

# La reterritorialización contemporánea del Derecho civil español (\*)

Por JOHANNES-MICHAEL SCHOLZ

Frankfurt am Main

Afrontar un análisis de las últimas transformaciones del ordenamiento jurídico civil español, exige desprenderse de las representaciones reificadas del nuevo sistema normativo, territorialmente reorientado, para detectar sus mecanismos constitutivos. Es decir, ir necesariamente más allá de la pura interpretación textual de la Constitución española de 1978 y de su ordenación de las competencias legislativas en materia de derecho privado. Lo mismo cabe decir respecto a una segunda forma de tratar este tema, la comparación de las instituciones, método tan extendido entre los juristas extranjeros que se interesan por España como en los medios jurídicos españoles interesados en la legitimación extranjera del derecho español. Es igualmente respecto a aquellas explicaciones, a fin de cuentas parciales e interesadas, que no dejan de estar fundadas en esas alternativas estereotipadas desde que se inventó la tradición de los «derechos forales» en el siglo pasado. Estamos pensando en algunas opiniones establecidas, como la hegemonía del centralismo estatal castellano o la persistencia de la autonomía natural de ciertos derechos regionales, su conservadurismo o su agudo sentido del futuro, su carácter antiparlamentario o altamente democrático por naturaleza.

El hecho de que los comentarios tiendan a organizarse en la mayor parte de los casos alrededor de tales variantes ideológicas no debe hacer olvidar que esta aspirada reordenación está, en el fondo, históricamente condicionada. Se trata precisamente de captar la lógica histórica de las modificaciones: los determinantes coyunturales inscritos en la práctica jurídica. Estudiar la reorganización territorial del derecho civil español no es sino escribir un capítulo de la historia social de la racionalización contemporánea del discurso jurídico, reinsertando la historia de este fenómeno parcial en la historia moderna del campo de la re-

---

(\*) Un resumen de este texto se presentó por primera vez en octubre-noviembre de 1983 en Barcelona, con motivo de un ciclo de conferencias, organizado y financiado por la «Fundació Caixa de Pensions», dedicado al tema general «Canvi social i dret civil a Catalunya».

producción profesional de los juristas y, de este modo, en la historia de la modernidad en su conjunto (1).

Para entender el abandono de un derecho civil que gravitaba en torno de un polo de atracción único, el *Código civil* de fines del último siglo, hace falta en primer lugar romper con la experiencia vivida y los lugares comunes; en este caso, con la cotidiana celebración de la democratización del derecho privado en una España modernizada. Sólo una hipótesis teórica previa permite, en principio, escapar a las interrogaciones inconscientes y llevar a cabo una investigación fecunda y controlable. Sólo ella proporciona un punto de vista crítico en relación con unos hechos equívocos, unos instrumentos de observación concebidos para reconstruir en el curso del análisis la red de relaciones explicativas y, de este modo, la reordenación en cuestión.

La construcción del objeto teórico de nuestro análisis en forma de un cuerpo de hipótesis metódicamente formuladas y teóricamente enriquecidas obliga a subrayar lo que la disposición del discurso jurídico debe a las condiciones sociales de las que ha surgido. Mediante la oferta de instrumentos de percepción y de orientación del mundo antagónico que transfiguran las relaciones de clase en función de su legitimación, esta práctica simbólica es —en el sentido de Pierre Bourdieu— el producto de las tensiones sociales, más precisamente del campo jurídico doblemente determinado, por su propia lógica y por las relaciones de fuerza contemporáneas en el exterior del campo. Lugar de luchas internas y de retraducción eufemizante de las luchas externas, el campo jurídico está lejos de ser un espacio de orden estático en el que unos agentes más o menos activos ocupan, de una vez por todas, las posiciones conquistadas. Al mismo tiempo campo de concurrencia y —en la época moderna al menos— primero entre los diversos campos interesados por igual en la composición de modelos de dominación, se trata más bien de un universo inestable de lugares que hay que defender incesantemente de los ataques provenientes tanto del exterior como del interior del campo. De aquí vienen los conflictos de competencia en el doble sentido de la palabra: abocados al desafío de experimentar la capacidad de pronunciar palabras de orden con todos los cuestionamientos para poder hacerlo de un modo legítimo. De ahí —pero sin que se trate en todos los casos de actos conscientes, explicitados o ajustados mutuamente— las estrategias ofensivas de los agentes desposeídos de competencia, por un lado, y, por otro, los cálculos defensivos de aquellos que están en posesión de una competencia reconocida: la programación y la coordinación de sus operaciones a fin de asegurarse el derecho exclusivo de hacer saber lo que es el derecho, es decir, el orden, según el *common sense*. En relación con esto, Bourdieu se refiere a una ley social según la cual la división del trabajo varía en función del desarrollo socioeconómico, es decir, del grado de

---

(1) Cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Éléments pour une histoire du droit moderne*, en Joaquín CERDÁ RUIZ-FUNES/Pablo SALVADOR CODERCH (eds.). Primer Seminario de historia del derecho y derecho privado, Nuevas técnicas de investigación, Barcelona, 1985, págs. 423-524.

acumulación y reparto disimétrico de los capitales sociales, económicos y culturales. Si tenemos en cuenta que el monopolio profesional se basa tanto en el derecho como en todos lados en las aptitudes socialmente reconocidas para efectuar, con razón, tal o cual acto en condiciones determinadas, entonces resulta evidente que todo tipo de críticas, resistencias u ofensivas que se deban a las mutaciones en el seno de la formación social suscitan los esfuerzos de los monopolistas amenazados por reorganizar su modo de producción. Para reafirmar su competencia contestada, se esfuerzan, obligados por una lógica del mercado de la oferta y la demanda, en ofrecer soluciones a los conflictos sociales que se ajusten a las necesidades cotidianas, a un *modus vivendi* rentable, vista la lógica económica de toda dominación. Las nuevas formas de buena conducta serán en adelante de nuevo adecuadas para movilizar la creencia en el orden, impuesto arbitrariamente en última instancia por los mismos monopolistas, los cuales están siempre al servicio de la clase dominante o de una de sus fracciones, sin descuidar por ello sus propios intereses. Lo que hace que no sea el valor de una idea abstracta, ni la fuerza intrínseca de las razones aireadas, ni la influencia directa de las fuerzas económicas sino la reinversión inevitable y la racionalización adecuada de la competencia las que hacen que se progrese hacia un orden jurídico unívoco, universal y omnipotente, sin que tenga que emanar obligatoriamente de un lugar central (2).

Si consideramos además la transformación gradual de España en un país democrático, concebido y objetivado como Estado de derecho constitucional, democrático y social, parece posible afirmar, gracias a esta teorización, que la territorialización sucesiva del orden jurídico civil en el curso de los años 60 y 70 es el producto homólogo de los cambios políticos, económicos y sociales de una sociedad en vías de modernización. Tal y como garantiza el artículo 149 de la Constitución española de 1978, la coexistencia de ordenamientos jurídicos diferentes en materia civil sobre la base de las competencias legislativas del Estado y las Comunidades autónomas, y la regionalización progresiva del nuevo derecho civil, oficialmente legitimada como una reacción inevitable contra el régimen autoritario anterior en el marco de un «obligado asalto al centralismo burocrático y uniformista de los últimos años» (3), corresponde al mismo tiempo a un reparto y a una concentración del poder: la restauración de un monopolio profesional en manos de algunos nuevos juristas. Estos últimos recuperan su competencia exclusiva a medida que instalan —ya sea por su propio trabajo o con el concurso de mandatarios políticos— un sistema pres-

---

(2) Sobre este modelo teórico, ver Pierre BOURDIEU, «Sur le pouvoir symbolique», *Annales. Economies-sociétés-civilisations* 32 (1977) 405-411; BOURDIEU, *La distinction. Critique social du jugement*, París, 1979, págs. 271-272, 279; BOURDIEU, *Le sens pratique*, París, 1980, págs. 191 ss.; BOURDIEU, *La représentation politique. Eléments pour une théorie du champ politique*, en *Actes de la recherche en sciences sociales*, 36-37 (1981) 3-24 (3-7); BOURDIEU, *Ce que parler veut dire. L'économie des échanges linguistiques*, París, 1982.

