con relación a la reforma de esta institución, será transcribir las conclusiones de un trabajo que acabo de redactar sobre este tema y al que nos vamos a referir en seguida.

Anticipándome a algunas de las observaciones que a las mismas puedan hacerse he de indicar que Diez Picazo y Gullón (105) dicen que es cierto que la mayoría de edad es una causa de emancipación, de cambio de estado civil, que se pasa al estado civil de la mayoría de edad, pero que, en sentido técnico, la emancipación es un típico negocio jurídico del Derecho de familia que tiene como primordial efecto el otorgar al menor un nuevo estado civil: El de emancipado (106). En cambio, a mi juicio, la emancipación es un estado o situación jurídico civil único, al que se llega por diversos caminos: por la mayoría de edad, por la concesión, etc.

Las conclusiones a las que antes nos referíamos son las siguientes (107), debiendo advertir que las mismas resultan así establecidas, después de las oportunas y anticipadas explicaciones en el resto del trabajo, en forma tal que constituyen una especie de borrador de cómo, a mi juicio, debieran quedar redactados definitivamente los arts. 314 a 324 del Código civil.

Conclusiones: Esquema general de la reforma (108).

Aprovechando los arts. 314 al 324, que ocupan en el Código civil las normas que se refieren a esta materia, creemos que la redacción futura de los mismos, si se aceptan las reformas que aquí se proponen, sería la siguiente, o podría ser aproximadamente la siguiente:

Título XI

De la emancipación

CAPITULO PRIMERO

Clases de emancipación

Artículo 314.—La emancipación tiene lugar:

1.º Por la mayor edad.

(105) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, cit., I, pág. 69.

(106) A juicio de Diez Picazo y Gullón (ob. cit., I, pág. 72), la vida independiente cesará cuando lo prohiban expresamente los padres o tutor. Sobre consentimiento del menor de edad: DIEZ PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Ed. Tecnos, pág. 61 y ss.

(107) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Breves consideraciones sobre la reforma de la emancipación en el Código civil*, pendiente de publicación en la RGD. Adviértase que la mayoría de edad no supone ni tiene por que suponer una emancipación económica ni, por tanto, una cesación de ayudas y subvenciones oficiales.

(108) V. los arts. del Proyecto de Constitución que hacen referencia a este tema.

- 2.º Por el matrimonio del menor.
- 3.º Por la concesión de los padres.
- 4.º Por concesión judicial.

CAPITULO SEGUNDO

De la mayor edad

Artículo 315.—La mayor edad empieza a los dieciocho años cumplidos. El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código.

Para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento.

CAPITULO TERCERO

De la emancipación por matrimonio

Art. 316.—El matrimonio produce, de derecho, la emancipación con las limitaciones contenidas en este Código.

CAPITULO CUARTO

De la emancipación por concesión de los padres

Artículo 317.—Los padres, cuando ejerzan la patria potestad conjuntamente o el que de ellos la ejerza, podrán emancipar al hijo menor, mediante el otorgamiento de escritura pública, por testamento o por comparecencia ante el Juez del Distrito, cuya emancipación deberá anotarse en el Registro Civil, sin que hasta entonces produzca efectos contra terceros. La emancipación así concedida podrá ser absoluta o relativa en los términos que señala el art. 323.

Artículo 318.—Si el hijo, con consentimiento de sus padres o de aquél que ejerza la patria potestad, viviera independiente de ellos, se le reputará para todos los efectos como emancipado, pudiendo los padres o el hijo instar, transcurridos seis meses, la anotación correspondiente en el Registro, la que se llevará a efecto, si no media oposición de los padres o del padre o de la madre que hubiera debida, en su caso, otorgar la emancipación a la que se refiere el artículo anterior.

Esta emancipación tendrá siempre el carácter de relativa o limitada.

CAPITULO QUINTO

De la emancipación por concesión judicial

Artículo 319.—El Juez de Primera Instancia podrá conceder la emancipación a los menores, cuando resulte ventajoso para los mismos, en los casos siguientes:

1.º Cuando el padre o la madre contrajeran matrimonio con persona distinta del otro progenitor.

2.º Cuando los padres vivieran separados o, aún viviendo juntos, existiere entre ellos una prolongada situación de grave distanciamiento con peligro para el equilibrio psíquico del hijo.

3.º Cuando como consecuencia de un proceso de privación de la patria potestad o de separación personal se estime conveniente para el hijo.

4.º Cuando existiere discrepancia entre el padre y la madre en orden a su concesión.

5.º Cuando se trate de huérfanos de padre y madre o de hijos cuyos padres estén declarados fallecidos o en ausencia legal o sean desconocidos.

6.º En cualquier otro caso análogo a los anteriores.

Será aplicable a esta emancipación lo dispuesto en el último número del art. 323 en cuanto a las dos modalidades de la misma.

Artículo 320.—La emancipación a la que se refiere el artículo anterior podrá ser solicitada por el propio menor, por sus parientes y por el Ministerio Fiscal, debiendo el Juez, antes de concederla o denegarla, oír al menor, a cuantas personas estime conveniente y, en todo caso, al Fiscal si no hubiera sido él el solicitante.

CAPITULO SEXTO

Requisitos comunes a la emancipación por concesión

Artículo 321.—Serán requisitos comunes para que tenga lugar la emancipación por concesión de los padres o de la autoridad judicial los siguientes:

1.º Que el menor tenga dieciséis años cumplidos, y

2.º Que la consienta.

CAPITULO SEPTIMO

Irrevocabilidad de la emancipación

Artículo 322.—Alcanzada la emancipación con arreglo a lo establecido en el art. 314, no podrá ser revocada. Tampoco podrá serlo

en el caso previsto en el art. 318 a partir del momento de la inscripción registral.

CAPITULO OCTAVO

Efectos de la emancipación por concesión

Artículo 323.—La emancipación por concesión de los padres o del Juez puede ser absoluta o total y relativa o limitada.

Artículo 324.—La emancipación absoluta habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor.

La emancipación relativa produce igualmente la misma habilitación, pero, hasta que no llegue a la mayor edad, no podrá el así emancipado enajenar y gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales ni valores mobiliarios, salvo en este último caso del derecho de suscripción preferente.

Si no se declara expresamente al otorgar la emancipación el carácter de la misma, se entenderá concedida la relativa o limitada.

c) *Las circunstancias modificativas de la capacidad.*

Obsérvese que el artículo 200 habla de locos y dementes, mientras el 32 de demencia o imbecilidad; el 213 también se refiere a los locos y dementes, el 663-2 hace referencia a no hallarse en su cabal juicio y el 83-2 a no hallarse en pleno uso de razón (109). Debiera buscarse, pues, una fórmula única que, a nuestro juicio, pudiera ser la de enajenado mental (110), que abarque todas las situaciones de anormalidad psíquica con repercusión en la capacidad jurídica.

Por otra parte, esta enajenación o locura debiera ser susceptible de graduación judicial y la ley debe decirlo expresamente (111).

La interdicción civil debe suprimirse. Pueden existir penas o medidas restrictivas de ciertos derechos siempre que haya relación entre el hecho delictivo y la limitación o que impliquen reducción de derechos, pero nunca una interdicción que priva de los derechos-deberes más elementales de una persona (112), lo que nos parece un residuo de viejas y superadas concepciones.

(109) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, I, Parte general, Lib. Bosch, 1974, pág. 129.

(110) V. Código penal, art. 8, núm. 1 y art. 9, núm. 1, y la abundante doctrina jurisprudencial y científica en torno de ellos.

(111) FERNÁNDEZ MARTÍN GRANIZO: *La incapacidad de los locos y dementes, ¿es susceptible de graduación en nuestro Derecho positivo?*, RGL y J, febrero 1967.

(112) La incapacidad por interdicción no es una situación protectora del incapaz, sino una pena que se impone (DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, cit., pág. 85).

d) *La persona jurídica* (113).

En el art. 35 deben añadirse las fundaciones, pues éstas también pueden ser de interés particular, y si se entiende que no deben serlo ha de quedar bien clara la idea.

El art. 38 debe someterse a nueva consideración y en el art. 39 ha de estudiarse la correlación que deba existir con los Entes Territoriales. El art. 38, por otra parte, entendemos que debiera terminar así: «sin otras limitaciones que las establecidas en las leyes» (cf. art. 515 del propio Código).

e) *Los extranjeros*.

Nosotros creemos que el extranjero debiera tener el mismo trato que el nacional, pero comprendemos que existen razones prácticas muy importantes que tal vez no lo hacen conveniente. Pero hay que llegar cuanto antes a la equiparación. En todo caso, la fórmula que utiliza el Código es coherente con el Anteproyecto constitucional (114), y nos parece correcta. Lo que hay que conseguir es que las leyes particulares no desnaturalicen después la declaración.

f) *La prescripción*.

En el art. 1.962 debe buscarse una perfecta armonía entre su texto y el de los arts. 464 y 1.955.

El art. 1.967 debiera modificarse aproximadamente así: 1) Pagar honorarios profesionales y los gastos y desembolsos..., incluyendo profesores y maestros. 2) Suprimir profesores y maestros. 3) Referirse en general a los empleados y dependientes. 4) Actualizar la terminología diciendo: A los hoteles, pensiones o establecimientos análogos, la comida y habitación, y a los industriales y comerciantes...

(113) V. Proyecto de Constitución.

BONET: *Código civil comentado*.

COSSÍO ALFONSO: *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, T. I., dirigidos por M. Albaladejo, Ed. RDP.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit., pág. 122.

(114) Idem, art. 12: *La condición jurídica del extranjero se regulará por la Ley y por los tratados* (Modificado por el Senado, art. 13).

ANGULO MIGUEL: *Comentarios al Código civil*, tomo I, Ed. RDP.

CASTRO Y BRAVO, F.: *La nationalité, la double nationalité et la supranationalité*.

Recueil des cours de l'Académie de droit international, de La Haya, t. 102, 1961.

LUNA-HERNÁNDEZ CANUT: *Dictámenes sobre la competencia de los Tribunales españoles en juicio de alimentos provisionales entre extranjeros*, ADC, 151, pág. 1521 y ss.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, MANUEL: *Comentarios al Código civil*, cit., tomo I, Ed. RDP.

En el art. 1.968-2 debe hablarse de dolo o culpa (v. lo que se dice más adelante con relación al art. 1.902); es decir, referirse a obligaciones derivadas de dolo o culpa de las que se trata en el artículo 1.902.

g) *Otras observaciones.*

En materia de nacionalidad, en el art. 25 debe suprimirse la expresión «concesión generosa del jefe del Estado», utilizando, en vez de generosa, que tiene connotaciones a mi juicio negativas, otra expresión más en consonancia con lo que el derecho debe ser y significar en la vida social. Por ejemplo, «concesión del jefe del Estado», o aún mejor, «por concesión del jefe del Estado cuando en atención a las circunstancias concurrentes y a los intereses de la Nación sea procedente» (115).

En orden a la capacidad de los menores no emancipados tal vez conviniera indicar en un último párrafo del actual art. 317, en el 1.263-1 o en el 1.264, que «fuera de las limitaciones generales (las que hoy se contienen en el art. 317) tendrán la capacidad que resulte de las circunstancias concurrentes, aparecidas por el Juez» (116). Por ejemplo, en el art. 1.264 añadir «los menores emancipados tendrán la capacidad que resulte, con arreglo a las disposiciones de este Código, de las circunstancias concurrentes en cada caso, apreciadas libremente por el Juez». (V. lo dicho anteriormente sobre la emancipación).

En materia de patrimonio tal vez conviniera incluir una teoría general alrededor del art. 1.911 (117).

En relación con el parentesco debiera buscarse una fórmula unitaria. Por ejemplo, en el art. 143 se dice «hermanos legítimos, aunque sean uterinos o consanguíneos»; en el 183, consanguíneos, etcétera. A mi juicio, puesto que los hermanos sólo pueden ser o de doble vínculo, de padre y madre comunes, o de un vínculo, de padre o madre, tal vez lo mejor fuera decirlo así, sin más (v. artículo 211-3). Por ejemplo, en el art. 920 añadir: «y vínculo sencillo al que deriva únicamente de uno de ellos», y esta terminología seguirla siempre.

En el art. 184 debe suprimirse la expresión legítimo.

El 189 debe quedar condicionado por la reforma del régimen económico matrimonial y el 195 por la posible ley de divorcio (118) o de disolución del matrimonio, según la Constitución.

(115) Art. 11 del Proyecto («B. O.» de las Cortes, de 24 de julio 1978, número 135). 1 «La nacionalidad española se adquiere, conserva y pierde de acuerdo con las disposiciones del Derecho civil». (En versión del Senado, en vez de Derecho civil, de la Ley.)

(116) En cuanto a la capacidad natural habrá que estar, dicen Diez Picazo y Gullón (*Instituciones...*, cit., I, pág. 68), a la que resulte en cada caso concreto.

(117) COSSÍO, ALFONSO DE: *La teoría del patrimonio*, Estudios de Derecho público y privado. Homenaje al Dr. D. Ignacio Serrano, Valladolid, 1966.

(118) V. el ap. del Derecho de Familia.

El art. 194, en materia de ausencia, debe ser objeto de aclaración (119) en el sentido de que a los plazos exigidos para presumir el naufragio y siniestros han de añadir los que se señalan para declarar el nacimiento. Pero esta materia exige ya un cambio profundo.

Los arts. 325 y siguientes deben adaptarse a los principios que en este orden de cosas se decidan, o a la nueva ley de Registro civil (si la actual de 8 de junio 1957 y Reglamento de 14 de noviembre de 1958 resultan derogadas). Debe cambiar también, con carácter general, la expresión Juez Municipal por la de Juez de Distrito (120).

III. OBLIGACIONES (121) Y CONTRATOS (122)

A) IDEAS GENERALES.

La zona de obligaciones y contratos es, sin duda, la más universal de las materias jurídicas, pues a ella confluyen de manera acusada el instintivo sentimiento de solidaridad y de relación entre los hombres, cada día más imprescindible en un mundo en el que todos necesitamos de alguna manera de todos (123). La proximidad de una Europa a la que queremos acercarnos más y la necesaria e imprescindible unidad de esa inevitable regulación global en todo cuanto afecta a la teoría general de obligaciones y contratos para favorecer un comercio internacional, imponen una revisión de todos aquellos preceptos que se distancian de lo que constituyen normas de general aceptación, especialmente en el resto de nuestro mundo europeo (por ejemplo en materia de publicidad,

(119) SERRANO SERRANO, IGNACIO: *La ausencia en el Derecho español*, EDRDP.