(3) (Rafael RIBÓ et alii), *Asalto al centralismo. La reivindicación de la autonomía de las nacionalidades y regiones del Estado español*, Barcelona, 1976, epílogo.

criptivo paradójicamente opuesto a todo tipo de monopolización. Al asegurar de este modo tanto la univocidad como la flexibilidad del orden a establecer, amplían su posición social por medio de una respuesta tan sublime como es la sublimación de una sociedad en mutación. Perseguen sus propios intereses, tal y como les vienen asignados por la estructura del campo jurídico, al perseguir la racionalización jurídica del mundo social y, de aquí, la búsqueda del modo más adecuado —es decir, más económico— de dominación. Especialmente dirigida contra todos aquellos que mal conocen la reorganización territorial, entendiéndola como un peligro para el mercado interior, como institución amenazada por una competencia entre conjuntos regionales, como costosa improvisación en detrimento de la eficiencia del aparato estatal y —temor típico de la izquierda española— como sostén del renacimiento del conservadurismo nacionalista; en pleno contraste pues con, por ejemplo, la tesis de Carlos Lasarte según la cual la economía moderna es por naturaleza incompatible con los ordenamientos jurídicos civiles territorialmente divergentes, vamos a precisar la hipótesis justamente como sigue (4). Dada la tradición jurídica española, la descentralización en materia de derecho civil, sancionada por la Constitución de 1978, constituye la única vía posible para reorganizar el discurso jurídico concerniente a la producción, circulación y reparto de los capitales sociales en el sentido más amplio, ya que dicha territorialización contribuye, en un momento de extraordinaria gradación de la complejidad social, en virtud de la negación de aquella tradición, a instituir otro modo de dominación: la juridificación de la nueva España basándose en buena medida en una concertación local tan diferenciada como adecuada, y teniendo en cuenta el desarrollo económico y sus consecuencias sociales, tan difíciles de prever, de proyectar y, por tanto, de dominar. Esta hipótesis exige hacer una segunda precisión, que vino sugerida por la actual discusión en España sobre la naturaleza del derecho constitucional, sobre su análisis político o su defensa como un corpus de reglas jurídicas que no permite ser puesto en tela de juicio a menos de favorecer el caos social. Nos estamos refiriendo a la controversia entre Pablo Lucas Verdú y Eduardo García de Enterría (5). Mientras que este último legitima el nuevo orden insistiendo en la objetividad de la técnica jurídica al servicio de la paz social o incluso de la humanidad, y Lucas Verdú polemiza contra este tipo de tecnocracia fundada en el positivismo y el formalismo jurídicos como bases del conservadurismo político, nuestro segundo punto de partida se distingue tanto de la desideologización emanada de la práctica jurídica como de una visión estática de la racionalidad jurídica. Para compren-

(4) Carlos LASARTE, *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*, Madrid, 1980, págs. 154-156; Juan José SOLOZÁBAL ECHEVERRÍA, *Sobre el modelo de organización territorial del Estado según la Constitución de 1978*, en *Revista de Derecho Político* 13 (1982) 53 ss. (72).

(5) Ver sobre todo Pablo LUCAS VERDÚ, *El Derecho constitucional como Derecho administrativo (La «ideología constitucional» del profesor García de Enterría)*, en *Revista de Derecho político* 13 (1982) 7-52 (13); Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *El Derecho constitucional como Derecho*, en *Revista de Derecho político*, 15 (1982) 7-20 (12-13, 15-17).

der aquí a una razón jurídica en marcha, afrontamos la evolución inevitable y maldita del formalismo hacia otra racionalidad, que no es sino abierta e informal. Más allá de los límites en los que se inscriben tanto la ortodoxia marxistizante como una justificación cualquiera de la juridificación constitucional de las relaciones sociales, se trata de arrojar luz sobre las operaciones específicas de reconstrucción jurídica. Al considerar que también éstas están condicionadas por las relaciones de dominación, se sigue —por hipótesis— que no pueden ser las mismas que en la época en la que el poder de las fracciones de la burguesía dominante se basaba en última instancia en la ficción de un rigor jurídico más bien abstracto.

Por definición, la observación de los hechos en función de este conjunto de hipótesis no puede quedarse en las apariencias. En lugar de confeccionar una sencilla lista de las mejores intenciones, de los buenos argumentos y de las decisiones adoptadas por la fracción dominante de los representantes jurídicos, sancionada por el antiguo régimen franquista o instituida por el nuevo orden del que forma parte, habría que ocuparse de la orquestación conceptual, tal y como emana de un campo jurídico que sufre objetivamente una fase crítica en un momento de crisis general. Por consiguiente, a continuación tendremos que examinar lo que no es sino una práctica específica que intenta encontrar los *standards* que permitan evitar los conflictos violentos o, lo que es lo mismo, una práctica en pos de los instrumentos de un aceptable control social. Para conseguirlo, no nos concentraremos sobre la problemática de la reterritorialización (III) antes de haber analizado, en primer lugar, las perturbaciones que en el campo jurídico comportan las transformaciones exteriores (I) y después la juridificación que le acompaña, en especial su objetivación final en forma de Constitución de 1978 y por medio de la instauración del Tribunal Constitucional (II).

## I

Si tenemos en cuenta que al margen de los períodos de crisis la producción de las categorías jurídicas en la época moderna se encuentra en las manos firmes de los juristas y que, por tanto, está esencialmente sujeta a tensiones específicas —razón por la cual no existe la necesidad de explicitarlas—, entonces toda apología, toda disputa interna sobre la extensión o la importancia de una crisis, todo insólito interés de los especialistas sobre el mejor modo de producir, sobre el funcionamiento de los modos de producción y las reacciones de los consumidores no son sino los primeros indicios de que un campo jurídico se encuentra sacudido por una grave crisis que hoy todavía cuenta como una crisis de legitimación de la estructura social en su conjunto. Bajo este prisma, no hace falta irse más allá de los años en torno a 1970, cuando tiene lugar un considerable aumento de aportaciones a la agitada discusión en el terreno del derecho civil o, lo que viene a ser lo mismo para sus protagonistas, sobre los peligros de «nuestra disciplina». Estamos pensando en el significativo