(120) SANCHO REBULLIDA, F.: *El concepto de estado civil*. Estudios de Derecho público y privado. Homenaje al Dr. D. Ignacio Serrano, Valladolid, 1966.

(121) Como notas del moderno derecho de obligaciones, cita Santos Briz (a) las siguientes: a) Colaboración económica; b) Igualdad jurídica; c) Buena fe; d) Internacionalización; e) Debilitación de la actuación libre de la voluntad del particular; f) despersonalización de las relaciones. (a) SANTOS BRIZ, JAIME: *Derecho civil*, tomo III Derecho de obligaciones. La Obligación y el contrato en general. Derecho de daños, Ed. RDP y F., pág. 10 y ss.

DIEZ PICAZO: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, cita los siguientes: 1. Propiedad privada; 2. Libertad económica; 3. Justicia conmutativa; 4. Buena fe, y 5. Seguridad jurídica.

HERNÁNDEZ GIL, ANTONIO: *Derecho de obligaciones*, I.

PUIG PEÑA: *Tratado de Derecho civil español*, tomo IV, vol. I.

RUIZ VADILLO: *Introducción...*, ob. cit.

SANTOS BRIZ: *Tendencias modernas en el Derecho de obligaciones*, RDP, julio-agosto 1960.

(122) GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *Una importante aportación de la doctrina portuguesa al Derecho de obligaciones*, ADC, XXVI-3, pág. 941.

CHEATEA: *El contrato en el nuevo Código civil egipcio*. Extracto en II, núm. 139, 1954, pág. 1070.

(123) HERNÁNDEZ GIL, A.: *Derecho de obligaciones*, I.

CASTRO, FEDERICO DE: *El negocio jurídico*. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Madrid, 1967.

derechos mercantil y administrativo, de mora, del alcance indemnizatorio, etc.). En todo caso, hay que decir que no es esta materia, ni mucho menos, la más necesitada de modificaciones y reformas porque su construcción jurídica responde a unos principios que, en general, tienen plena vigencia, aunque, evidentemente, exijan a veces importantes retoques (124), algunos de los cuales vamos a ver.

B) POSIBLES REFORMAS (125).

a) *Teoría general de la culpabilidad. La indemnización* (126).

Entre otras modificaciones, nosotros creemos que el art. 1.101 del Código civil debiera limitarse a incluir el dolo y la culpa, sin hacer referencia a la morosidad, expresión no muy clara y que, se identifique o no con la mora, supone siempre una forma de cumplimiento culposo (que el sujeto actúe dolosa o culposamente) defectuoso. En el art. 1.093 debiera suprimirse la expresión negligencia (cuya significación no es totalmente clara) (127), y decir dolo o culpa, y en el art. 1.108 debe incorporarse, como lo ha hecho el Código civil portugués, la posibilidad de establecer una indemnización en forma de renta (128). Podría decirse aproximadamente así: Cuando se trate de daños de naturaleza continuada, el Tribunal (a instancia de la parte perjudicada) podrá conceder la correspondiente indemnización, en todo o en parte, en forma de renta vitalicia o temporal, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, adoptando las medidas que, en cada caso, se consideren adecuadas para garantizar su efectividad. El Tribunal podrá someter la cuantía de la renta a una cláusula de estabilización, susceptible de variación cuando las circunstancias que sirvieron de base a su concesión hayan cambiado sensiblemente.

b) *Solidaridad.*

El art. 1.148 debe modificarse para dar una mayor fuerza al vínculo solidario, suprimiéndose el último inciso, es decir, el deu-

(124) CASTRO, FEDERICO DE: *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, ADC, XIV-1, 1961.

GARCÍA AMIGO, A.: *Sobre las condiciones generales de los contratos*, RDP, XLIX, pág. 701.

(125) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Las obligaciones negativas en el Derecho español*, P., julio-septiembre 1976.

(126) Sobre las expresiones dolo y culpa v. art. 34 c) del Código civil de Panamá, que distingue culpa grave, leve, levísima y dolo. La culpa grave en materias civiles equivale, dice, al dolo. La matización señalada nos parece excesiva. Tal vez conviniera incluir una regulación de la compensación de culpas. V. SORO NIETO, F.: *La llamada compensación de culpas*, RDP, LII.

(127) Los artículos del Código o Leyes especiales que hagan referencia a la culpa en sentido general, deben utilizar las palabras dolo y culpa, nada más.

(128) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Las indemnizaciones en forma de renta*. Pendiente de publicación en la RDC.

dor solidario no debe nunca poderse servir de las excepciones personales de los demás deudores.

c) *Unidad civil y mercantil.*

Entendemos que no hay ninguna razón para aplicar normas distintas cuando uno de los contratantes es un comerciante (criterio subjetivo), ni siquiera cuando se dan unos ingredientes de comercialidad de carácter objetivo. Debe existir, pues, una única teoría general de obligaciones y contratos que sirva para toda la contratación, unos contratos únicos civiles y mercantiles y, si acaso, algunas especialidades, como pueden serlo un mayor rigor para los comerciantes y una cierta flexibilidad en una serie de normas (indemnizaciones de daños y perjuicios por incumplimiento o cumplimiento defectuoso o tardío) que permitan adecuar perfectamente el derecho aplicable a cada caso en particular. El Derecho mercantil tiene su gran contenido y su gran razón de ser en la empresa, pero la contratación de los empresarios con los particulares debe regirse por normas comunes a todo tipo de relaciones jurídicas de esta naturaleza (130). La dicotomía derecho civil-derecho mercantil en la contratación sólo se justifica porque muchos de los preceptos de aquél originan, indebidamente, lentitudes y complicaciones que no se corresponden con la agilidad y rapidez que debe caracterizar al Derecho mercantil y al civil. Reformemos estos preceptos (por ejemplo en la compraventa el saneamiento) y el problema quedará resuelto, teniendo en cuenta además las contradicciones existentes en nuestro Código de comercio, como puede serlo, entre otros, que la gratuidad sea un elemento natural del contrato de préstamo mercantil.

d) *Incorporación de nuevos contratos.*

Deben incorporarse todos aquéllos que tienen hoy una realidad en el mundo social y económico y que no tienen, en cambio, normativa legal o no la tienen en el Código civil (venta a plazos, leasing, edición, suministro, etc.).

(129) V. Obras generales de Derecho civil.

(130) GARRIGUES, JOAQUÍN: *Derecho mercantil y Derecho civil*. Anales de la Academia matritense del notariado, tomo XXV, 1967, pág. 431.

JORDANO BAREA: *Derecho civil y Derecho mercantil*, RDP, 1964.

LALAGUNA, ENRIQUE: *La relación entre Derecho civil y Derecho mercantil*, RGL y J, 1968.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*, cit.

SANTOS BRIZ, JAIME: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico monetario*.

URÍA, R.: *Derecho mercantil*, cit.

Código italiano, arts. 1.173 y ss.

e) *Regulación expresa de los atípicos.*

Al menos, entendemos que sería conveniente establecer algunas normas generales en relación con los contratos atípicos y complejos, lo cual puede ser un buen sistema para unificar criterios y simplificar problemas prácticos (v. art. 1.323 del Código civil italiano en relación con los arts. 1.322, 2.249, 2.437, 2.498 y 2.500).

f) *Compraventa de viviendas.*

Este contrato, que debiera ser una modalidad de la compraventa normal, ha de llevar incorporadas, como elementos esenciales, una serie de garantías, impuestas como normas de derecho necesario al vendedor para garantizar la plena efectividad de la obligación por él asumida (131). Obsérvese que es éste uno de los contratos que de manera más directa, y a veces dramática, incide en la mayor parte de las familias españolas.

g) *Arrendamiento de servicios.*

Los arts. 1.583 a 1.587, correspondientes a la sección 1.^a del capítulo III del título VI, del libro IV del Código civil, carecen hoy de actualidad. A mi juicio, y así lo he mantenido en algunos trabajos, están prácticamente derogados por aplicación del art. 3.^o del Código, según la redacción dada al mismo por la reforma del Título Preliminar. Ello supone: 1.^o) La necesidad de reflexionar sobre la conveniencia de utilizar el hueco que dejaría esta sección para reglamentar, con sentido actual y con realismo, los contratos de prestación de servicios, excluidos de la específica regulación jurídico-laboral, y 2.^o) Con independencia de ello, la urgencia de derogar expresamente algunos de sus artículos, tales como el 1.584, según el cual el amo será creído, salvo prueba en contrario, frente al sirviente doméstico, expresión que choca frente a los más elementales principios de justicia y de igualdad que proclama ya nuestro Anteproyecto constitucional y que, en definitiva, entendemos que siempre han debido ser los informadores de nuestro Ordenamiento. En los arts. 1.585, 1.586 y 1.587 debe cambiarse la terminología, si es que no se sustituye por entero la sección como antes hemos señalado.

h) *Arrendamiento de obra (132).*

Creemos que este contrato, que ha de cambiar también de denominación (contrato de construcción o de obra, por ejemplo, puesto

(131) V. Ley 27 julio 1968, insuficiente a nuestro juicio. El fracaso de Derecho penal en este sentido ha sido prácticamente completo.

(132) BONET, F.: *Código civil comentado*, 2.^a ed.

que la expresión arrendamiento no es correcta, como tampoco lo es, a nuestro juicio, la de contrato de empresa), exige un nuevo planteamiento que modernice la institución y que aclare los muchos equívocos legislativos actuales.

El art. 1.591, por ejemplo, ha de entenderse, en mi opinión, de la siguiente manera: Párrafo 1.º Ruina por vicios de la construcción: El contratista cumple las condiciones del contrato, pero viola o quebranta las reglas técnicas de la construcción: Responde durante diez años, coincidiendo plazo de garantía y plazo de ejercicio. Ruina por vicio del suelo o de la dirección: Arquitecto o cualquier otro técnico (pues así ha de interpretarse el texto; v. art. 3.º, apt. 1.º del Código civil) responde, si la ruina se debe a vicio del suelo o de la dirección (proyecto o dirección técnica propiamente dicha): Responden también durante diez años con la misma característica antes señalada.

Párrafo 2.º: Ruina por faltar el contratista a las condiciones del contrato (materiales distintos de los convenidos, configuración del edificio alterada unilateralmente, etc.): Responde el mismo contratista durante quince años (plazo de garantía y de ejercicio).

Legitimación activa: Están legitimados el comité y quienes de él traigan causa. Si se trata de terceros que han sufrido un perjuicio corporal o material como consecuencia de la ruina, el ejercicio de acciones vendrá regulado por el artículo 1.909 en relación con el 1.902.

Por otra parte hay que señalar lo siguiente: La expresión edificio ha de interpretarse muy ampliamente, incorporando a la misma todo lo que afecte al amplio ramo de la construcción, como, por ejemplo, instalaciones eléctricas o sanitarias.

La palabra ruina también debe tener un sentido muy extenso; una y otra exigirán seguramente una interpretación auténtica.

En cuanto a los plazos debiera existir uno (el que se considere:

CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: Apéndice a la obra de De Simone *Los negocios irregulares*, trad. de Osset, Madrid, 1956.

DÍEZ PICAZO, LUIS: *Estudios sobre jurisprudencia civil*, Vol. I, pág. 624, Ed. Tecnos.

GARCÍA CANTERO, GABRIEL: *La responsabilidad por ruina en los edificios*, ADC, XVI, 4 oct.-dic. 1963.

Grupo interministerial de Trabajo para la seguridad de la edificación: Memoria sobre la necesidad urgente de reforma del art. 1.591 del Código civil. 22 de marzo 1973. Se propone una nueva redacción de los arts. 1.591, 1.593, 1.907 y 1.909 del Código civil.

HERRERA CATANIA: *Responsabilidad civil de técnicos y constructores por construcciones ruinosas*, Granada, 1970.

MENÉNDEZ, A.: *Naturaleza jurídica del contrato de construcción de buques*, RDM, 1958, pág. 299.

SANTOS BRIZ, J.: *El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica*, RDP, mayo 1972.

SANTOS BRIZ, J.: *La responsabilidad civil*, Ed. Montecorvo.

TORRABAL SORIANO, V.: *Los vicios del suelo*. Reflexiones sobre el artículo 1.591 del Código civil. Estudios en honor del Profesor Castán, Vol. II.

adecuado) de garantía y otro de no más de un año para ejercitar el derecho, a partir del descubrimiento del vicio o defecto o del final del plazo general de la garantía.

i) *El arrendamiento rústico y urbano.*

Nosotros creemos que si se consiguiera quintaesenciar los principios generales básicos que deben informar la regulación de este tipo de contratos especiales, debieran incorporarse dichos principios al Código, evitándose así unas reglas que más parecen reglamentos administrativos que normas jurídico-civiles. Ni nos convence la ley de arrendamientos rústicos ni la de arrendamientos urbanos, y creemos urgente su reforma.

j) *La responsabilidad extracontractual (133).*

El artículo 1.902 debe decir «interviniendo dolo o culpa» para que claramente quede expresado que abarca el dolo como sinónimo de conciencia, de intencionalidad y malicia y la culpa comprensiva de la omisión de la diligencia debida. El 1.903 debe decir: «El Estado es responsable de conformidad con lo establecido en las leyes especiales», o en la forma que se indique, pero evitando la fórmula actual. También debe decir: «Los padres, conjuntamente, o el padre o la madre en cuya compañía viva». El artículo 1.905 debe contener un segundo párrafo: «El poseedor de un vehículo de motor o máquinas análogas responderá de todos los daños y perjuicios que se deriven de su uso, salvo que el hecho sea debido a la exclusiva culpa de la víctima. Igual criterio se aplicará en aquellos casos en los que la ley establezca una obligación de indemnizar, sin mediar dolo o culpa por parte del obligado (134).

(133) ANGULO RODRÍGUEZ, MIGUEL: *El Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos*, ADC, XXVII, página 921.

Convenio complementario del Convenio de París, de 29 de junio de 1960, sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, hecho en Bruselas el 31 de enero de 1963; Protocolo adicional hecho en París el 28 de enero de 1964.

BONET, RAMÓN y BONET BONET: *Responsabilidad civil nuclear*. En estudios en honor del Profesor Castán, Vol. I.

VILAR BADÍA, RAMÓN: *Problemática en torno a la responsabilidad civil por hecho ilícito de otro*, P. mayo-junio 1974.

DEUTSCH, E.: *Quinto coloquio del Consejo de Europa sobre responsabilidad civil del médico*, RDP, LIX, pág. 796.

GRIESS, A. E.: *Responsabilidad del médico en Derecho civil europeo*, RDP, LIX, pág. 887.

(134) TUNC, ANDRÉ: *Hacia un Derecho nuevo de la indemnización de los accidentes de circulación*, RGL y J, LXIX (237), pág. 577.

k) *Prelación de créditos.*

En el artículo 1.922 debe, en el núm. 5.º, sustituirse la palabra posada por otra expresión más actual, como por ejemplo establecimiento correspondiente.

En el 1.923 se deben incluir los salarios o jornales devengados trabajando en los inmuebles, siempre que resulten, por escrito, debidamente acreditados (v. Ley de relaciones laborales). En el 1.926 debe hacerse lo mismo en relación con los muebles, y otro tanto en el 1.927 (135). En resumen, debe procederse a una revisión general del sistema de prelación de créditos, aspecto importantísimo dentro del tema de la responsabilidad.

l) *Otras modificaciones.*

Vamos a hacer algunas observaciones, a vuela pluma, sobre ciertas materias relativas a las obligaciones y contratos, incluyendo la teoría general del contrato, dado que al no existir en nuestro Código una regulación del negocio jurídico (lo que habrá que pensar si conviene o no al futuro Código) debemos incorporarlas a este apartado.

En relación con la causa entendemos que el art. 1.274 debiera decir como añadido: En todo caso, la finalidad perseguida por cada contratante será considerada como causa cuando forme parte principal del contrato, y el 1.275 diría: «Igual efecto producirá la existencia de una finalidad que sea contraria a las leyes» (136). También pudiera admitirse expresamente, lo que en la práctica ya se da, el negocio jurídico abstracto (137), con algunas normas que lo regularan.

El 1.278 debiera añadir el siguiente párrafo: «Será nulo el contrato cuando en él falten las formalidades que con carácter de esencialidad establezca el Código o las leyes especiales» (138), debiendo, por otra parte, incluirse la forma como uno de los requisitos del contrato (139). Al 1.261 se podría añadir así un núm. 4.º, que diría: «La forma establecida en cada caso con carácter de esencialidad». En el 1.280 debe elevarse la cuantía, por ejemplo, a

(135) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, cit., I, pág. 413.

(136) Tal vez no convenga un reenvío a la moral que es una expresión excesivamente amplia y equivoca. ¿Qué es la moral desde el punto de vista jurídico? ¿Cuándo es inmoral una finalidad? ¿Quién habrá de fijar el patrón?

DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, págs. 241 y 316.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 174.

(137) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, pág. 244.

(138) *Idem*, págs. 247 y 324.

DELGADO ECHEVARRÍA, JESÚS: *La anulabilidad*, ADC, XXIV-4, pág. 1021.

GULLÓN, ANTONIO: *La confirmación*, ADC, XXIII-4, pág. 1195.

(139) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, I, pág. 308.

V. Código civil italiano.

50.000 pesetas, y esta observación es general para cuantos supuestos en nuestro Código contemplan cantidades dinerarias.

En el art. 1.265 debiera decirse: «Será anulable el consentimiento prestado por error, intimidación o dolo»; en el 1.267 debe suprimirse el primer párrafo, llevando a un nuevo segundo párrafo del actual 1.261, en su número 1, el siguiente texto: «No hay consentimiento cuando para arrancarlo se haya empleado fuerza irresistible. En el 1.268 suprimir la palabra violencia, y en el 1.270 debe decirse: «Produzca la anulabilidad (140). Tal vez conviniera también una ordenación más sistemática y perfecta del error como vicio del consentimiento (141).

La implantación de la rescisión por lesión con un carácter general, tal vez fuera acertada, pudiéndose decir: Serán rescindibles los contratos en los que cualquiera de las partes haya sufrido una lesión superior a la cuarta parte del valor económico del contrato... (y en ese caso sobrarían los números 1, 2 y 5 del art. 1.291). Si no se lleva a cabo esta modificación en el citado 1.291 debe prestarse atención a la referencia al Consejo de Familia, institución que posiblemente no deba pervivir, al menos tal como está concebida actualmente. En el 1.293 debe añadirse «y aquellos otros en que así se disponga en las leyes, y en el 1.299 debe sustituirse el último inciso por la expresión «o el ausente conozca la celebración del contrato».

Deben regularse las obligaciones facultativas (142), así como estructurarse mejor y con un sentido más real, práctico y actual las pecuniarias (143), dando entrada a las cláusulas de estabilización del valor económico del dinero.

Las obligaciones con cláusula penal tal vez pudieran ordenarse así: Art. 1.152. En las obligaciones en las que se pacte una indemnización para caso de incumplimiento total o de cumplimiento parcial, defectuoso o tardío, ésta sustituirá a los daños y perjuicios, sin que, salvo pacto pueda exigirse el cumplimiento y la indemnización ni eximirse de la obligación convenida pagando la indemnización pactada. Esta se hará efectiva según lo convenido y, en su defecto, con arreglo a este Código. El Tribunal, salvo pacto

(140) De esta manera se acercaría el Código a un sistema más coherente de regulación del negocio jurídico y más de acuerdo con la teoría general comúnmente aceptada: Nulidad, el negocio no puede producir efectos y anulabilidad; los produce pero puede dejar de producirlos. Llama la atención el que el Código civil, dicen DIEZ PICAZO y GULLÓN (*Instituciones...*, I, pág. 233), dé a la violencia el sentido de vicio del consentimiento, siendo así que éste prácticamente no existe.

(141) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 167.

(142) *Idem*, pág. 221.

(143) *Idem*, pág. 225.

FUEYO LANERI, F.: *La reajustabilidad del valor de la deuda de dinero como requisito del pago efectivo cualquiera que sea la fuente de la obligación*, RGL y J, LXXIII. (241), pág. 133; BONET CORREA, JOSÉ: *Las cuestiones interpretativas del artículo 1.170 del Código civil sobre el pago de deudas de dinero*, ADC, XXIV-4, pág. 1085, y todos sus trabajos que en relación con este tema han aparecido en el Anuario y en otras publicaciones.

expreso en contrario, modificará equitativamente la indemnización cuando el incumplimiento o cumplimiento parcial, defectuoso o tardío, no corresponda exactamente a lo previsto por los contratantes (144).

En materia de transmisión de las obligaciones conviene también una regulación nueva. En este punto el Código es confuso y no se corresponde con las exigencias actuales (V. arts. 1.526 y ss. y 1.203 y ss.).

Debe incluirse la grave dificultad sobrevenida como causa de extinción o modificación del contrato (145). (Arts. 1.182 y ss.) Podrían formar un solo artículo el 1.182 y el 1.184 y el hueco de este último llenarse con este contenido: «También quedará extinguida o modificada la obligación cuando el cumplimiento produzca una grave dificultad para el obligado, no prevista por los contratantes, si no ha habido culpa por parte de aquél, ni renuncia anticipada a la producción de estos efectos».

Deben suprimirse los cuasicontratos, que han de contemplarse bajo otro prisma, incluyéndose en el llamado enriquecimiento sin causa (146). En otro caso, el artículo 1.900 debe integrar como segundo párrafo al 1.901 y el 1.901 dejarlo para incluir el enriquecimiento injusto o sin causa (147).

En cuanto a los contratos, dentro del de compraventa (148), el artículo 1.459 debiera suprimir la expresión individuos referida a los miembros del Ministerio Fiscal, dado que no parece apropiada ni actual esa terminología. El 1.499 debiera integrar el párrafo 2.º del 1.498 y hacer un nuevo 1.499 que contemple el contrato de compra-venta de una vivienda, como ya dijimos, articulando una serie de garantías (149). En el arrendamiento, ampliando lo ya indicado, hemos de decir que deben tenerse en cuenta los trabajos elaborados por uno de los grupos de la Comisión General de Codificación, debiendo, por otra parte, regularse expresamente la aparcería que creemos tiene plena vigencia social. En los arrendamientos debe introducirse la revisión de la renta (arts. 1.575 y 1.580) y en el 1.545 en vez de fungibles debe decirse consumibles.

En la materia del contrato de sociedad, el art. 1.670 debe decir:

(144) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Algunas consideraciones sobre la cláusula penal*, RDP, Mayo 1975.

(145) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Sistemas de rectificación de las alteraciones del valor monetario*, RDJ, enero-marzo 1965.

(146) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, I, pág. 321.

(147) ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, JOSÉ A.: *El enriquecimiento sin causa en el Derecho civil español*, RGL y J, LXVIII (236), págs. 415 y 495.

(148) Debe incluirse el contrato de venta a plazos, de bienes muebles e inmuebles.

SÁNCHEZ CALERO, F.: *Instituciones de Derecho mercantil*

LONGO, G. E.: *Aspectos de Derecho comparado del contrato de suministro*. Convención de la Conferencia de las Naciones Unidas en materia de compraventa internacional de mercaderías que ha sido abierta a la firma de todos los Estados, en 14 de junio de 1974, DJ, julio-sept. 1974.

(149) Un derecho de preferencia legal, unas restricciones de carácter imperativo, etc.

«En tal caso serán aplicables sus disposiciones y en cuanto no se opongan a ellas las de este Código». Si se mantiene la dicotomía Derecho civil-Derecho mercantil, el 1.698 debe aclarar de qué manera responde un socio en la sociedad civil, por las deudas de la sociedad, problema no resuelto y que, a mi juicio, es mancomunadamente (es decir, no solidariamente), pero de manera ilimitada (150), aunque la solución final debe meditararse con más reflexión.

En cuanto al depósito, el 1.671 debiera contemplar el depósito de inmuebles.

En relación con el contrato de seguro, el Código civil contiene normas en los artículos 1.791 a 1.797, pero referidos al seguro de daños en las cosas; aunque tales preceptos, como señala Gullón (151), son incompletos, incluso para el mismo seguro de cosas. Se impone, pues, retocar todo el capítulo; así, entre otras modificaciones, en el 1.793 considerar la forma como requisito esencial; en el 1.798, relativo a los juegos y apuestas, indicar que se exceptúan los supuestos expresamente autorizados por Ley especial, que se regirán por las disposiciones en ellas contenidas, etc., y, por supuesto, la reforma implicaría la contemplación del seguro de personas. En definitiva, un contrato de seguro, más moderno y más garantizador de los derechos del asegurado, incluso si no se produce la unidad Derecho civil-Derecho mercantil en el campo contractual (152), aunque no sea fácilmente concebible hoy un seguro regulado por el Código civil.

En materia de compromiso y transacción, en el art. 1.810 hay que prestar atención a la institución de la tutela, condicionado a cuál pueda ser su futura regulación. En cuanto al 1.811 seguramente habrá de reformarse en función de la reforma del régimen económico matrimonial, y en el 1.817 hay que suprimir la expresión «violencia» por las razones ya apuntadas. En el 1.821 debe añadirse la expresión «leyes especiales». Finalmente, debiera incorporarse y regularse el supuesto de arbitraje por personas jurídicas (153).

En la fianza debe suprimirse el último párrafo del 1.824, además de otros varios retoques (154).

Otras muchas referencias críticas en materia de contratos pue-

(150) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, ob. cit.

(151) GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil*, Ed. Tecnos.

(152) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 475.

(153) III Congreso Internacional de l'arbitrage. Cooperation entre organismes de arbitrage, UTET, Milano, 1970.

Nosotros creemos que en materia de arrendamientos rústicos y urbanos, sociedades, cooperativas, etc., debiera institucionalizarse un tipo de arbitraje, previo a la decisión judicial que sirviera eficazmente a la idea de intervención social en los conflictos jurídicos, con determinadas ventajas para evitar en lo posible la judicialización de la discordia que debe ser la última y definitiva garantía, en retaguardia de las demás.

(154) GUILARTE VICENTE: *Notas sobre la cofianza y regulación en el Código civil español*, RDP, LIX, pág. 891.

den hacerse, pero dado el carácter del trabajo no resulta posible una mayor extensión.

En el artículo 1.911 deben incorporarse las limitaciones propias de una relación jurídica sensible a las circunstancias personales y familiares del deudor. El artículo 1.911 podría decir: «Del cumplimiento de sus obligaciones responderá el deudor con sus bienes presentes y futuros, salvo de aquéllos que necesite para su subsistencia y la de su familia» o... «con las limitaciones legales y, en todo caso, con las que deriven de la situación del deudor, valorada equitativamente por el juez».

Digamos por último que la materia de prueba debiera desaparecer, puesto que a nada contribuye su regulación por partida doble: En el Código y en la Ley de enjuiciamiento civil. En todo caso, para el supuesto de que siga regulándose en el Código civil, creemos que también los menores de catorce años pueden ser testigos, permitiéndole al juez valorar su testimonio en función de su capacidad natural y sus circunstancias. Por otra parte, deben introducirse nuevos medios probatorios, como las grabaciones magnetofónicas, las películas cinematográficas, las pruebas biológicas, etc. La confesión, finalmente, creemos que exige modificaciones, algunas de cierta entidad.

4. DERECHOS REALES

A. IDEAS GENERALES

La teoría general de las obligaciones y contratos, y los contratos en particular, constituyen, como se sabe y acabamos de ver, un núcleo esencial dentro del Derecho civil y mercantil (y hasta administrativo), de la que es predicable una fundamental unidad por su vocación universalista: El español que contrata la compra de una máquina con un francés o el alemán que celebra con un español un contrato de suministro tienen derecho a saber de antemano las vicisitudes legales de las relaciones contractuales que han realizado, y para ello es imprescindible una cierta unidad legislativa y hasta jurisprudencial. En cambio, en orden a los derechos reales, sin perder de vista el camino de la unificación tan deseada y deseable, son ya más aceptables las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos en función de las características y circunstancias de cada país y de cada momento. La propiedad, sin ir más lejos, está constantemente sometida a juicio crítico, a un cierto vaivén, a una profunda revisión filosófica, política, económica y social que incide inevitablemente sobre su regulación jurídica, y con ella, y condicionados por ella, sobre la de otros varios derechos.

B. POSIBLES REFORMAS

Veamos brevemente algunas de éstas dentro del tono de brevedad y superficialidad que, de manera expresa, y como ya hemos indicado muy repetidas veces, estamos dando a este trabajo.

a. *Clasificación de los bienes* (155).

Con independencia de lo que ya indicamos en relación con los bienes fungibles y consumibles, aspecto que puede estudiarse en la parte general y en el apartado de los bienes y en cuya clasificación el Código se equivoca terminológicamente, creemos que debiera incorporarse la división de las cosas en registrables y no registrables, que tan decisiva importancia tiene en la actualidad (156) y que apenas si es proyectada adecuadamente, como no sea a nivel de instituciones en concreto, como por ejemplo en la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria.