ejemplo de los estudios en homenaje a Castán Tobeñas. En ellos, tres de sus artículos, particularmente canonizados por la extraordinaria posición de la persona homenajeada, retoman explícitamente el tema que el mismo Castán había formulado cuarenta años antes: a saber, si resulta necesario ir «Hacia un nuevo Derecho civil» (6). Trátese del alegato de Elías Díaz por un «Estado de Derecho y (una) sociedad democrática» o de la utopía libertaria de una comunidad sin derecho de Juan Ramón Capella; trátese —aparentemente en un plano comparativamente inferior— de las acusaciones de Díez-Picazo contra los anacronismos de un derecho de obligaciones que se basa en el contrato individual y que, por tanto, se encuentra poco preparado para afrontar la sociedad de consumo y de concentración de empresas de la tercera industrialización, o de la sencilla negación, algunos años más tarde, de toda crisis del derecho privado, por parte de Santos Briz: el conjunto de agentes implicados se muestra a todas luces inquieto por la suerte del campo jurídico, sin que importe mucho el emplazamiento ideológico y, por tanto, el proyecto social de cada uno de ellos (7). Mientras que unos fundamentan expresamente sus propuestas sobre aquello que designan como «concepción cristiana del derecho» (Castán Tobeñas), «perspectiva judicialista» (Alvaro d'Ors) o, en materia civil, como «personalismo ético» (Santos Briz), los otros abogan por las reformas en nombre de un derecho instrumentalizado. Este puede, según éstos, funcionar como un motor que avanza hacia una transformación, hacia una sociedad moderna —o incluso socialista— bajo el control de un Estado de derecho que se legitima por la participación democrática de sus ciudadanos (Ruiz-Giménez, E. Díaz, García de Enterría) (8). Obligados a plantar cara, no se trata sin duda de un azar si los profanos —hombres políticos de derecha (Fraga Iribarne) o de izquierda (Solé

(6) Gabriel GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»*, en *Estudios de Derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, I, Pamplona, 1969, págs. 73-91; Juan Manuel PASCUAL QUINTANA, *La encrucijada del Derecho civil*, ibídem, págs. 417-457; Plutarco MARSA VANCELLS, *Hacia un nuevo Derecho civil*, ibídem, II, Pamplona, 1969, págs. 393-440.

(7) Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1969; Juan-Ramón CAPELLA, *Sobre la extinción del Derecho y la supresión de los juristas*, Barcelona, 1970; Luis DÍEZ-PICAZO, *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, Barcelona, 1973, sobre todo págs. 315-317; Jaime SANTOS BRIZ, *El Derecho civil. Evolución de su concepto y tendencias actuales*, en *Revista de Derecho privado* 61 (1977), 14-44 (25, 30-33).

(8) José CASTÁN TOBEÑAS, *Crisis mundial y crisis del Derecho. Discurso en la solemne apertura de los Tribunales* (15-XI-1960), Madrid, 1960, págs. 93, 96; Alvaro D'ORS, *La pérdida del concepto de excepción a la ley* (1971), en D'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, págs. 147 ss. (148); SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), págs. 26-27; Joaquín RUIZ-GIMÉNEZ, en *El País* del 26 de mayo de 1983, pág. 68; DÍAZ, *Estado de Derecho* (N. 7) y *Legalidad-legitimidad en el socialismo democrático*, Madrid, 1978: sobre la controversia suscitada por el artículo «Reflexiones sobre los estudios de Derecho», de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, y publicada en *Revista de Educación*, dic. 1952, cfr. Mariano GARCÍA CANALES, *Los planes de estudio de la carrera de Derecho. Algunas reflexiones críticas*, en Juan VELARDE FUERTES (ed.), *El primer año de Derecho. Actas de las jornadas de profesores de primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Rábida*, Madrid, 1978, págs. 276-277.

Tura) al margen de los detalles pero no tan alejados como para no saber evaluar los rasgos generales de este debate entre especialistas del orden— sólo pueden hablar imprecisamente de la crisis del Estado, del vacío político, de la falta de confianza; en una palabra: de la crisis general de legitimación, a domeñar mediante un nuevo consenso (9).

Nada sería sin embargo más engañoso que la ilusión de poder pensar la crisis, que de hecho es un desajuste objetivo del campo jurídico, en base exclusivamente al modelo subjetivista de las intenciones subjetivas, de las acciones individuales y, sobre todo, de las concepciones que se hacen los actores sobre sus acciones y sobre las relaciones objetivas que se descubran en el curso del análisis. No se puede pretender escapar a las contradicciones en las que especialmente incurren los debates sobre la urgencia de una reforma si no es intentando comprender cómo estos discursos dependen de las condiciones objetivas tanto en el interior como en el exterior del campo concernido. En este sentido, parece suficiente evocar en primer lugar alguno de los síntomas en el seno del campo jurídico, como las dificultades metodológicas, la pérdida de una última legitimación de naturaleza religiosa, los problemas de organización y, sobre todo, el sorprendente hecho de la evasión de los litigios civiles en período de crecimiento económico. Estamos aludiendo al *take off* económico de la España de los años sesenta y a sus consecuencias estructurales, es decir, a la desintegración social y a unos standards culturales e ideológicos cada vez más difusos.

Al poner en primer plano al campo jurídico y sus prácticas legitimadoras, el decaimiento de la ley y el fin cercano de una dogmática jurídica incontestada son evidentes. Incluso aunque una crítica clarividente se hace todavía de rogar, su reinado absoluto se termina durante los años sesenta, lo mismo por otra parte que en Alemania, modelo favorito de todo civilista español reconocido. De ahí las primeras dudas sobre la ideología central del juridicismo moderno, es decir, sobre la aplicación de las normas a los hechos sociales a partir de una sumisión del juez al texto debatido. Igualmente en el caso de la dogmática jurídica: racionalización ulterior de los actos legislativos, complemento sutil, sustitución consecutiva a veces, legalizada *a posteriori* en el mejor de los casos. Se comienza a poner seriamente en duda un sistema de reglas que garantiza tanto la interpretación autónoma de la norma, a pesar de su dependencia contextual, como la penetración analítica y la enunciación sistemática del ordenamiento jurídico, llevadas a cabo además de un modo puramente jurídico y sin tener en cuenta el desarrollo de las ciencias vecinas y de su retórica científica. Juristas como Hernández Gil, detentadores desde hace largo tiempo de posiciones clave dentro de la jerarquía político-jurídica, no se contentan

---

(9) Manuel FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, en FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 15-46; Jordi SOLÉ TURA, *La Constitución y la lucha por el socialismo*, en Gregorio PECES-BARBA et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, págs. 19 ss. (19-24); Luis SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema político de la Constitución española de 1978*, Madrid, 1981, páginas 25, 35.

ya con deplorar sin más la confusión conceptual y el nivel relativamente bajo de la discusión metodológica española. Estimulados por el extranjero, se ponen a trabajar. Esta revisión epistemológica, lingüística y sociológica de la ciencia jurídica tradicional, o bien de aquello que a partir de los sesenta es menospreciado cada vez más como tal, se revela así, y más allá de las ambiciones científicas de los agentes, como un indicador fiable de la reorganización discursiva de un campo en transformación social (10).

Apelando una vez más a Castán Tobeñas y a su fundamento cristiano del derecho, estamos además obligados a constatar que por los mismos años la eficaz coexistencia entre el derecho natural y el derecho positivo termina por desmoronarse. La jerarquía de valores a la que se estaba acostumbrado, la taxinomia de criterios de referencia tal y como fue incorporada durante años de estudio, no encuentra ya el mismo eco de diez años antes, pese a todos los esfuerzos por reanimarla, es decir, por orientar de nuevo el derecho privado hacia los valores espirituales, solemnemente fijados por las encíclicas papales, de León XIII a Pablo VI. Aunque hasta incluso a finales de los años sesenta no falten tentativas de salvar un canon argumentativo, en realidad superado ya por los acontecimientos, que pudiera poner al derecho civil y así, según los mismos autores, al derecho en su totalidad al abrigo de las intervenciones del Estado, de las influencias del gran capital y del comunismo (11), desde el tímido *aggiornamento* de la Iglesia española en torno a 1971 —es decir, desde su renuncia a la ideología de la «Cruzada» y su consiguiente rechazo del anterior alineamiento con las fuerzas más reaccionarias— no sólo estos últimos se encuentran marginados por la ausencia de su principal fuente de legitimidad (12), sino también el propio discurso jurídico que intenta inútilmente oponerse al nuevo discurso de legitimación determinado por unos valores más secularizados.