El artículo 334 tal vez debiera decir: «Tienen la consideración de bienes inmuebles...» (157), teniendo en cuenta la naturaleza de algunos de los que bajo este epígrafe se contienen, que son muebles (v. núms. 4, 5, 6, 7, etc.).

Digamos también que la reforma habrá de tener en cuenta el artículo 126 del proyecto de Constitución, que dice: 1) La Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación. 2) En todo caso, son bienes de dominio público estatal la zona marítimo terrestre, las playas, el mar territorial, la zona económica, la plataforma continental y sus recursos ecológicos (158). 3) Por Ley se regulará el patrimonio del Estado, su defensa y conservación (159).

b. *La propiedad* (160).

Ya hemos hecho una sucinta referencia a la propiedad, en la que ahora vamos brevemente a insistir. A mi juicio, lo importante

(155) BONET RAMÓN, F.: *Código civil*, cit.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 138.

(156) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción al Derecho registral*.

(157) V. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho civil*, I Parte General, pág. 221.

(158) V. artículos 338 y ss del Código civil.

(159) V. artículo 342 del Código civil. La Ley de 7 de marzo de 1940 rige el Patrimonio Nacional, y el Reglamento de su Consejo de Administración fue aprobado por Orden de 4 de abril de 1942, disposiciones ambas que también deben ser sustituidas por otra regulación más conforme con la Constitución.

BONET RAMÓN: *Código civil comentado*, 2.ª Ed.

(160) MOISSET DE ESPANES: *El Derecho de propiedad en las Constituciones de la República Socialista de Rumania* (1965) y *de la República Popular de Bulgaria* (1971), RDP, LVIII, pág. 991.

VILAR BADÍA, RAMÓN: *El Derecho de propiedad ante la crisis contemporánea del Derecho*, P., julio-agosto 1972.

en este sentido es que el Código civil recoja con fidelidad el texto y el espíritu constitucional, lo que significa no cerrar el camino a nuevas posiciones, en orden al concepto, límites y requisitos del derecho de propiedad. Ello, eso al menos pensamos, es fácil de conseguir, incluso con la actual redacción, porque siempre hemos creído y seguimos creyendo ahora que la fórmula vigente de nuestro Código civil, contenida en el artículo 348, no ha sido ni será jamás la causa de una no evolución en este sentido, ya que se aceptan en él tantas limitaciones como quieran imponer las leyes, es decir, que este artículo no constituye ningún impedimento a la construcción de una moderna y progresiva teoría general del derecho de propiedad. «La propiedad, dice, es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Luego, las leyes podrán fronterizar el derecho de propiedad según corresponda en cada momento.

El artículo 31 del Anteproyecto constitucional dice: 1) Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2) La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

En función de la Constitución, el artículo 348 del Código civil pudiera redactarse así: La propiedad es el derecho de gozar, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes y las derivadas de la función social (161), que, en todo caso, delimitará su contenido. El propietario tiene acción contra el poseedor de la cosa para reivindicarla (162).

Las tendencias actuales, como dice Pascual Marín (163), son bien distintas de aquéllas que nuestro Ordenamiento recogió tradicionalmente. La propiedad se considera no sólo ligada en su ejercicio por el interés común, sino que afecta a verdaderas obligaciones, a auténticos deberes sociales. Hoy, se tiende a que el elemento social penetre en la propiedad individual, no sólo en la forma negativa que supone el señalar límites a la extensión y ejercicio del derecho de propiedad, sino también en la positiva que significa imponer al propietario aquellas obligaciones y responsabilidades que demande el interés general y que sean consecuencia de la culpa del propietario o simplemente de la noción del riesgo.

(161) FUENMAYOR, AMADEO: *La propiedad privada y su función social*. En Estudios de Derecho público y privado, ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano Serrano, I.

(162) El art. 36 de la Constitución de Turquía, de 9 de julio de 1961, dice: Cada uno tiene derecho a la propiedad y a heredar. Estos derechos únicamente pueden ser limitados por la Ley, en beneficio del público. El ejercicio del derecho de propiedad no puede ser incompatible con el interés público.

(163) MARÍN PÉREZ, PASCUAL: *Introducción a la ciencia del Derecho*.

El art. 44, párrafo 1.º, de la Constitución de la República, estableció que «La riqueza del país, sea quien fuera su dueño, está subordinada a los intereses de la economía nacional y afecta al sostenimiento de las cargas públicas, con arreglo a la Constitución y a las Leyes». Pero no se olvide que la idea de función social no debe limitarse a la propiedad, sino a todos los derechos, cualquiera que sea su naturaleza, con las garantías, por supuesto, que se consideren adecuadas.

Algo por el estilo puede decirse del tema, igualmente polémico y tan próximo al anterior, de la expropiación forzosa (164), que ha de ser el complemento indispensable a un correcto entendimiento de la teoría de la función social que realmente viene a constituirse en denominador común, como viene a decir Albaladejo (165) a todos los derechos, aunque en la propiedad sobre especial relieve. Pero tal vez conviene no olvidar nunca que el art. 7.º, en su apartado 2.º, al hablar del ejercicio antisocial del derecho da entrada (con carácter absolutamente general), como dice el Profesor Reverte (167) a la convicción popular, a la objetivación de la conciencia del hombre de las tendencias y actitudes humanas de un determinado momento histórico y, por tanto, creemos nosotros a una permanente idea de función social.

El artículo 31 del Proyecto constitucional, antes citado, dice en su apartado 3.º: Ningún español podrá ser privado de sus bienes sino por causa justificada de utilidad pública o interés social mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes. Por tanto, el artículo 349 del Código civil debe modificarse en el sentido de intercalar la expresión «interés social», quedando así: «Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública o interés social, previa siempre la correspondiente indemnización» (168).

En cualquier caso, lo que nos parece necesario, imprescindible y urgente es que, a nivel del propio Código civil, se establezca un sistema de diversificación de la propiedad, pues lo que viene a ser absurdo es que el dominio o propiedad, por ejemplo, del ajuar doméstico, de las herramientas de trabajo, del piso, de la tierra o de una fábrica se conciban y regulen de manera unitaria (166) y no se sometan a sistemas y regímenes completamente distintos.

En materia de frutos, el art. 355 creemos que podría mejorarse con una terminología más precisa y más actual (169).

En materia de ocupación, el art. 616 debiera modernizarse en relación con las cuantías económicas.

(164) V. la Ley de expropiación forzosa.

(165) ALBALADEJO: *La coordinación —dice— entre interés individual que el Derecho subjetivo sirve e interés social no se da exclusivamente en el caso del derecho de propiedad, sino también en cualquier otro*. Derecho civil, II, página 94.

(166) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 86.

LASARTE, CARLOS: *Consideraciones previas al estudio del Derecho de edificación. Pluralismo de la propiedad privada*, RGL y I, LXXII (240), pág. 3.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, cit., 523.

(167) REVERTE NAVARRO, ANTONIO: *Los términos de gracia en el cumplimiento de las obligaciones*, Ed. RDP.

(168) Un inmueble, un derecho o un interés correspondiente a tal bien, adquirido mediante la expropiación sólo podrá utilizarse con los fines para los cuales se ha adquirido (art. 23, 5.º, de la Constitución de la República de Chipre, de 16 de agosto de 1960).

(169) BONET RAMÓN, F.: *Código civil comentado*.

La propiedad horizontal debe ser objeto de algunos retoques (170).

c. *La comunidad de bienes.*

El art. 392 debiera decir: Hay comunidad cuando la titularidad de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas. Hay copropiedad cuando esta situación de cotitularidades se refiere a la propiedad de una cosa o de un derecho. De esta manera quedan claramente delimitados el género y la especie (171).

d. *Propiedades especiales.*

En materia de aguas, minas, propiedad intelectual e industrial, de montes, etc., el Código debiera contener los principios inspiradores de cada una de estas propiedades especiales, principios flexibles, sí, pero claramente determinadores de lo que cada una de ellas significa en cuanto a su concepto, contenido y límites, para ser posteriormente desarrolladas en leyes atinentes a cada especialidad (172).

e. *Usufructo.*

En el art. 467 del Código civil debiera intercalarse la expresión «a título de derecho real». El art. 478 debe condicionarse a la ordenación minera; en el 492 debe suprimirse el supuesto de usufructo paterno (que debe desaparecer); en el 495 debe eliminarse la caución juratoria; en el 498 debe decirse dolo o culpa; el 513-5 debe añadir «o queden inservibles para el fin pactado o determinado por la costumbre». Por ejemplo, pensamos en el usufructo sobre un automóvil o camión. El art. 518 entendemos que no es justo y que debe modificarse (173), y en el 568 debiera señalarse «devolviendo la parte que judicialmente se señale en función del tiempo disfrutado y de las circunstancias concurrentes».

f. *Prescripción.*

Deben concordarse, como ya dijimos, los arts. 1.955 y 464, y en el 1.958 debe suprimirse la expresión ultramar.

El art. 464 tal vez pudiera reformarse en la parte correspondiente así: Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o le hubiese sido sustraída con violencia, intimidación o fuerza, podrá reivindicarla de quien la posea, salvo que el poseedor la

(170) RICO PÉREZ, FRANCISCO: *Lagunas en el régimen de propiedad horizontal*, P. mayo-junio 1975.

(171) BONET RAMÓN F.: *Código civil comentado*.

(172) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 144 y ss.

BONET RAMÓN, F.: *Código civil comentado*.

(173) DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones*, II, págs. 225 y 226.

hubiese adquirido de buena fe en venta pública, en cuyo caso podrá obtener la restitución reembolsando el precio dado por ella y los gastos realizados también de buena fe (174).

La regulación del justo título ha de ser reformada para evitar que, al menos aparentemente, parezca como si los requisitos exigidos fueran de tal naturaleza que en la práctica apenas si pueden cubrir alguna situación muy difícilmente concebible (175). Es decir, si se quiere que el justo título provoque un régimen de prescripción más favorable, debe indicarse con sentido real qué es justo título.

g. Otras reformas.

En el art. 430 debe suprimirse la referencia a la posesión natural, que a nada práctico conduce, así como revisar la teoría del título y el modo que tal vez convenga eliminar (176) (v. art. 609).

En relación con los censos (art. 1.604 y ss) conviene reflexionar sobre la conveniencia de su profunda reforma o supresión, manteniendo de ellos y de las demás formas jurídicas a ellos aproximadas (foros, cédulas de planturia, «rabassa morta», etc.), las que pueden representar unas ventajas con visión de futuro y una verdadera utilidad social y suprimir los vestigios de una ordenación que no responde ya a las necesidades actuales. Lo cual quiere decir que en el tema de los censos es difícil pronunciarse. Por una parte, parece que son figuras a extinguir y, por otra, reaparecen, en ocasiones, con empuje inusitado. Así ha sucedido con el derecho de superficie, e incluso así parece suceder con la enfiteusis, hasta el punto de que muy recientemente algún autor como Haumont (177) propone la utilización de este viejo derecho del censo enfiteutico

(174) AMORÓS GUARDIOLA, MANUEL: *La protección al comprador de buena fe de bienes muebles corporales. El requisito de la buena fe*, ADC, XXVI-1, página 189.

DIEZ DEL CORRAL RIVAS, JESÚS: *La adquisición «a non domino» de bienes muebles en el Proyecto de Ley Uniforme y comparación con el sistema español*, ADC, XXVI-1, pág. 265.

(175) ESPÍN CÁNOVAS, D.: *Función del justo título en la adquisición del Derecho por usucapión*, RDP, LII, pág. 833.

(176) CASTÁN: *Derecho civil español, común y foral*. II Derecho de cosas. 1. Los Derechos reales en general. El dominio, la posesión. 10 ed., revisada por Pascual Marín.

(177) HAUMONT, F.: *L'enphyteose au service de l'aménagement du territoire*, Ed. Oyez., Lovaina, 1976; Anotada en «Civitas», Revista Española de Derecho Administrativo, núm. 15, oct.-dic., 1977, por Joaquín Tornos Más, que en vez de esta solución considera, y creo que con acierto, que la lucha contra la especulación que quiere llevarse a término a través de la técnica del Derecho de superficie, debe encuadrarse dentro de una serie de actuaciones tendentes a conseguir una configuración del derecho de propiedad con un contenido social cada vez mayor. En este sentido hace referencia a la Ley del suelo española de 1965 que modificó el contenido del derecho de propiedad, al imponer, entre otras, las cargas de urbanizar y edificar, y a la Ley italiana de 28 de enero de 1977, la cual ha traspasado el «*illus aedificandi*» a manos públicas, de una forma absoluta.

para remediar jurídicamente el problema del encarecimiento de viviendas, controlando el proceso de expansión del mundo urbano.

El derecho de superficie ha cobrado un rango de primerísima fila, lo que debe tener su consecuencia en una ordenación jurídica racional y moderna del mismo, dentro del Código civil, para lo cual se cuenta con la experiencia obtenida a través de la Ley del suelo (178).

En el art. 1.873 debe añadirse «Respecto a la prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria se estará a lo dispuesto en la correspondiente ley especial», aunque mejor sería incluir, con algunas pequeñas reformas, el contenido de la ley especial en el Código civil, lo que además no ofrece, a nuestro entender, dificultades serias (v. Ley hipoteca mobiliaria de 16 de diciembre de 1954).

En el art. 1.880 debe suprimirse la expresión «que continúa vigente».

El derecho de retracto y el de tanteo deben gozar de una teoría general unitaria en el Código civil, como derechos reales de adquisición, aunque el segundo de ellos tenga una naturaleza especial.

5. FAMILIA

A. IDEAS GENERALES

En materia de derecho de familia (179) vamos a distinguir, siguiendo la orientación marcada a este trabajo, instituciones que a nuestro modesto entender exigen una reforma en profundidad.

(178) GUILARTE, VICENTE: *El Derecho de superficie*.

CHICO ORTIZ, JOSÉ M.ª: *El tráfico inmobiliario en la nueva Ley del suelo*, RGL y J, LXXIV (242), pág. 435.

MENÉNDEZ VALDÉS GOLPE, EDUARDO: *Sobre el Derecho de superficie*, RGD-1974, pág. 650, núms. 358-359.

MEZQUITA DEL CACHO: *El Derecho real de superficie en la Ley de 2 de mayo de 1956*, RDP, XLI, pág. 753.

MOZOS, JOSÉ LUIS: *El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación económica*.

(179) CAMY BUENAVENTURA: *Ideas para un nuevo Derecho de familia en España*, RDP, LVIII, pág. 791.

BOSCHAN, S.: *La última evolución jurídica del Derecho de familia en los Derechos europeos*, RDP, LIX, pág. 413.

BOSCHAN, S.: *La última evolución del Derecho de familia en los Estados europeos*, RDP, LX, pág. 797.

BOSCHAN, S.: *El Derecho de familia en la República Federal Alemana*, RDP, LVII, pág. 497.

BROULIARD, G.: *La reforma del Derecho de familia en Italia*, Recensión en RDP, LX, pág. 354.

PUNTE MUÑOZ, T.: *Una lectura del Código de familia de Cuba*, RGD, mayo-junio 1978. Se refiere al Código promulgado el 14 de febrero de 1975. Como notas más significativas pueden destacarse las siguientes: El trabajo de los esposos no habrá de perjudicar el bien fundamental de la familia, y al interés de ésta se sacrifican los intereses de los cónyuges. Se eleva la edad para contraer matrimonio a los dieciocho años, es decir, cuando se tiene la suficiente madurez intelectual para conocer la responsabilidad que se va a con-

plena o semiplena y preceptos que simplemente habrán de ser objeto de un retoque que afecte en algo a su contenido o a su expresión terminológica, todo ello sin perjuicio de mantener la necesidad a más largo plazo de elaborar un nuevo Código civil. De ahí que, a veces, la exposición que hacemos haga referencias múltiples, y me temo que equívocas, a unas y a otras posibilidades.

Entre las primeras instituciones debemos citar el matrimonio, el régimen económico matrimonial, la filiación, la patria potestad, etcétera, y entre los preceptos reformables una serie de artículos de la más variada naturaleza, sin olvidar la tutela, que exige también una profunda reordenación (que afecta también a la correspondiente organización judicial), pues el fracaso de la institución, salvadas honrosas excepciones, es muy general.

Como denominador común del Derecho de familia, y especialmente de algunas de sus partes, hay que repetir una vez más lo que es de sobra conocido: Que sus normas tienen una especial naturaleza, que predomina el carácter ético en todas sus manifestaciones y que no siempre son trasladables a él los principios generales aplicables al resto del ordenamiento, ni siquiera, en ocasiones, su terminología. La patria potestad, por ejemplo, ¿es un derecho, es un deber, es una función, es una institución compleja?

En todo caso, estimamos imprescindible hacer de verdad un intento serio de potenciar todo lo que de trascendente y espiritual se contiene en esta amplia zona de las relaciones jurídicas, sin olvidar, por supuesto, los aspectos materiales y económicos que de ellas derivan. Frente a quienes creen que todo se reconduce a relaciones económicas, estimamos, sin desconocer éstas, que ha de darse prevalencia a otros valores mucho más trascendentales. Fioretti (180) decía ante el II Congreso de Antropología Criminal que

traer. Se sigue valorando especialmente el deber de lealtad, consideración y respeto que los cónyuges se deben, y se establece la obligación de vivir juntos los esposos. Se reconoce la igualdad de todos los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, pero los matrimoniales tienen una especial protección en cuanto a la participación en el patrimonio familiar. Se reconocen dos clases de matrimonio: el legal y el de hecho.

V. texto de la comunicación oral presentado por la señora S. Oschinsky, Presidente del Comité de Expertos sobre la igualdad jurídica de los esposos en Derecho civil, que fue creado por decisión del Comité de Ministros después de la 254 reunión y que sometió a aquél las siguientes cuestiones: a) Apellidos, b) Residencia, c) Libertad de movimientos, d) Profesión, e) Derechos y obligaciones de los padres en cuanto a los hijos menores, f) Regímenes matrimoniales, g) Información de un esposo sobre la situación financiera del otro. La idea general que preside toda la interesante comunicación, y de la que participamos, es la de conseguir una efectiva igualdad de los esposos, de la que la propia familia y la sociedad recibirán indiscutibles beneficios.

(180) FIORETTI (tomado de CASTÁN): *Derecho civil...*, I, 1, pág. 102.

ALBALADEJO: *Manual de Derecho de familia y sucesiones*.

BONET RAMÓN, F.: *Compendio de Derecho civil*, IV. Derecho de familia.

CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho civil español, común y foral*, V. 18 ed. con el concurso de Julio Calvillo.

ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho civil*, IV.

FUEYO LANERI, F.: *Ensayo de bibliografía moderna sobre familia y Derecho de familia*, II, núms. 314-315, pág. 225, 1972.

el Derecho civil es un conjunto de reglas obligatorias que rigen en las sociedades humanas el goce y cambio de valores, teniendo como resultado todo el Derecho civil una significación económica y pudiendo todas las cuestiones convertirse, por sus consecuencias, en cuestiones económicas (181).

Nosotros, ya lo hemos dicho, sin negar la decisiva importancia que los aspectos económicos encierran en toda vida de relación y, por tanto, en el Derecho, e incluso en el Derecho de familia, no olvidamos el papel preponderante del aspecto espiritual dentro de todas las relaciones humanas y jurídicas.

B. POSIBLES MODIFICACIONES

Después de estas breves consideraciones, examinaremos, también brevemente, las posibles reformas en relación con el matrimonio, el régimen económico matrimonial, la filiación, la patria potestad y otras varias instituciones del Derecho de familia.

a. *Matrimonio* (182).

Muy en síntesis, podemos indicar que, según nuestra opinión, los principios que han de orientar la reforma de la institución del matrimonio debieran ser los siguientes (Art. 30 Congreso y 32 Senado. En vez de edad núbil de la primera versión se dice edad fijada por la Ley, más acertado) todo ello del Anteproyecto de Constitución:

1.º Regulación de un matrimonio civil único, acabando con el sistema dualista del matrimonio civil subsidiario del religioso o canónico.

2.º Posibilidad de prestar el consentimiento ante Ministros de confesiones religiosas (183). El Código civil regularía la notificación

MARTÍN BALLESTEROS, LUIS: *Síntesis y guía del Derecho civil*.

Ciclo de conferencias sobre Derecho de familia, pronunciadas en San Sebastián. Reseña en BIMJ, abril-junio 1973.

(181) Bemmelen ha intentado construir los principios fundamentales de un Derecho privado económico que habría de suplantarse al antiguo y tradicional Derecho civil (Tomado también de CASTÁN, ídem).

BELTRÁN DE HEREDIA, J.: *Prólogo a la obra de Santos Briz «Derecho económico y Derecho civil»*, Ed. RDP, Madrid, 1963.

LACRUZ BERDEJO, J. L., y SANCHO REBULLIDA: *Derecho de familia*, I.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción al estudio...*, cit., pág. 27 y ss.

SANTOS BRIZ, J.: *Derecho económico y Derecho civil*, P., julio-agosto 1972.

SIMÓ SANTONJA, VICENTE, L.: *Los regímenes matrimoniales en el mundo de hoy*.

(182) El actual art. 94 del Código contempla el matrimonio celebrado en inminente peligro de muerte, celebrado ante los Contadores de los buques de guerra y los Capitanes de los mercantes. Debe reformarse incluyendo también, en ambos casos, los supuestos de aeronaves.

COLOMER, A.: *El nuevo régimen matrimonial en Francia*. A nuestro juicio, el nuevo sistema francés ofrece aspectos del mayor interés.

(183) Tengo para mí que de un sistema de esta naturaleza sólo consecuencias positivas devinarían para las Iglesias, y especialmente para la Iglesia

del matrimonio religioso en peligro de muerte a las Autoridades judiciales (jueces de Distrito) y tomaría las garantías adecuadas para asegurar que dichos matrimonios se celebraran siempre que existan los impedimentos que, con carácter de normas de orden público, establezca el Código, como pudiera ser, por ejemplo, un cierto grado de parentesco (v. art. 83 del Código civil).

3.º Establecimiento de unas causas de separación, otras de nulidad y otras de disolución o divorcio (184) que decretarían, lógicamente y sin excepciones, los Tribunales de Justicia ordinarios, cualquiera que fuese la religión que profesaran los contrayentes y el tipo y forma de celebración del matrimonio.

4.º Fijación de una edad más adecuada en cuanto a la capacidad para contraer matrimonio (185), que pudiera ser la de dieciséis años, común para los dos sexos, pues la que ahora establece el Código nos parece totalmente desacertada (catorce los varones y doce las mujeres) (art. 83-1).

5.º Plena igualdad de derechos entre los dos cónyuges (186).

b. Régimen económico matrimonial.

En cuanto al régimen económico matrimonial (187) consideramos que deben imperar estos principios, bastante próximos al sis-

católica. El carácter, por ejemplo, de la indisolubilidad del matrimonio debe derivar en los creyentes de sus íntimas convicciones y en los católicos de la naturaleza sacramental del mismo, no de imposiciones legales. El Estado custodio de las libertades humanas debe regular el matrimonio con absoluta independencia de las creencias espirituales de sus súbditos; de ellos dependerá, en último término, respetar las normas de Derecho divino y de Derecho eclesiástico, según su fuero interno de conciencia. La auténtica ruptura matrimonial no deviene nunca por razón del divorcio. El divorcio será siempre la consecuencia, nunca la causa de esa destrucción, sin perjuicio, por supuesto, de los requisitos que hayan de exigirse legalmente para que la decisión sea siempre producto de una profunda reflexión y jamás consecuencia de un momento de ofuscación y ligereza.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El anteproyecto de texto constitucional y su incidencia en el campo del Derecho civil*, DJ, enero-marzo, 1978.

ZULUETA, EDUARDO: El movimiento hacia la libertad religiosa total, ha dicho, "beneficia a la Iglesia católica, porque es en la discusión y en la libertad donde se consolidan las conciencias («El País», 17 enero 1978).

(184) «Disolución del matrimonio, anulación del matrimonio y separación legal». Informe de la Secretaría General de las Naciones Unidas. En II Comisión de legislación extranjera, núms. 250 y 251, Madrid, 1964. Se trata de un informe elaborado con las respuestas enviadas por los Gobiernos, que lógicamente han de ser valorados en función de la fecha en que se emitieron.

MAGNUS, V.: *Ultima evolución sobre la separación matrimonial en Inglaterra, Suiza y Alemania* (Recensión en RDP, LIX, pág. 345).

(185) «Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el registro de los matrimonios de 9 de noviembre de 1964», IJ, núm. 296, pág. 97, 1968.

(186) LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Algunas consideraciones sobre igualdad conyugal*, RGL y J, LXXII, (240), pág. 111.

(187) TELO NUÑEZ, MARÍA: *El régimen económico matrimonial*, P., septiembre-octubre 1975.

GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Observaciones sobre la reforma del régimen*

tema vigente, si hacemos abstracción del régimen dotal, que debe desaparecer:

1.º Libertad de pacto, de tal manera que, como sucede hoy, los que se unan en matrimonio puedan otorgar sus capitulaciones antes y durante el mismo, estipulando los pactos y condiciones de la sociedad conyugal relativamente a sus bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las muy concretas que puedan figurar en el Código como contrarias a las leyes imperativas y a los fines esenciales del matrimonio, suprimiéndose la referencia a las buenas costumbres, expresión que nos parece excesivamente abstracta y equívoca (v. arts. 1.315 y ss del Código civil). Las prohibiciones y limitaciones en la contratación entre cónyuges, deben desaparecer.

2.º En defecto de pacto debe establecerse como supletorio el régimen o sistema de la sociedad legal de gananciales, que estimamos ha dado, en general, buenos resultados y que está bastante arraigado; es decir, aceptado en la sociedad española en casi todos, por no decir todos, sus estamentos. Al sistema actual habría que hacerle algunos retoques no excesivamente importantes, en orden, por ejemplo, a los requisitos de los bienes gananciales, a la administración de los mismos (v. Ley de 2 de mayo de 1975), y a las responsabilidades de la sociedad, teniendo en cuenta las circunstancias sociales y económicas actuales, y

3.º Un sistema supletorio de segundo grado (que sirviera a su vez de modelo para el régimen expresamente elegido de separación) bien ordenado, de completa y efectiva separación de bienes que contemplara con equilibrio y justeza la obligación común de ambos cónyuges de participar en el levantamiento de las cargas familiares, compatibilizándolo todo con las correspondientes garantías frente a terceros, en relación con los derechos comunes y particulares y con la defensa del patrimonio de cada uno de los cónyuges y el futuro de los hijos cuando los haya.

c. *La filiación.*

Consideramos que, en este apartado, los principios (188) que deben inspirar la reforma son los que a continuación se señalan (v. arts. 108 a 141 del Código civil) (189):

1.º La filiación matrimonial y la extramatrimonial o natural deben producir sustancialmente los mismos efectos, salvo excep-

de capitulaciones matrimoniales en la Ley de 2 de mayo de 1975, RGL y J, LXXIV, (242), pág. 81.

FERNÁNDEZ CABALETRO: *El régimen económico matrimonial en Europa*, 1969.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *El régimen económico de la sociedad conyugal en el Derecho internacional privado*, Revista Española de Derecho Internacional, 1955, pág. 611.

(188) GARCÍA CANTERO, G., y CELAYA IBARRA, A.: *Un estudio de jurisprudencia sociológica. Filiación extramatrimonial*, DJ, núms. 1 y 5.

(189) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *La filiación ilegítima en el Derecho español*. Breve estudio crítico. P. núm. 99. Conferencia pronunciada en el Ilustre Colegio de Abogados de Vizcaya el día 4 de octubre de 1977.

ciones muy cualificadas (por ejemplo, la obligación de tener a los hijos en la compañía de los padres), establecidas en el propio Código (190). Esta es, además, la orientación general (191) moderna en el Derecho comparado y en la doctrina nacional y extranjera.

2.º Las acciones para reclamar o impugnar la paternidad, maternidad o filiación debieran tener un carácter personalísimo y, por tanto, intrasmisible. Excepcionalmente, los hijos podrán ejercitar las acciones que hubieren correspondido a sus padres de haber vivido, pudiendo, por supuesto, continuar los herederos las acciones ya entabladas antes de morir. Los plazos deben ser breves y de caducidad. En estos procesos todas las pruebas deben ser admisibles, incluso las biológicas (192), pero los jueces deberán rechazar aquellas demandas que no vayan acompañadas de un principio de prueba serio y razonable (193).

3.º El Ministerio Fiscal intervendrá en todas las actuaciones a las que se refiere el apartado anterior, pero no será nunca defensor de los menores ni de nadie en particular, porque la naturaleza de su importante misión y el principio de imparcialidad que le caracteriza deben impedirlo (194).