Pero la necesidad de fundamentar el poder sobre nuevos principios de legitimidad no hubiera sido sin duda suficiente para llevar a cabo las transformaciones conceptuales que trataremos a continuación si diversas dificultades organizativas, seguidas de una evasión de litigios y del miedo de los juristas a perder su prestigio social, no hubieran paralelamente contribuido a reorganizar el campo jurídico, redeterminando su posición dentro del conjunto social. La desorganización de la enseñanza constituye sin duda un indicador privilegiado de este mal

(10) Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la ciencia del Derecho*, I ss., Madrid 1971, y HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Madrid, 1981; cfr. también José Luis VILLAR PALASÍ, *La interpretación y los apotegmas jurídico-lógicos a la luz del nuevo título preliminar del Código civil desde una perspectiva teórica*, Madrid, 1975; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), págs. 35-36.

(11) Cfr. PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 419-420, 429, 431, 433; MARSÁ VANCELLS, *Derecho civil* (N. 6), págs. 397-398; SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), pág. 27.

(12) Guy HERMET, *Espagne: changement de la société, modernisation autoritaire et démocratie octroyée*, en *Revue française de Science Politique* 27 (1977), 582 ss. (588-590).

funcionamiento del aparato jurídico. Nos conduce tanto a los problemas de reproducción de los productores profesionales de formas judiciales aparentemente aptas para resolver los conflictos sociales de una forma legítima como a las dificultades para organizar la producción de modo que sus productos se correspondan con la demanda contemporánea, lo que equivale, de alguna manera, a su legitimación. Sin entrar en detalles: la racionalización de las carreras jurídicas, su adaptación a las necesidades del momento, constituye una de las preocupaciones dominantes en los años 70. En general, todos los indicadores disponibles insinúan que se había convenido el abandono del plan de 1953, dado que su orientación académica le alejaba cada vez más de los problemas más urgentes. En adelante, se abogará por la profesionalización de los estudios y la posibilidad de especializarse lo antes posible, especialmente en nuevas disciplinas como el derecho administrativo, el derecho de la empresa, etc. Ante la competencia de las escuelas de perfeccionamiento, las facultades de derecho —lugar tradicional de reclutamiento y, por tanto, bajo el estrecho control de los dominadores del campo jurídico— no cesan desde entonces de reorientar sus cursos teniendo como *leit-motiv* al nuevo jurista, capaz de jugar su papel en una sociedad avanzada (13).

Tampoco sorprende mucho ver a los prácticos luchar contra las mismas dificultades. Nos estamos refiriendo a este respecto a los análisis de Angel Zaragoza (14). Según su opinión, es a partir de la segunda mitad de los años sesenta cuando los abogados españoles intensificaron la búsqueda de una respuesta adecuada a una sociedad en plena transformación. El tema de la «Función del abogado en una sociedad en evolución» es tan significativo para el cuarto congreso nacional de abogados de España de 1970 como lo es respecto de este estado de espíritu (15). Impulsados por el hecho, observado con inquietud, de que su dominio se ve invadido por la competencia de otros profesionales (16), los abogados comienzan a darse cuenta desde este momento de que su organización es la responsable de las dificultades de adaptación a las nuevas formas de su oficio y a las difíciles relaciones con su clientela. Su ética profesional se encuentra cada vez más anticuada. Lo testimonian particularmente bien las luchas por la presidencia del poderoso Colegio de Abogados de Madrid, con sus 8.000 miembros. Oponiendo en 1969 y en 1973 de un modo nunca visto a los partidarios de la renovación y a los defensores de un orden vacilante, este combate suscita un interés en el público hasta entonces desconocido (17). Tal conmoción aparece ante los ojos de la alta magistratura del régimen

---

(13) Para todo tipo de críticas, de reformas y de proyectos, ver GARCÍA CANALES, *Planes de estudio* (N. 8), sobre todo págs. 273-275, 280-284.

(14) Angel ZARAGOZA, *Abogacía y política*, Madrid, 1975; ZARAGOZA, *Los abogados y la sociedad industrial*, Barcelona, 1982.

(15) ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), pág. 50.

(16) Ver el candidato a la presidencia del Colegio de Abogados de Madrid, José Luis del Valle Iturriaga, el 4 de diciembre de 1969 (ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), pág. 37).

(17) ZARAGOZA *Abogacía* (N. 14), *passim*, especialmente págs. 9, 15, 191, 193.

anterior como una descomposición del cuerpo de los magistrados del orden judicial, como una destrucción de la «familia judicial», como un «cáncer corrosivo de la armonía interna del estamento judicial» y de este modo como el mal español del posfranquismo que se preparaba desde los años sesenta. Si hacemos caso de la autobiografía de Adolfo de Miguel Garcilópez (18), uno de los más altos jueces españoles de la época, la politización de la justicia, reivindicada por el movimiento de «Justicia democrática» y teorizada por algunos representantes españoles del «uso alternativo» italiano, es la que destruye al hilo del «cambio político» la base central de todo el funcionamiento judicial: la imagen del juez independiente. Directamente expuesta a la presión de los intereses políticos, la justicia pierde —siempre según la misma fuente— la fuerza necesaria para hacer creer en sus decisiones. En efecto, en tanto que el sistema judicial del franquismo disponía de la autoridad delegada para ejercer una acción de inculcamiento duradero en materia de dominación jurídica —autoridad que se fundaba ideológicamente en la doctrina de la independencia del juez tal y como fue solemnemente presentada en 1951 con ocasión de la apertura del año judicial por José Castán Tobeñas, presidente del Tribunal Supremo—, la democratización de la justicia y sus efectos desmitificadores se prestaban desde el comienzo a una desestabilización de los mecanismos de transmisión jurídica que aseguran de un modo parcial y específico la reproducción de las relaciones sociales.

No sorprende que los signos más alarmantes provengan de la justicia. Por este lado, el análisis revela una resistencia pasiva, el descolgamiento de diversos sectores conflictivos, a pesar de que este movimiento de retroceso, esta derrota, se sustraiga en buena parte a las miradas inmediatas de los juristas contemporáneos. Gracias a Toharia (19) y a sus encuestas sobre la justicia civil de fines de los años sesenta disponemos de datos estadísticos muy esclarecedores. Después de haber tomado en consideración incluso hasta la variación interprovincial de las transformaciones socio-económicas de las que fueron objeto últimamente los españoles, termina por concluir, por lo que hace referencia al campo jurídico: mientras que el número de protocolos notariales ha aumentado considerablemente durante este período de crecimiento económico, especialmente en las provincias más desarrolladas económicamente, tal y como cabía esperar, la cifra relativa de conflictos resueltos formalmente delante de los tribunales civiles ha disminuido, puesto que el volumen de conflictos sociales en materia civil que se ventila ante la justicia oficial se mantiene, sobre todo en las zonas de desarrollo acelerado y exceptuando siempre los asuntos relativos al derecho hereditario y a los procedimientos de ejecución. Lo que explica que se pueda hablar de una «evasión de conflictos ju-

(18) Para las citas y para lo que continúa, ver Adolfo DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Jaque a la Justicia. Duelos y quebrantos judiciales*, Barcelona, 1980.