4.º Serán matrimoniales los hijos de padre y madre, casados entre sí, siempre que, si se trata de hijos nacidos antes del matrimonio de los padres, el hecho de la filiación con relación a uno y otro de los progenitores quede legalmente establecido. Se deben presumir matrimoniales, salvo prueba en contrario, los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días de su disolución o separación real de los cónyuges.

5.º Serán hijos extramatrimoniales o naturales todos los demás. El reconocimiento de éstos será siempre posible, bien con carácter voluntario o impuesto.

6.º Los hijos, como ya hemos dicho, y cualquiera que sea su origen, tendrán los mismos derechos (195), y especialmente:

(190) CÁMARA ALVAREZ, MANUEL DE LA: *La filiación ilegítima en el Derecho español*.

GÓMEZ DE LIAÑO, FERNANDO: *Los hijos ilegítimos y los adoptivos. Su problemática actual*, IJ, núm. 313, pág. 205, 1972.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *La filiación extramatrimonial*, RDP, LVIII, páginas 73, 202 y 291.

(191) RODRÍGUEZ, ANTONIO: *La evolución del Derecho de familia en materia de filiación*, RDN, 1975, julio-diciembre.

MARTÍNEZ CALCERRADA, LUIS: *El Derecho comparado ante la filiación extramatrimonial*, ADC, XXIII, 3, pág. 531.

(192) FARKEL, F.: *La investigación de la paternidad natural en los Derechos alemán y francés*, Recensión en RDP, LIX, pág. 986.

(193) Teoría del abuso del Derecho en el proceso. V. art. 7.º, ap. 2.º, del Código civil (S. Tribunal Supremo de 26 de junio 1972).

(194) El Ministerio Fiscal debe proveer a la constitución de los órganos tutelares, no defender directamente a un menor. El hacerlo en las condiciones en las que el Fiscal debe actuar y actúa es perjudicarle, porque ni puede ni debe entrar como una parte parcial en ningún proceso.

(195) V. Convención europea sobre el Estatuto Jurídico de hijos nacidos fuera de matrimonio (Serie de Tratados Europeos, núm. 85, ya citado). Los razonamientos que preceden a la Convención constituyen un modelo de prudencia y realismo unidos. Convencidos, dice, de que la condición de los hijos

A) A llevar los apellidos del padre y de la madre. B) A recibir alimentos de los mismos, del resto de sus ascendientes y de sus hermanos, conforme a lo establecido en el Código, y C) A la legítima y demás derechos sucesorios que el Código reconozca a los demás hijos.

En cuanto a los apellidos de los hijos naturales creemos que hay que distinguir los supuestos de reconocimiento simultáneo (en cuyo caso no hay problema), de reconocimiento unilateral (el hijo llevará el apellido de quien reconoce, en el lugar que corresponda según sea el padre o la madre y otro apellido usual para cubrir el del progenitor que no reconoció), y el sucesivo, en cuyo caso deben resolver los padres, y en caso de desacuerdo el Juez, que determinará lo más procedente, teniendo en cuenta exclusivamente el interés del menor, que ha de ser el elemento y principio básico en esta Institución (196). Si el hijo es mayor, o cuando lo sea, será él quien decida, dentro de los límites establecidos en la Ley.

En orden a los alimentos creemos que no debe existir diferencia entre unos y otros hijos y, finalmente, en relación a la legítima, aceptamos como medida puente, que los extramatrimoniales no puedan recibir como mejora más de lo que puede recibir un hijo matrimonial dentro del tercio de mejora (art. 823 y ss.).

7.º Los supuestos de estupro y violación o rapto violento deben merecer un tratamiento especial. Igualmente, teniendo en cuenta el aspecto sociológico, que no puede ni debe olvidarse, creemos que no es conveniente para el hijo la declaración de una filiación que procede de un padre o de una madre que sean entre sí padre e hija, madre e hijo o hermanos, debiéndose entonces optar por el progenitor más joven, sin perjuicio del deber de alimentos en casos excepcionales.

nacidos fuera de matrimonio debe ser mejorada y que el establecimiento de ciertas reglas comunes, concernientes a su estatuto jurídico, favorecerá la realización de este objetivo y contribuirá, al mismo tiempo, a una armonización de legislaciones de los Estados miembros en este ámbito... Art. 2.º: La filiación natural de todo niño nacido fuera de matrimonio es establecida por el solo hecho del nacimiento del niño. Art. 3.º: La filiación paternal de todo niño nacido fuera de matrimonio puede ser constatada o establecida por reconocimiento voluntario o por decisión judicial. Art. 5.º: En las acciones relativas a la filiación paternal, las pruebas científicas susceptibles de establecer o de descartar la paternidad deben ser admitidas (v. art. 4.º). Art. 7.º-1: Cuando la filiación de un niño nacido fuera de matrimonio esté establecida en relación con los dos padres, la autoridad parental no puede ser atribuida de pleno derecho a uno de ellos solamente. Art. 9.º: Los derechos del hijo nacido fuera de matrimonio, en la sucesión de su padre y madre y de los miembros de sus familias serán los mismos que los que tiene el nacido dentro de matrimonio.

(196) LÓPEZ ALARCÓN, M.: *La filiación en el Derecho canónico; su correspondencia en el Derecho civil*, P., julio-sept. 1977.

Sobre el apellido de familia ver la nota de Constantin Despotopoulos en «Journal des Juristes Grecs, 1960», en *Revue Trim de Droit Civil* 1969, repartido en el Consejo de Europa en nov. 1976. La solución que aporta es la de que el apellido del padre precederá al de la madre si se trata de un niño, y si es una niña sucederá a la inversa.

En los casos de violación y de raptó violento creemos que no debiera establecerse por vía judicial la paternidad del violador o raptor, salvo que la víctima lo pidiera expresamente, sino una indemnización en forma mixta, de capital y de renta vitalicia de la forma que legal y judicialmente se estableciera (v. cuanto decimos en el apartado de las obligaciones y contratos respecto de las indemnizaciones en forma de renta). Con arreglo a la Ley de 7 de octubre de 1978 pueden ser autores de los delitos de estupro y raptó tanto los hombres como las mujeres.

8.º El examen detenido y reflexivo de la orientación doctrinal, del Derecho comparado y de las Convenciones y Conferencias internacionales ha de ser factor de decisiva importancia en este sentido, unido a la mentalidad y circunstancia de la sociedad española (197).

(197) Senado de Bélgica. Sesión del 15 de febrero de 1978. Proyecto de Ley modificando diversas disposiciones legales relativas a la filiación y a la adopción (305 (1977-1978), núm. 1). Exposición de Motivos: Uno de los principios fundamentales del Derecho belga es la igualdad de todos ante la Ley (art. 6.º de la Constitución). Aunque este principio sea, en general, aplicado correctamente en la Legislación, existe no obstante una excepción flagrante. En lo que concierne a las relaciones con su padre y madre, sus hijos y los otros miembros de su familia, los ciudadanos belgas son tratados diferentemente, según que la filiación que determina su parentesco esté establecida dentro de los lazos del matrimonio o fuera de él. Se refiere después a la Ley de 10 de febrero de 1958 y a la de 21 de marzo de 1964. Estos últimos años, se dice, varios países de la Europa occidental, entre los cuales están la República federal de Alemania, la Gran Bretaña, los Países Bajos, Francia, Italia y Suiza, han adoptado una Legislación nueva, trastornando la economía tradicional del Derecho de la filiación e instaurando una igualdad casi completa entre los hijos legítimos y los hijos naturales. El deseo de suprimir toda discriminación y de desterrar las desigualdades fundadas en el nacimiento se encuentra igualmente en los trabajos de diversas instituciones internacionales. La declaración de derechos del niño, proclamada el 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que reitera los términos de una declaración ya adoptada en 1924 por la Sociedad de Naciones, afirma que el niño tiene necesidad de una protección especial y, destacadamente, de una protección jurídica apropiada, antes y después del nacimiento, y ello sin que sea hecha ninguna distinción de nacimiento o de otra discriminación. De otra parte, el Consejo de Ministros del Consejo de Europa ha adoptado, el 15 de mayo de 1970, una resolución sobre la protección social de madres solteras y de sus hijos, en la cual se recomienda especialmente a los Gobiernos sensibilizar a la opinión pública, en relación con los problemas de las madres solteras y de sus hijos y de orientar a la sociedad hacia una más grande comprensión de su situación, de manera que desaparezca todo juicio discriminatorio a su consideración y a aceptarlos sobre un pie de igualdad con las otras familias.

Declaración de los derechos del niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de noviembre de 1959 (Resolución 1.386, XIV) de la Asamblea General: Principio 1.—El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños, sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia. Principio 6.—El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión; siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y

d. *Patria potestad.*

En materia de patria potestad, la reforma debe responder (en una línea muy análoga a la que en su día señalaron los medios de comunicación social, como nota o referencia del Consejo de Ministros), a los siguientes principios (v. arts. 35 Congreso y 39 Senado):

1.º La patria potestad debe concebirse como una institución en beneficio exclusivo de los hijos. La Ley, en una enumeración abierta, debiera establecer, con carácter exemplificativo, una relación de actividades (deber-derecho, función, etc.), a cargo de los padres que necesariamente deriven de la patria potestad. Pero lo fundamental, repetimos, es que el principio nuclear en el que se inspire toda la institución sea el de que la patria potestad es la actividad que se dirige y encamina a la guarda y cuidado de los hijos, incluyéndose en el Código sólo aquellos deberes elementales y comunes y dejando que todos los demás, derivados de cada una de las situaciones concretas, se conformen a través de la realidad social (artículo 3.º del Código civil) por medio de la jurisprudencia.

2.º La patria potestad debe ser ejercida conjuntamente por el padre y la madre, aunque como acontece en el artículo 66 del Código civil, en relación con la actividad unilateral de uno de los cónyuges (198), puedan el padre o la madre actuar solos, cuando así proceda, conforme a lo convenido entre los padres, al uso y costumbre del lugar y a las circunstancias de la familia. Los actos realizados por uno de los progenitores aisladamente, fuera de los casos anteriormente indicados, podrían ser ratificados por el otro, de manera expresa, tácita o presunta, pero si no la fueran cabría la posibilidad de anularlos a instancia del progenitor que no los consintió, de manera también análoga a lo establecido en el artículo 65 del Código civil (199).

Todo ello sin perjuicio de los supuestos anormales de ejercicio de la patria potestad por uno solo de los progenitores: el padre o la madre (200).

3.º En el supuesto de hijos naturales o extramatrimoniales, el principio al que debe responder la patria potestad debe ser absolutamente el mismo (201). Las especialidades propias de este supuesto deben también derivar precisamente del principio funda-

material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre.

(198) V. Art. 66, redactado conforme a la Ley 14/1975, de 2 de mayo.

(199) V. art. 65, ídem; también arts. 1.300 y 1.301 del Código civil.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: La capacidad jurídica y el consentimiento de los cónyuges con arreglo a la nueva Ley de 2 de mayo de 1975, P., sept-oct. 1975.

RUÍZ VADILLO, ENRIQUE: *La filiación ilegítima...*, ob. cit.

FRANCO GRANADO, AMALIA: *Patria potestad: Evolución de un sistema autoritario a una función compartida*, P., enero-marzo 1977.

(200) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La patria potestad de la madre en el Derecho español*, RDP, XLI, pág. 508.

(201) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La patria potestad de los hijos nacidos fuera de matrimonio*, RDP, marzo 1977.

mental de conveniencia del hijo. Estas especialidades pueden traer su origen del hecho del reconocimiento (reconocimiento voluntario o impuesto y patria potestad pueden no coincidir) y de la situación de los progenitores. Si el reconocimiento es simultáneo no hay problema, puesto que se dará una patria potestad conjunta; si es sucesivo debiera depender de que sea voluntario o forzoso. En el primer caso el juez, oyendo a quien primero reconoció, resolverá, y si hay acuerdo de voluntades la patria potestad también será conjunta. Si es forzoso, en principio no procedería atribuir la patria potestad, pero tampoco debiera establecerse una solución incondicionadamente contraria.

Obsérvese que reconocimiento y patria potestad, como ya hemos dicho, son instituciones distintas. A su vez, las obligaciones derivadas de la paternidad o maternidad derivan del hecho biológico de la procreación y son independientes de la patria potestad. Lo que resulta importante es destacar que un padre o una madre, por el hecho de serlo, asumen ciertas obligaciones, cualquiera que sean sus circunstancias y su propia voluntad.

4.º La actuación judicial debe responder, a nuestro modesto entender, a estas tres normas: A) Excepcionalidad o subsidiaridad. No es bueno que el juez esté sustituyendo con frecuencia a los padres en las decisiones familiares. Esto debe ser lo excepcional y absolutamente patológico. Por ello la Ley debe partir de la idea de que, en principio, el acuerdo de los progenitores sea la norma o ley de la familia, pues nadie mejor que los padres para decidir en cada caso lo que más conviene al hijo, y para los supuestos especiales, en los que el acuerdo encierre una finalidad de egoísmo y de perjuicio para el hijo, está la privación de la patria potestad. B) Ahora bien, una vez que el juez actúa no debe encontrarse atado por excesivas ligaduras legales en cuanto a su decisión; es decir, ésta debe poder pronunciarse con toda amplitud y con flexibilidad; de manera muy informal, diremos para entendernos y, en definitiva, muy ajustada a las necesidades y circunstancias de cada caso, y C) Que los jueces y Tribunales (al menos los jueces) que intervengan sean especiales, no en el sentido de que no pertenezcan a la jurisdicción ordinaria (lo que para mí sería gravemente perjudicial), sino en el entendimiento de que sólo se dediquen a cuestiones de familia (incluidos, por supuesto, todos los problemas relacionados con menores), pues no en valde el Derecho de familia ocupa, como sabemos, una posición «sui generis» dentro del Derecho civil e incluso dentro del Derecho en general. Las decisiones de los jueces deben ser todas razonadas y susceptibles de recurso ante un Tribunal colegiado.

5.º El Ministerio Fiscal debe estar presente en todas las actuaciones, procedimientos y recursos en esta materia, pero como órgano de defensa de la legalidad, entendida esta expresión en su sentido más trascendente de defensa de la sociedad, pero no como defensor directo e inmediato del menor, según ya indicamos. El Fiscal debe proveer a la constitución de los correspondientes orga-

nismos tutelares cuando no estén constituidos, debe vigilar su efectividad, debe buscar con su intervención equilibrada e imparcial el restablecimiento del orden jurídico, pero no debe ser defensor de ninguna persona en concreto, ni siquiera de un menor, cuyo interés puede estar en contradicción con el del otro u otros menores. o con un principio de justicia, difícil de salvar en aquellas situaciones en las que el fiscal actúa como un defensor normal.