(19) José-Juan TOHARIA, *Cambio social y vida jurídica en España*, Madrid, 1974, sobre todo págs. 194 ss.; TOHARIA, *Economic Development and Litigation: The Case of Spain*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 4 (1976), 39-82.

rídicos en lo civil ante los tribunales». Esta abstención activa —también conocida en Italia—, que se manifiesta por la frecuente apelación a los arbitrios extrajudiciales por parte sobre todo de las grandes sociedades mercantiles, constituye para Toharia el efecto más destacado del proceso de desarrollo económico en relación con el campo en cuestión. Dado que estos resultados le permiten formular la regla general de que hacia 1970 la atracción de la justicia es indirectamente proporcional al progreso económico, todo inclina a pensar que la influencia de los juristas-jueces en el desarrollo social en general, su «señorío» (20), se vio entonces objetivamente amenazada, carente del remedio para el disfuncionamiento de la organización jurídica. Ante esta amenaza, redoblada por ejemplo por el abandono de las carreras jurídicas en provecho de las carreras técnicas o científicas, los juristas se veían obligados a reaccionar para salvaguardar su competencia, hasta entonces solamente reconocida a plazos, con objeto de preservar en última instancia su capital social. Lo prueba el hecho de que, a comienzos de los años setenta, los jueces españoles de las zonas industrializadas tienden a colocar por término medio, y por tanto independientemente de las divergencias personales y de la opinión de sus portavoces, a los empresarios por encima de los magistrados en cuanto a prestigio social, mientras que los jueces de las zonas relativamente subdesarrolladas se reservan un lugar preeminente en la escala social por delante de estos *homines oeconomici por excelencia* (21). Y como la homogeneidad relativa de las condiciones de existencia tiene por consecuencia la homogeneización objetiva de los «hábitos» de un grupo social determinado (22), se puede incluso ampliar las observaciones realizadas sobre la magistratura al conjunto de los juristas españoles, si bien se echan en falta todavía investigaciones empíricas sobre la totalidad del grupo concernido.

Como resulta fundado pensar en la doble determinación del campo jurídico, de modo análogo a lo que Bourdieu (23) constata, por ejemplo, respecto al campo político, como una homología de las estructuras internas y externas o como la sublimación o *mimesis* política de las luchas exteriores en las luchas que tienen lugar en el interior del campo jurídico, y no como un mecanismo que se abre directamente ya sea a reajustes conscientes o a las influencias, resulta preciso aproximarse a las transformaciones del denominado contexto social, de tal manera que estas relaciones aparezcan como objetivas y de naturaleza simbólica. Con otras palabras, parece que ha llegado el momento oportuno de determinar las relaciones entre la oferta jurídica y la demanda social, definiendo la distancia entre el orden jurídico civil heredado, más bien centrípeto, y la coyuntura histórica dada. Pues, después de todo lo que se ha dicho anteriormente, se sigue que la competencia, es decir, el poder sobre los mecanismos de producción de los bienes ju-

(20) GARCÍA CANALES, *Planes de estudio* (N. 8), pág. 280.

(21) José Juan TOHARIA, *El juez español. Un análisis sociológico*, Madrid, 1975, págs. 122-123.

(22) BOURDIEU, *Sens* (N. 2), pág. 98.

(23) BOURDIEU, *Représentation politiques* (N. 2), págs. 8-9.

rídicos y, por consiguiente, de los provechos sociales —en una palabra: el capital de las diferentes fracciones de juristas batiéndose por el monopolio de los monopolistas del orden social— está en función de su capacidad para movilizar la creencia en un orden concebido jurídicamente, más aún cuando el disfuncionamiento del campo jurídico está en función de las transformaciones socio-económicas y las fuerzas renovadoras dependen de las deficiencias sobrevenidas.

Sin duda alguna, España vive en los años sesenta la experiencia de un *take off* económico. Los detalles son demasiado conocidos como para exponerlos una vez más: el producto nacional se cuadriplica, la dependencia tecnológica se reduce después del salto cualitativo de 1965, la comercialización de los productos agrícolas se extiende al tiempo que se acelera la diversificación profesional, la urbanización alcanza un nivel nunca conocido, etc. En cuanto al derecho civil, todavía entonces modelado —con gran sentimiento de los juristas progresistas (24)— según las exigencias de un mundo más bien agrario, uno de los índices más elocuentes de la nueva actividad, o sea del nuevo dinamismo económico y el aumento de las interacciones, de las transacciones y, así, de los conflictos en materia civil, lo constituye el sensible aumento de las sociedades anónimas: mientras que su número aumenta en un 54 por 100 entre 1951 y 1960, alcanza el 74 por 100 entre los años 1961 y 1968. Pero examinemos este punto más de cerca. Justamente a través de las sociedades anónimas se asienta la tesis del desarrollo desigual, dado que en 1967 el domicilio del 83 por 100 de las sociedades se encuentra en las 17 provincias más industrializadas (25). Lo que lleva a aceptar provisionalmente la conclusión de Guy Hermet (26) de que el crecimiento económico ha creado, al afectar con una desproporcionada intensidad, en especial respecto a las provincias del centro, polos de riqueza que se sitúan tanto en la periferia como en el centro, de tal modo que el esquema dualista, en tanto que concéntrico, invocado habitualmente para caracterizar o, mejor, para explicar la estructura socio-económica española, se encuentra en entredicho ante lo que sería un modelo más difuso.

Lo mismo sucede respecto a las mutaciones sociales. Durante esos años, España pasa de ser un país demográficamente retrasado a tener una natalidad decreciente y una débil mortalidad. Y aunque el crecimiento industrial no progresa al mismo ritmo que la modernización demográfica, en virtud de un desfase producido por la fuerte emigración de los años sesenta, provoca una profunda transformación en el reparto de la población activa: el número de empleados agrícolas pasa

(24) Cfr., por ejemplo, la crítica de DÍEZ-PICAZO a propósito del art. 135 del C. c. (*Experiencias* (N. 7), págs. 311-313).

(25) Para los últimos datos estadísticos, ver TOHARIA, *Cambio* (N. 9), páginas 50-52, 69-71.

(26) HERMET, *Espagne* (N. 12), pág. 587; un análisis muy matizado en contra de la tesis de la nivelación automática de las diferencias especiales en época de crecimiento económico: Julio Gaspar SEQUEIROS TIZÓN, *La polarización especial en el crecimiento económico español. El caso gallego*, Santiago de Compostela, 1979, especialmente págs. 26, 35, 43, 95 ss.

del 42 por 100 (1960) al 18 por 100 en 1972; y mientras que el índice de la población activa en el sector primario cae durante la veintiséis años que preceden a 1976 del 48 por 100 al 21 por 100, el del sector terciario aumenta del 26 por 100 al 42 por 100. Las mismas transformaciones conducen a una aceleración de las corrientes migratorias: el 13 por 100 de la población cambia de provincia, y la inmigración se concentra en diez provincias receptoras (27). La disminución del proletariado agrícola (jornaleros del sur, pequeños propietarios del norte) se corresponde con un aumento del proletariado industrial, pero sobre todo con la constitución de una nueva clase media: más instruida, creativa y activa, tanto para el orden como para la libertad, en una palabra, módulo de la nueva sociedad de consumo, a veces contradictorio por la ausencia de ideas claras sobre la realización política de las formas institucionales del posfranquismo. Es Francia, pero sobre todo Alemania y no una España autoreferencial las que constituyen el modelo para esta clase en pleno auge y por encima de todo interesada en un mayor bienestar inmediato. Estos factores de desestabilización socio-política se acrecientan por el hecho, en primer lugar, de que se dan en los antiguos centros urbanos y en las nuevas aglomeraciones que se encuentran —hay que repetirlo otra vez— tanto en el centro como en la periferia, y también, en segundo lugar, porque se encuentran plasmados socialmente en una familia que está a punto de perder su eje y su unidad. Si los juristas salidos de las filas del catolicismo tradicional reducen la crisis del derecho privado, del Estado y del orden en general a la destrucción de las estructuras concéntricas de la antigua familia española (28), es porque en Cataluña, pero también en todas partes, las estructuras multiformes de la sociedad de consumo sustituyen a la vida familiar, los padres pierden su papel central en la educación de los hijos y, como un ejemplo entre otros, la cohabitación es progresivamente sustituida por la parcelación del espacio doméstico, algo que no sería sino el sueño de llegar a ser propietario de una vivienda (29). Cataluña resulta especialmente interesante en este punto en razón de su nivel general de modernización y, jurídicamente, por la estrecha relación entre la organización familiar y las facilidades que el derecho local (legítima curta, etc.) dispone para la acumulación de los bienes familiares. Entre estas nuevas formas más bien difusas de socialización, la familia convulsionada del franquismo tardío no es sin embargo la única. Celebrado como un signo de progreso, la constitución progresista de nuevos grupos intermedios completa la disolución

(27) Cfr. TOHARIA, *Juez* (N. 21); HERMET, *Espagne* (N. 12), pág. 583; Emile TEMINE et alii, *Histoire de l'Espagne contemporaine de 1808 à nos jours*, París, 1979, págs. 279-281; pero sobre todo, Amando DE MIGUEL, *La pirámide social española*, Madrid, 1977.

(28) Ver PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 451-452.

(29) Sobre este punto, cfr. para Cataluña, Françoise BRETÓN/LOREA BARRUTI, *La familia i el parentiu*, Barcelona, 1978, en particular págs. 79 ss.; para España en general, ver Luis GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos sobre la situación social en España —1975—*, Madrid, 1976, págs. 390-392 (desintegración de la familia extensa), 399-401; e Instituto de Sociología aplicada (dir.), *Estudio sociológico de la familia española*, Madrid, 1976.

de la familia, como por ejemplo las agrupaciones relativamente inconstantes e imperceptibles, como los sindicatos no corporativos o los partidos políticos constitucionalmente protegidos, pero viviendo como éstos bajo la amenaza del flujo y el reflujo de opiniones de sus componentes.

La descomposición de los proyectos sociales tradicionales, netamente diferenciados, hace juego a esta graduación de la desmembración, en tanto que viene acompañada de las diversas institucionalizaciones de nuevas escenas políticas difícilmente determinables por el hecho de que aparentemente se concentran alrededor de intereses comunes. Ahora hay que dejar al lado la abstracción en torno a estas cuestiones para señalar, contrariamente a lo que propone Fraga Iribarne (30), que la España actual no reemplaza sin más las ideologías particularistas de antaño por representaciones armonizantes y universalistas. En contra de una simplificación tan interesada, que deniega utópicamente las luchas sociales en aras de la utopía legitimadora de una sociedad post-industrial sin clases, más bien este país se encuentra en camino de superar las divergencias seculares que separaban a la España clerical y tradicionalista de una España secularizada, europea y abierta a la modernidad. Desde el punto de vista ideológico y a pesar de la despolitización obligada en tiempos del régimen franquista, lo que es característico es el abandono de aquellas órbitas teóricamente concebidas para durar eternamente, pero nunca la disolución total de las oposiciones en un caldo modernista, garante del equilibrio y elaborado para neutralizar los antagonismos sociales para siempre. Tal y como lo indica el cambio en los comportamientos religiosos, particularmente el descenso de la práctica dominical, en base a una cartografía religiosa en la que las diferencias entre la España septentrional y la España meridional vienen cada vez más determinadas por el grado de urbanización e industrialización (31), el rechazo del sistema tradicional de valores ha encontrado apoyos para realizarse dentro del espacio social: el parloteo ideológico no constituye la única fuente de información al respecto. Transformación tanto más perturbadora porque no es automáticamente sustituida por unas proposiciones tan fijas y determinables como los modelos por excelencia de entonces. A la hora de poner las cosas en orden, el diálogo va a jugar de ahora en adelante un papel estratégico de primer orden, en perjuicio de unas determinaciones precisas, es decir, previas. Esta nueva estrategia se expresa como en ninguna otra parte en los «Cuadernos para el Diálogo» de la oposición cristiana, en la constitución o reconstitución tolerada de partidos políticos tan divergentes como el PSOE, el PCE y los diferentes partidos nacionalistas, en el éxito inestable de estos partidos y en la supervivencia de las fuerzas sociales anteriores, bien en medio de los aparatos del Estado largamente asentados (justicia, administración, etc.) o por intermedio del ejército o de partidos, a duras penas camuflados, que son sucesos-

(30) FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), págs. 33-34.

(31) Ver GONZÁLEZ SEARA (dir.), *Estudios sociológicos* (N. 29), págs. 572-573; Rogelio DUOCASTELLA, *El mapa religioso de España*, en Pauline ALMERICH et alii, *Cambio social y religión en España*, Barcelona, 1975, págs. 129-162.

res del antiguo régimen (Fuerza Nueva, Alianza Popular). Más allá de estos fenómenos, se podría también seguir la institución ideológica del pluralismo ideológico recordando hechos como la alfabetización, coronada con éxito en el transcurso de los años sesenta, evocando la escolarización, desde entonces más o menos completamente asegurada, y pensando en la libertad de información, cada vez menos puesta en entredicho desde 1966. Al igual que el renacimiento de las culturas regionales, especialmente en el País Vasco y en Cataluña, contribuyen a favorecer la ambigüedad de un proyecto social que se basa, según los nuevos ideólogos, en un consenso general. Es así como concurren para obligar a los especialistas de la legitimación del orden social, los juristas, a ponerse a concertar unas diferencias reales que se hacen momentáneamente irreconocibles ideológicamente, antes de que las tensiones sociales, nunca atenuadas, estallen todavía con más violencia.

Con todo no se puede comprender la lógica a la que han obedecido los debates entre los juristas, así como sus definitivas diligencias a la hora de oponerse a un ordenamiento jurídico de orden concéntrico, ni cabe aprehender los intereses cada vez mayores que les han guiado, especialmente a partir de los primeros años de los 70, si se ignora la aceleración de los procesos de diferenciación, la rápida progresión de la complejidad de las estructuras sociales. Dicho de otro modo, la pomposa erección del «Estado autonómico», o sea, la territorialización constitucional de 1978 —conmemorada, poco tiempo después, por uno de los representantes de la ciencia política como la más importante innovación política desde la Reconquista en la Edad Media (32)— no se explica sino por el hecho de que el desarrollo de los años precedentes sirve para reforzar las tendencias estudiadas. Importa poco el que se trate de sucesos del interior o del exterior del campo jurídico: desde el momento en que este último empujón, transformación suplementaria de mutaciones profundas, asigna a los agentes del campo su estrategia, teniendo en cuenta que en general el campo asigna a cada agente su comportamiento social, precisa por añadidura el punto de partida de las inversiones referidas y determina exactamente la intensidad de las acciones previstas desde hace tiempo, indicando precisamente la dirección de las gestiones cuya necesidad estaba desde antes fuera de toda duda.