6.º Los padres deben ser, por supuesto, los representantes legales de sus hijos y, salvo casos muy excepcionales, debiera suprimirse la figura del defensor judicial que, en la práctica, no vale para nada o vale para muy poco y, en cambio, produce, en ocasiones, inconvenientes y excesiva rigidez en ciertas actuaciones. La Ley debe presumir que los padres defienden a sus hijos siempre, y esta presunción debe jugar mientras no se demuestre lo contrario, y para poderlo demostrar debiera existir un proceso sencillo, con una amplia legitimación activa, tendente a solicitar judicialmente la limitación, la suspensión y la privación de la patria potestad. El control judicial de las cuentas de los padres en relación con el patrimonio de los hijos, como norma general, la homologación de lo que hicieron durante la minoría de sus hijos, como sistema, nos parece igualmente un despropósito, un rutinarismo y una pérdida de tiempo por su total ineficacia en la mayor parte de los casos. Dejemos la intervención judicial para los casos muy excepcionales, pero dejémoslos para que cuando la intervención se produzca sea verdaderamente eficaz.

7.º Ni siquiera vemos clara la idea de restringir el poder de disposición de los padres en relación con los bienes de los hijos. Pero el sistema tampoco nos parece mal, no en orden a la desconfianza que pudiera suponer hacia la honestidad de los padres, sino en cuanto que la aprobación judicial obliga antes de su sometimiento a una mayor reflexión y prudencia y a una superación, por tanto, de peligro de ligereza y de improvisación, compatibles con el cariño al hijo y con el interés por su futuro. Ahora bien, esta limitación debiera producirse no sólo sobre los inmuebles, sino también sobre los bienes muebles susceptibles de registración, sobre los establecimientos mercantiles o industriales y sobre los valores mobiliarios, salvo, en este último caso, el derecho de suscripción preferente (202) o venta de los correspondientes cupones.

(202) BONET RAMÓN: *Código civil comentado*.

V. art. 13-1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón (Ley 15/1967, de 8 de abril).

V. Ley 64, pf. 2, de la Compilación de Navarra (Ley 1/1973, de 1 de marzo)..

Compilación de Aragón. Art. 13-1: Para la disposición de los bienes del menor de catorce años se estará a lo ordenado por la persona de quien procedan por título lucrativo. 2: En su defecto, el poder de disposición corresponde al administrador, quien, sin embargo, habrá de obtener autorización de la Junta de Parientes o del Juez de Primera Instancia cuando se trate de bienes raíces, negocios mercantiles o industriales, valores mobiliarios u objetos preciosos.

8.º El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de la patria potestad: A) por sentencia firme dictada en causa criminal, y B) Por sentencia firme dictada en un proceso civil por grave incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, bien se haya descubierto en un procedimiento «ad hoc» o en otro relacionado con cuestiones matrimoniales (203).

9.º Si se establece la patria potestad prorrogada para los hijos que al emanciparse estén enajenados, como se anunció en la Prensa, el art. 200, núm. 2, debiera decir: Los menores de edad no emancipados legalmente, salvo en los supuestos de patria potestad prorrogada.

e. *Otros cambios.*

Distingamos entre los artículos que se verían afectados por las reformas en profundidad que proponemos, de aquéllos otros en los que se necesitan únicamente pequeñas correcciones.

En cuanto a los primeros, lo serían, por supuesto, los artículos 42 a 107, ambos inclusive, relativos al matrimonio; el título V, relativo a la paternidad y filiación (arts. 108 a 141), también completo y, lógicamente, aunque en menor medida, los arts. 1.315 y siguientes (Título III: Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio); es decir, los artículos 1.315 al 1.326 (204), algunos de:

Compilación de Navarra. Ley 64. Atribuciones: La potestad sobre los hijos menores no emancipados corresponde al padre, y sólo en su defecto la ejercerá la madre. Esta potestad comprende la representación de los hijos y el usufructo, administración y disposición de sus bienes. Actos de disposición: La enajenación o gravamen de estos bienes, cuando sean inmuebles, establecimientos industriales o mercantiles o sus elementos esenciales, requerirá la previa autorización judicial, con audiencia para la cancelación por cobro de créditos hipotecarios, para la retroventa por ejercicio de un derecho de retracto legal o voluntario y para cualesquiera actos de disposición que hayan de cumplirse obligatoriamente.

El padre, o la madre, en su caso, puede aceptar o repudiar sin autorización judicial cualesquiera disposiciones a título lucrativo en favor de los hijos...

(203) El contenido de los arts. 155 y 156, núm. 1, debe ser suprimido o al menos ser objeto de meditación, dado que el castigo al que se refieren debiera ser objeto de control judicial.

V. «B. O.» de las Cortes que publica el Proyecto de Ley sobre la reforma de la patria potestad.

(204) Téngase en cuenta que la Ley de 2 de mayo de 1975 introdujo importantes y positivas modificaciones en esta materia.

V. arts. 41 a 50 de la Compilación de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959; arts. 7 a 62 de la Compilación de Cataluña, de 21 de julio de 1960; artículos 3 a 5 y 66 a 68 de la Compilación de Baleares, de 19 de abril de 1961; arts. 23 a 59 de la Compilación de Aragón, de 8 de abril de 1967, y Leyes 78, 80, 82 y ss y 91 de la Compilación del Derecho civil de Navarra, de 1 de marzo de 1973. A nuestro modesto entender, y tal vez no esté la idea dentro de la línea de orientación que ahora más se exterioriza, el futuro debiera proyectarse hacia la promulgación de un nuevo Código civil único que estableciera la unidad legislativa, pero no en el sentido de absorción, sino en el de la integración, actualizando las viejas instituciones forales que no han podido

manera leve; los artículos 1.327 a 1.335 debieran ser conformados al nuevo sistema que se propone. El capítulo III de la dote (artículos 1.336 a 1.380) desaparecería. Los artículos 1.381 a 1.391, que constituyen el capítulo IV del título III, se integrarían, con los adecuados atemperamentos, en un capítulo referido a la regulación del régimen de separación, que habría de necesitar muchos más artículos que los escasos que se contienen en el capítulo VI de ese mismo título (artículos 1.432 a 1.433): De la separación de los bienes de los cónyuges y de su administración por la mujer durante el matrimonio, que, por supuesto, cambiarían por completo, al cambiar la filosofía que lo inspira y su contenido en el sentido que ya hemos indicado.

Otra institución que debe ser objeto de reforma profunda es la de la tutela (arts. 199 y ss). Creemos que todo el complejo armazón actual del tutor, protutor y Consejo de familia no vale, en muchísimas ocasiones, para nada. Si no hay dinero, la institución tutelar, desgraciadamente, ni llega a nacer o nace sin efectividad (y salvamos nuestros respetos para los casos en que esto no es así y algunos hemos conocido en nuestra vida profesional ciertamente ejemplares); y si lo hay, la complejidad es grande y la garantía muy pequeña. Hay que buscar un tutor único y un control judicial de la tutela a través de un juez de familia que, a su vez, pueda actuar con cierta flexibilidad y convocar para ser oídos a una especie de junta de parientes a los más próximos, e incluso a las personas más allegadas, antes de tomar determinadas decisiones que pudieran, de alguna manera, comprometer el futuro personal o patrimonial del sometido a tutela (v. arts. 244 y ss. sobre protutela y 293 y siguientes sobre consejo de familia).

En otro caso, es decir, si no se reforman en profundidad los artículos anteriormente indicados, habría que retocar, entre otros, los artículos siguientes: En el artículo 206 debe suprimirse la expresión «legítimos»..., en los artículos 203, 232, 293, 300, 301, 306 y 331 debe decirse Juez de Distrito en vez de Municipal. En los artículos 211 y 227 debe eliminarse la preferencia de sexo, y en todos los supuestos análogos en los que de alguna manera se produce una discriminación, hacer lo mismo. En el artículo 229 debe suprimirse en todo caso el último párrafo, teniendo en cuenta la reforma de la patria potestad que propugnamos. Los artículos 228 a 230 y el núm. 4 de artículo 200 deben suprimirse por entero si se acepta la eliminación de la interdicción civil (v. art. 43 del Código penal). En el 237 debe añadirse el supuesto de apropiación indebida. En los artículos 272 y 275 deben modificarse las cuantías. En el

desarrollarse por faltarles el clima y las instituciones adecuadas y buscando su generalización cuando ello sea posible, que en muchas ocasiones lo es, en muchas más de las que en principio pudiera parecer, conservando como especialidades sólo aquéllas que siguieran respondiendo a una necesidad o exigencia social, realmente sentida, en una zona geográfica determinada.

RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 40.

artículo 302 debe suprimirse la expresión «legítimos» y modificar su contenido (ello si no se eliminara por completo como consecuencia de la supresión del Consejo de familia, tal y como está actualmente concebido). En todo caso debe suprimirse el párrafo 2.

En cuanto a otras correcciones concretas, tenemos en el artículo 143 debe suprimirse toda referencia a «legítimos», «legitimados por concesión real», «naturales reconocidos», etc., expresiones todas que deben desaparecer por completo del Código civil.

En los artículos 172, 173, 176, 177, 178, 179 y 180, que hacen referencia, como sabemos, a la adopción (205), deben también, por supuesto, suprimirse toda alusión a la condición de los hijos (legítimos, legitimados, naturales reconocidos). Por ejemplo, en el artículo 173 «in fine» debe decirse... «y muy especialmente si el adoptante tuviere hijos». Lo mismo en el 176, párrafo 3.º, etc. En el artículo 180, párrafo 3.º, habría que decir que el hijo adoptivo ocupa en la sucesión del adoptante la misma posición que los naturales o extramatrimoniales, etc.

Quedan otros artículos que no se citan y que debieran ser retocados, pero la advertencia del tono de este trabajo ya se ha hecho insistentemente, como expresión del carácter superficial y casi con exclusividad testimonial de estas cuartillas.

6. SUCESIONES.

A. IDEAS GENERALES (206).

En materia de sucesiones, como en todos los sectores del Código civil que estamos examinando, cabe pensar en una fórmula de reforma profunda o de modificaciones parciales y retoques que, conservando gran parte de su estructura y, desde luego, su sistemática, cambien algunas instituciones concretas y determinadas. Pocas instituciones del Derecho privado, como la propiedad y la herencia, se encuentran más afectadas por las distintas ideas, ideales y modelos políticos de convivencia, desde los que en un extremo

(205) CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.º: *La existencia de descendientes como obstáculo para la adopción en Derecho comparado*. Recensión en RDP, LVI, página 88.

HERNÁNDEZ GIL, A.: *Sobre la adopción y patria potestad*, entre otros muchos temas objeto de estudio. V. Dictámenes I Personas-Bienes. Derechos reales. Obligaciones y contratos y II al que también nos remitimos.

SERRANO IGNACIO: *La reforma en la adopción*, IJ núm. 319, 1973, pág. 19.

(206) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y SANCHO REBULLIDA, F.: *Derecho de sucesiones*, I Parte General.

DIEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones...*, II, pág. 483. También cabe plantearse el problema de la conveniencia de regular la sucesión contractual a la que el Código mira con un recelo seguramente injustificado.

FIRSCHING (K): *Sobre la reforma del Derecho hereditario alemán*. Recensión en RDP, LVI, pág. 956.

SIMÓ SANTOJA, V.: *Derecho sucesorio comparado*, IJ núm. 308, 1971, pág. 207.

las defienden casi sin limitación alguna ni en extensión ni en intensidad, hasta los que desde el otro extremo niegan su existencia o, al menos, la mayor parte de sus proyecciones y posibilidades. Nosotros creemos, y así lo hemos dicho muchas veces, que la propiedad y la herencia cumplen en la vida social un importante cometido que trasciende, con mucho, de la idea del puro beneficio y egoísmo individual, para quedar situadas dentro de unas finalidades comunitarias, pero paralelamente, y por ello mismo, creemos que una y otra han de insertarse en una jerarquía de valores y bienes jurídicos, estrechamente vinculadas a un interés social y, por ello, han de sufrir cuantas limitaciones deriven de esta importante consideración. Suprimir el estímulo normal del ahorro y quitar la legítima ambición de conseguir un mayor y mejor bienestar propio y de quienes de cada persona descienden o dependen es suprimir uno de los más principales motores del desarrollo. Pero esto es compatible con limitar la extensión del derecho de propiedad y de la sucesión hereditaria, con distinguir cuando sea necesario entre propiedad de bienes de producción y de consumo, con la construcción de un sistema de impuestos más justo y más de acuerdo con las exigencias de hoy y con el establecimiento de todas aquellas restricciones que se consideren necesarias. También aquí hay que introducir el condicionante de la función social al que se refiere la Constitución, y que ya hemos visto al tratar el tema de la propiedad. Función social que no debe quedar en una pura declaración programática, ni siquiera debe reducirse a un simple problema impositivo. Debe ir más allá, de manera activa y positiva, destinada a conseguir que el fenómeno sucesorio constituya un equilibrio entre el interés individual y el social. Si también la sucesión ha de contemplarse bajo un prisma social, es inevitable que la voluntad del testador sufra limitaciones, no sólo en orden a condicionar su interés con el de los suyos, mediante la constitución de patrimonios familiares, sino también en cuanto a un interés colectivo de conservación de empresas y a una ordenación más racional de la sucesión hereditaria. Igualmente, aunque volvamos a insistir en ello, hay que limitar el orden de llamamientos en la sucesión intestada, consiguiéndose así que el sentido social del Derecho hereditario vaya más allá de la simple aplicación de unas leyes fiscales más justas, aunque también éstas sean un factor decisivo en las hondas transformaciones sociales que nuestro mundo necesita (Ver artículo 31 Congreso y 33 Senado del Anteproyecto Constitucional).

B. POSIBLES REFORMAS.

Veamos, dentro de la idea de esquematización que preside este trabajo, cuáles hayan de ser, a nuestro juicio, algunas de las reformas que pudieran llevarse a cabo en nuestro Código civil, para

conseguir de él un instrumento más en consonancia con nuestra época y, por tanto, más eficaz en su realización práctica.

a. *Testamentos*

En materia de testamentos creemos que la Ley debe buscar una fórmula armónica entre seguridad, formalismo y operatividad. Ni prescindir por completo de aquellos sistemas que inexcusablemente defienden la autenticidad de la última voluntad testamentaria, obsesionados con el reforzamiento de formalidades que pueden, en definitiva, incurrir en un pernicioso formulismo, ni establecer un régimen de ilimitada libertad para el otorgamiento de los testamentos. En general, el sistema testamentario de nuestro Código nos parece correcto. Pero hay que buscar nuevos caminos para facilitar más aún, a todas las personas el ejercicio de este derecho con la garantía de que su autenticidad y efectividad serán controlados notarial o judicialmente, sin cauce posible a peligrosísimas adulteraciones de la voluntad del testador.

Desde otro punto de vista hay que decir que el actual art. 722 (primero de la Sección 8.º, del capítulo I, del título III, del libro III del Código civil), que se titula «Del testamento marítimo», debiera modificarse en el sentido siguiente: La sección 1.ª pasaría a denominarse «De los testamentos marítimos y aéreos», y se añadiría al artículo el siguiente párrafo: Las mismas normas se aplicarán, con las adecuadas modificaciones, a los testamentos abiertos y cerrados que se otorguen durante un viaje aéreo, bien sea en un avión militar o civil.

Tampoco nos parecería desacertado introducir en el Código civil el testamento mancomunado entre cónyuges.

En relación con el testamento ológrafo nos parece de interés indicar lo siguiente: 1) La regulación del Código civil puede considerarse acertada; 2) La reforma debe orientarse en el sentido de una reducción de formalidades; 3) Lo único verdaderamente definitivo ha de ser el encuentro de la voluntad del testador; 4) La escritura puede o no ser manual, pero debe excluirse la mecánica; 5) Deben establecerse una serie de presunciones que faciliten la prueba de su existencia, y 6) Debe abrirse paso la posibilidad de que puede otorgarse un testamento análogo al ológrafo y con parecido régimen jurídico (autófono) mediante la grabación de la propia voz en una cinta magnetofónica (207).

b. *Legítimas.*

En materia de legítimas (208) deben asimilarse, como ya queda indicado, todos los hijos, cualquiera que sea el origen de su filiación, y conceder una mayor participación al cónyuge viudo en la

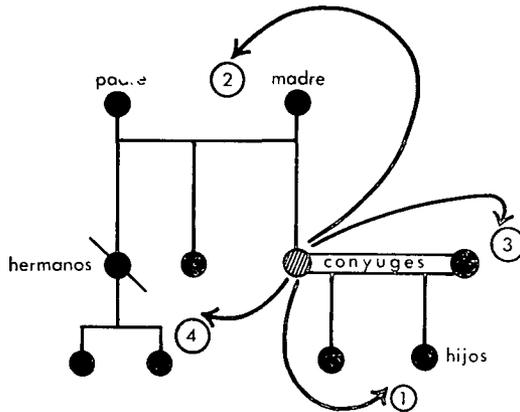
(207) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *El testamento ológrafo*, RDP, julio-agosto 1972.

(208) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, ob. cit., pág. 636.

herencia de su consorte, atribuyéndole tal vez una cuota general usufructuaria (209) sobre el patrimonio del cónyuge premuerto, con facultades dispositivas mediante autorización judicial, en casos excepcionales. Todo ello, salvo cuando la existencia de hijos menores o incapaces no comunes, imponga la entrega inmediata de las correspondientes cuotas de legítima.

c. *Sucesión intestada* (210).

Entendemos que la sucesión intestada debiera también modificarse en un doble sentido: 1.º Reducir los grados parentales a los que abarca. La noción de familia actualmente es enormemente restringida y posiblemente sería más acertado llamar únicamente como herederos abintestato a los hijos, los padres, al viudo o viuda y a los hermanos e hijos de hermanos, a estos últimos por derecho de representación, conservando en todo caso el cónyuge supérstite la cuota de legítima en la forma y extensión que se establezca. La expresión gráfica, teniendo en cuenta lo que luego diremos, pudiera ser ésta:



2.º Adelantar al cónyuge supérstite en la ordenación jerárquica de llamamientos, colocándole delante de los hermanos e hijos de hermanos. Concurriendo el cónyuge viudo con los padres tal vez debiera buscarse una fórmula armónica que conciliaría usufructo universal y adjudicación de cuotas a los padres, teniendo en cuenta que éstos, en muchos casos, son de edad avanzada. La razón de esta propuesta radica en la comunidad de existencia que el matrimonio supone y que exige un reconocimiento de derechos para el cónyuge que sobrevive, a todos los niveles, incluido, por supuesto, el sucesorio. También los padres debieran recibir, cuando esto sea posible, su cuota en usufructo.

(209) V. el sistema de viudedad universal del Derecho foral aragonés.

(210) RUIZ VADILLO, ENRIQUE: *Introducción...*, pág. 639.

d. *Otras modificaciones.*

En el artículo 781, núm. 6, hay que suprimir la expresión pena de interdicción civil si esta institución desaparece, y en el número 8, la referencia a criados debe sustituirse por la de dependientes.

En los artículos 807, núms. 1 y 2, hay que suprimir la expresión «legítimos», y en el núm. 3 la de «naturales», en el 808 lo mismo, en el 836 eliminar la expresión «naturales», en los artículos 840 a 847 eliminar toda referencia a hijos ilegítimos, cubriendo el hueco que queda con el contenido de la reforma correspondiente, en los artículos 852, 853 y 854 tener en cuenta el artículo 756, causa 5.^a, con arreglo a la modificación llevada a cabo recientemente (Ley de 26 de mayo de 1978, A 1.162).

En los artículos 913, 931 y 935 suprimir la palabra «legítimos» y en los artículos 939 a 945, ambos inclusive, debe eliminarse la expresión «naturales reconocidos». En el artículo 952, como ya dijimos, debe situarse al cónyuge viudo en lugar de más preferencia, y en el 960 debe sustituirse la expresión Juez Municipal por la de Juez de Distrito, con arreglo a la nueva estructura orgánica de los Tribunales de Justicia. En el artículo 962 quitar la expresión «legitimidad»; en el 971, la de «legítimos», igual que en el 973, en el que aparece la expresión dos veces, y lo mismo en el 975.

En el 977 debiera decir, en vez de «El viudo o viuda al repetir matrimonio...» «El viudo o viuda al celebrar nuevo matrimonio». El artículo 980 debe suprimir la expresión «natural reconocido». En el artículo 946 habrá que adaptar o ampliar, si procede, las expresiones Cabildos, Diputaciones, etc., a las que puedan corresponder en lo sucesivo. El 749 debe hablar de Juez de Distrito. En el 756, número 3, debe decir pena superior a seis meses. El número 5 ya está, como sabemos, reformado (211). El 761 debe alterarse en función de la supresión del usufructo paterno si se establece el sistema de no concesión del usufructo a los padres.

En materia de reservas, a nuestro juicio habrá que cambiar mucho y aun suprimir gran parte de su contenido, adaptándolas en todo caso a las necesidades de hoy. También, entre otras instituciones, el albaceazgo debe ser reformado (212), y con él otras varias instituciones y preceptos.

(211) V. Ley 26 de mayo de 1978.

(212) ALBALADEJO, MANUEL: *El albaceazgo en el Derecho español (común y catalán)*, Ed. Tecnos, 1969.

CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ M.^o: *La Constitución del Albaceazgo en el Derecho comparado y en el Derecho español*, RDP, XLVI, pág. 401.

GÓMEZ YSABEL: *Problemas fundamentales del ejercicio del albaceazgo* (prólogo de Marín Pérez), Madrid, 1963.

IV. CONCLUSIONES.

1. RESUMEN DEL TRABAJO.

1.^a Las circunstancias actuales son muy favorables para una reforma de nuestro Ordenamiento jurídico. Los cambios experimentados por la sociedad española, la próxima promulgación de una nueva Constitución, el acercamiento a los países más afines a nuestro desarrollo cultural, y la evolución de la doctrina científica y jurisprudencial, son campo abonado para el cambio.

2.^a El ordenamiento jurídico está en gran medida, y en muchas de sus partes, absolutamente desfasado. El Código civil no es una excepción. La reforma ha de hacerse en dos etapas, una primera de reforma en profundidad de lo más acentuadamente desadecuado, la filiación, por ejemplo, y de retoque de muchos de sus preceptos, y una segunda elaboración de un nuevo Código civil que responda a nuevos principios y a nuevas exigencias.

3.^a Las líneas de la reforma en sus dos manifestaciones, a las que acabamos de referirnos, han de incidir sobre estos puntos: Descubrir lo que hoy necesita la sociedad española (problema político y sociológico y, en cierta manera, metajurídico), y una vez descubierto construir un nuevo Ordenamiento, utilizando el jurista sus propias técnicas y sus instituciones, haciendo realidad legislativa lo que hasta entonces era simple, aunque justa, apetencia social. Pero adviértase que el Derecho no puede ni debe ser un ciego servidor de una idea política, sino un instrumento de transmisión de justicia, de seguridad y de bien común.

4.^a La llamada crisis del Derecho, tan llamativamente destacada, creemos que es una crisis de ordenamientos jurídicos positivos, no propiamente del Derecho en cuanto ordenador justo de las conductas humanas. El Derecho ha existido, existe y existirá siempre.

5.^a El reto de nuestro tiempo, más dramático que en ninguna otra época anterior, consiste en descubrir con urgencia cuáles deban ser las normas por las que ha de regirse nuestra sociedad. El jurista, ya lo hemos dicho, ha de llevar a cabo esta tarea, buscando con honestidad, en una misión muchas veces notarial, la realidad social que le rodea y sus legítimas apetencias. La decisión orientadora del Derecho es una decisión política y el político ha de buscar su razón de ser en el pueblo. El jurista debe utilizar sus propias técnicas y métodos al llevar a cabo la construcción de las normas que haya de ofrecer a la sociedad, en la medida en que la sociedad las quiera.

6.^a Codificar no es equivalente a inmovilizar, sino a ordenar con coherencia, con sistemática y con armonía. No debemos de tener miedo a cambiar las leyes cuando ello sea justo y necesario por muy codificadas que estén. En todo caso, si las normas respon-

den a las exigencias de una realidad social profunda, no coyuntural y episódica, y si los Tribunales tienen un poder relativamente creador para poder adecuar la ley a las distintas situaciones, sin faltar a la seguridad, las leyes no tienen tampoco que estar cambiando todos los días.

7.^a La reforma debe recibir, en definitiva, su principalísima inspiración de la Constitución en aquellos puntos, por supuesto, en los que la Constitución se haya pronunciado, directa o indirectamente, siendo en todo caso fiel a su espíritu y a sus principios informadores.

8.^a Toda la reforma que proponemos puede y debe coronarse finalmente con un nuevo Código civil, que con un enfoque moderado, lo que no quiere decir extravagante, busque soluciones jurídicamente lo más perfectas posibles, con técnicas depuradas, con la colaboración de los mejores juristas y que se proyecte hacia un entendimiento de la justicia con un profundo sentido social, más de acuerdo con la época que hoy afortunadamente vivimos en el mundo entero.

El trabajo, ya lo habrá comprobado quien haya tenido la paciencia de llegar hasta aquí, unas veces ha hecho referencia a reformas parciales y minúsculas, otras a modificaciones totales y profundas, ha mezclado situaciones diversas y ha repetido ideas y problemas. Si de su lectura se obtiene una única conclusión: la necesidad urgente de poner mano a la tarea reformadora, sin precipitaciones que a la postre agravan el problema, pero sin pausas ni dilaciones injustificadas que también lo deterioran, habrán coincidido finalidad y realidad, aun a costa, inqueridamente, de haber cansado con exceso a quienes lo hayan leído.

2. CONSIDERACIONES FINALES.

Después de este largo e involuntariamente monótono recorrido por el Código civil siento la inquietud de si habré sabido acertar al expresar la finalidad casi única que el trabajo pretendía: Necesidad de una reforma y presupuestos básicos de la misma. Ahora, en esta reflexión última, quisiera dejar otra vez expresa constancia de estos sentimientos:

1.º Si el Código es, en muchas instituciones, una sombra, una carencia de luz en la regulación de las relaciones jurídicas de hoy, ha de ser reformado y, mejor aún, sustituido.

2.º El nuevo Código ha de ser muy sencillo, muy claro y, hasta donde sea posible, reducido.

3.º Las líneas maestras del mismo han de construirse pensando en las necesidades reales de la comunidad, entendida como una pluralidad organizada de personas a la que hay que dirigirse básicamente, sin olvidar, por supuesto, la fenomenología más concreta que ha de quedar sujeta fundamentalmente a la apreciación judicial.

4.º La idea de función social ha de presidir todo el derecho; creer que enmarcando la propiedad y la sucesión en la simple expresión antes enunciada está todo resuelto, lo consideramos equivocado. El ejercicio del derecho de arrendamiento o de usufructo, o la partición hereditaria, han de llevarse a cabo haciendo compatible el interés individual, jurídicamente protegido, con las exigencias sociales. Ni siquiera el impuesto, con ser uno de los instrumentos de justicia social más importantes, es suficiente para culminar el necesario proceso de socialización del Derecho.

5.º No se trata de hacer una regulación jurídica pensando exclusivamente en la comunidad, lo que sería un grave error, porque la comunidad no es otra cosa que una serie de personas individuales. Se trata más bien de que cada derecho individual se inserte en un orden superior en el que se tengan en cuenta los derechos de los demás. La obligación de cultivo, la prohibición de tener viviendas vacías, una determinada ordenación de la propiedad de los bienes de producción, de las servidumbres por razones de utilidad pública, una más agilizada utilización de la expropiación forzosa con las máximas garantías de que el destino es auténticamente social, etc., etc., son manifestaciones de cuanto acabamos de indicar.

6.º Si la Constitución constituye algo más que un símbolo, si de ella sabemos todos extraer los principios que la inspiran, como los cimientos o presupuestos básicos de nuestro Ordenamiento, y con ella conjuntamos la teoría que inspiró la reforma del Título Preliminar, especialmente referida al ejercicio antisocial del derecho y al abuso del mismo, entiendo que el avance puede ser realmente espectacular e irreversible.

7.º El acercamiento efectivo a Europa y la posterior proyección de España a la América hispana pueden ser caminos insospechados hacia metas de una más justa ordenación jurídica de todos los pueblos. Ciertamente que el Consejo de Europa está llevando a cabo esta tarea, creemos que de manera muy racional y efectiva, y esto es alentador. Con sólo examinar sus informes o asistir a sus Comités se descubre esta específica andadura. Despojarse de innecesaria literatura, dirigirse sólo a los puntos verdaderamente decisivos y permitir finalmente unas ciertas flexiones jurídicas para la mejor adaptación a las concretas exigencias de cada pueblo y en cada momento, son puntos cardinales del sistema utilizado por dicho Organismo internacional al que España está prestando su más acentuada e ilusionada colaboración.