Desde el comienzo de los años 70, es una crisis coyuntural la que pone objetivamente en tela de juicio el modelo de un desarrollo indefinido. Si creemos a Carlos Ferrer (33), entonces presidente de los empresarios españoles, y su conferencia presentada en el marco de un ciclo de conferencias organizado por el Club Siglo XXI y titulado «Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada», el crecimiento económico no alcanza más que el 8 por 100 en los años que van de la crisis del petróleo a 1977, mientras que el nivel de pre-

(32) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 359-360; GARCÍA DE ENTERRÍA habla del «milagro histórico».

(33) Carlos FERRER, *La economía española en la etapa de la transición*, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid, 1979, págs. 513 ss. (514-515).

cios aumenta en un 60 por 100, la deuda exterior no deja de acrecentarse, mientras que el desempleo aumenta de los 300.000 parados de 1973 a los 700.000 del año 1977. La misma tendencia se mantiene o incluso se acelera en 1977: alza inaudita de los precios, crecimiento del déficit exterior, aumento extraordinario del número de parados, descenso de las inversiones productivas, del nivel de la actividad y de la productividad. Pero, y siempre según la misma fuente, por oposición al gobierno de los años en torno a 1970, que se obstinaba en continuar la política económica y monetaria despreciando, así y sobre todo, el problema del desempleo, los nuevos hombres políticos, incluso los venidos del franquismo, reconocían la existencia de una crisis profunda como tal, lo que no hace sino redoblar sus efectos. Tanto si aceptan las necesarias reformas como si arden en deseos de exigir las (34). Añadamos que la entrada de España en el Mercado Común, a partir de entonces seriamente considerada, agrava los síntomas observados, dado que además este proyecto desafía la competitividad de una economía española en crisis. Es entonces en este contexto como hay que interpretar ciertas coincidencias textuales en la declaración programática del entonces Presidente del Gobierno, Adolfo Suárez, al prometer junto a la petición definitiva y oficial de España de ser acogida como miembro de la CEE, la reorganización constitucional del Estado español, es decir, para él, la autonomía de las regiones. Finalmente, el acrecentado interés que los mandatarios políticos, comprendiendo entre ellos a sus mentores jurídicos, mostraron en adelante por las relaciones centro-periferia tiene también un concreto fundamento político: el terrorismo vasco contemporáneo, resurgimiento violento de conflictos de naturaleza divergente pero preferentemente entendido, por el sentido común y de modo indistinto, como rechazo del centralismo.

Atendiendo a los esfuerzos simultáneos para reorientar la retórica de la legitimación, estamos obligados a suponer que la organización del campo jurídico-político, incluidos sus modelos concéntricos, resultó afectada hasta tal punto por la crisis que la posición, el capital social de los detentadores del monopolio, su «prestigio» (35), se vio seriamente en peligro. Nos estamos refiriendo, bajo este aspecto, especialmente a la modernización conservadora de la figura de la «adhesión al Jefe del Estado», personalidad carismática, equipada de un poder constitucional y como tal eje de la integración política y piedra angular de todo el sistema de poder. Este eufemismo será reemplazado por el concepto de «participación», del que serán excluidos, claro está, aquellos grupos verdaderamente de oposición (36). Parece evidente que en

(34) Cfr. Manuel FRAGA IRIBARNE, *De los complejos en política*, en FRAGA IRIBARNE *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 161 ss. (167); Alfonso GUERRA, *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas de una España democrática y constitucionalizada*, I, Madrid, 1979, págs. 3 ss. (17).

(35) Sobre los años en torno a 1974 y especialmente sobre la precaria situación de los abogados, cfr. ZARAGOZA, *Abogacía* (N. 14), págs. 10-11.

(36) Ver al presidente de las Cortes, Alejandro RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL Y NEBREA con ocasión de la sesión necrológica dedicada a Carrero Blanco, pero

ese momento cualquier palabra de orden autoritaria, surgida según esa representación dominante de un solo lugar, pierde su capacidad para convencer en virtud de las apariencias, de tal modo que ya no logra más movilizar esa creencia de la que todo orden depende. Así pues, no se trata de una casualidad si los abogados españoles rechazan en 1970, con motivo de su congreso nacional, la prestación de juramento invocando directamente el orden estatal. Para el nuevo Estatuto General de la Abogacía proponen más bien que se preste un juramento de fidelidad al «imperio del Derecho y de la Justicia y a los deberes inherentes a la profesión» (37). Abstracción hecha del declive del orden autoritario, cuando se pone la vista en un Derecho tan abstracto, purificado, neutro políticamente y despegado de la sociedad, también se está, en última instancia y como último resorte, tomando distancia en provecho de los profesionales del derecho y de su reproducción.

Disipando de un golpe las últimas ilusiones sobre la perpetuidad natural de los pertrechos del poder y por tanto de su legitimación *a priori*, la muerte de Franco no puede sino acelerar este proceso en curso. Si los compromisos posteriores se anudan también sobre las ruinas del poder franquista es porque el poder simbólico del antiguo régimen se apaga a una velocidad cada vez mayor durante los últimos años de Franco y en la medida en que las reformas de la justicia, por ejemplo, se estaban haciendo esperar desde hacía mucho tiempo, si tenemos en cuenta que sus últimas adaptaciones en profundidad se fechaban, para este sector, en la posguerra. El derecho civil aporta una prueba suplementaria. En él, el declive del enlace clásico de toda intercomunicación jurídica, compuesta por un sistema concéntrico que organiza a los llamados «Derechos forales» alrededor del «Derecho común», y el auge de un sistema discursivo, más bien diferencial pero concertado en un plano más elevado, se manifiestan por primera vez de una manera persistente en el momento de la crisis analizada, para llegar a ejecutarse en forma de territorialización constitucional del ordenamiento jurídico civil en 1978. Si la Compilación del derecho de Navarra da en 1973 el golpe de gracia al antiguo modelo unitario distanciándose más claramente que sus homólogas catalana (1960) y aragonesa (1967) del orden común en virtud de una prelación completamente soberana de las diferentes fuentes del derecho, es porque la cultura jurídica española se encuentra esencialmente condicionada, al menos desde mediados del siglo pasado, por lo que se denomina la «cuestión foral». Desde esa época, se da una definición más o menos concéntrica de los derechos españoles que obliga a pensar los problemas socio-económicos y a tratar las luchas sociales como una confrontación

---

sobre todo a Carlos ARIAS NAVARRO, con ocasión de su ascenso al poder gubernamental en «Boletín Oficial de las Cortes Españolas», X Legislatura, núm. 11, Diario de las sesiones del Pleno, Sesión plenaria celebrada el día 12 de febrero de 1974, págs. 5-7 y 12; sobre las sucesivas modificaciones del anterior concepto de «Jefe de Estado» como personificación de la «soberanía nacional» que ejerce «el poder supremo político y administrativo» (art. 6 de la Ley Orgánica del Estado de 1967), cfr. Juan FERRANDO BADIA, *El régimen de Franco. Un enfoque político-jurídico*, Madrid, 1984.

(37) Cfr. ZARAGOZA, *Abogacía y política* (N. 14), pág. 51, 57.

entre los derechos regionales y un sistema de reglas estatales dotado de un centro codificado: el fantasmagórico derecho castellano. En la medida en que el *Fuero de Navarra* se constituye expresamente en un «ordenamiento jurídico autónomo» (38), contribuye a poner definitivamente en tela de juicio, sin garantizar con esto la flexibilidad exigida, no sólo esta coherencia concéntrica (39) y, de aquí, la competencia y los capitales de los juristas profesionales ante la ausencia de una univocidad en el ordenamiento jurídico civil establecido, sino también la base de identificación social de un buen número de juristas españoles. Estos últimos corren el riesgo de perder el fundamento de sus fuerzas mágicas, pues el porcentaje de ellos que se declara entonces a favor del mantenimiento de los derechos regionales tradicionales en el marco de un derecho nacional, y por tanto a favor de la pluralidad del orden heredado, está en función de la situación social, es decir, del lugar de nacimiento y del puesto de trabajo de los jueces encuestados (40).

## II

Adoptando por condición el que, teóricamente, el campo jurídico doblemente modalizado delimita la estrategia de los juristas-políticos, sus inversiones tienen necesariamente en el caso que nos ocupa que intentar superar un modelo de comunicación jurídica de orden concéntrico tal y como era todavía típico para el derecho civil español a comienzos de los años 70. Toda adaptación del orden social, siendo al mismo tiempo una racionalización suplementaria de la competencia de los detentadores del monopolio jurídico, no podía sino desembocar en la institución de un orden jurídico civil de naturaleza tan diferencial como homogénea. Mas precisamente, éste sólo podía sensibilizar una estructura social cada vez más compleja mediante una disposición discursiva territorialmente diferenciada que no ponga en riesgo la cohesión del discurso del orden y, por tanto, el orden mismo. De ahí esa respuesta adecuada a las demandas sociales, el «tratamiento jurídico nuevo» cuya urgencia era evidente desde 1973 para un jurista clarividente como Díez-Picazo (41).

Pero mientras que la descentralización anunciada por los políticos de izquierda y de derecha (42) no había sido instituida como práctica específica, la esencia de las transformaciones sufridas o proyectadas se transmitía a la práctica política pero sin acceder realmente al discurso del orden de una sociedad española que hasta entonces se transformaba más bien desordenadamente. Siguiendo las reglas de la división del

(38) Alvaro d'ORS, *El regionalismo jurídico* (1972), en d'ORS, *Escritos varios sobre el Derecho en crisis*, Roma-Madrid, 1973, págs. 75 ss. (77).

(39) Cfr. Luis Díez-PICAZO/Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, I, Madrid, 1979, págs. 95-96.

(40) Ver TOHARIA, *Juez* (N. 21), págs. 150-152.

(41) Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 314-315.

(42) Manuel FRAGA IRIBARNE, *Nación nacionalidades y autonomía*, en FRAGA IRIBARNE, *La crisis del Estado español*, Barcelona, 1978, págs. 169 ss. (172-173).

trabajo, eran los juristas —los agentes especializados, por tanto— los encargados de hacer que el corpus de normas jurídicas —hoy todavía sin parangón desde el punto de vista de la economía de la dominación— fuese verdaderamente operativo con el fin de obtener resultados socio-políticos óptimos, siempre desde la perspectiva de una España modernizada. Sin que la tradición jurídica española proporcionara al menos el marco, a saber, el modelo dialéctico de un orden jurídico civil territorialmente concéntrico o divergente, era prácticamente imposible avanzar más allá de las distorsiones específicamente españolas entre la oferta y la demanda de una sociedad que no estaba todavía ordenada según las exigencias de las sociedades económicamente avanzadas. Esto se debe en buena parte al hecho de que las sociedades que pertenecen a la civilización occidental se han habituado, en el transcurso de los últimos siglos, a localizar en última instancia la justificación de su estructura en el derecho, especialmente en el derecho privado tal y como es gestionado por unos juristas que están en el fondo autorizados para aplacar los conflictos sociales de una manera jurídica, dentro de un modelo discursivo altamente desmaterializado. De aquí los esfuerzos comunes tanto a los partidarios de la modernización conservadora como a los amigos de la ruptura total por marcar jurídicamente el fin del antiguo régimen franquista mediante la institución constitucional de un Estado de derecho con Derechos civiles divergentes (43), orden tan unívoco como múltiple, apto para poder franquear los obstáculos que impedían que España se modernizara según los modelos del capitalismo occidental.

Para captar el alcance social de las inversiones efectuadas, hay no obstante que tomar en consideración no sólo los límites estratégicos que encerraban a la opción realizada, sino también la amplitud del espacio estratégico en el cual se inscribe la nueva racionalización de la competencia de los juristas y así la legitimación de la estructura social de la España actual y futura. En este terreno, la astucia de la razón jurídica postmoderna reside en el hecho de que llega a armonizar de nuevo un sistema jurídico que se caracteriza por su elevado grado de abstracción con la irracionalidad aparente del mundo vivido. A medida que en las sociedades más modernizadas los mismos conflictos vienen determinados por la divergencia entre las racionalidades de los agentes, por la intransitividad de sus objetivos y por la imposibilidad lógica de dar explicaciones, en una palabra, por una evolucionada propiedad para reaccionar inmediatamente y de manera específica ante los excitantes exteriores (44), el campo jurídico produce formas correlativas a fin de corregir ciertos excesos de la razón pura e intransigente de los siglos XVIII y XIX. Como veremos varias veces a continuación, propone modelos de intercomunicación jurídica de naturaleza relacional, reflexiva y autoreferencial, de tal modo que se dedican a resolver este nuevo

---

(43) Ver GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 4-5.

(44) Cfr. Helmut WILLKE, *Die Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen - am Beispiel der Konzertierten Aktion*, en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* 8 (1982), 200 ss. (211).

tipo de conflictos sustrayéndose a las rígidas sistematizaciones del derecho tradicionalmente ordenado y, por tanto, a toda vigilancia.

Dado que la competencia reconocida del jurista moderno está en función de la flexibilidad contextual de sus palabras de orden, no sorprende mucho que los juristas españoles más lúcidos, confrontados al mismo tiempo con los modelos extranjeros y las dificultades españolas, tiendan también a contribuir al progreso social de su país a través de la reflexión sobre la conceptualización intensificada de una realidad a primera vista difusa. De tal modo Díez-Picazo teoriza, desde el comienzo de los años 70, al derecho como un conjunto de experiencias vividas, oponiéndose a las concepciones puramente normativistas que son características de la teorización de la mayoría de sus colegas (45). De modo comparable a la corriente española del «uso alternativo» a la italiana, aboga por la politización de la justicia y se opone a toda comprensión del derecho que privilegie la tecnicidad de los conceptos jurídicos (46). Lo mismo puede decirse respecto a la dinamización de la jerarquía de las fuentes del derecho en vigor. A partir de los mismos años se comienzan a tener en cuenta, con prudencia, las decisiones del Tribunal Supremo entre los criterios para el desarrollo del derecho actual, de un modo bien opuesto a la clásica interpretación del Código civil español (art. 1,6) y para aprehender los cambios sociales allí donde aparecen primero: en los conflictos cotidianos de una cierta importancia (47). Es la lógica social la que finalmente hace coincidir una redefinición realista de las obligaciones de los maîtres-penseurs del derecho con las llamadas a la reconstrucción jurídica de la realidad española (49). Esta reivindicación de los políticos, así como el realismo político de los nuevos juristas demócratas en la tradición de Ortega, se logrará en 1978 mediante la orquestación constitucional de la actividad estratégica de un Tribunal Constitucional y de una Constitución de contenido abierto como en el caso de la territorialización progresiva del ordenamiento jurídico civil que será realizada por las propias regiones autorizadas para modernizar su propio derecho civil.

Ahora bien la aportación de nuestro análisis para la comprensión general del desarrollo de la cultura jurídica en el seno de las sociedades económicamente avanzadas depende enteramente de si logramos hacer ver a la territorialización constitucional del derecho civil como la objetivación de una toma de conciencia de la diversificación social extra-

(45) Díez-Picazo, *Experiencias* (N. 7), págs. 5 ss.

(46) Cfr. Plácido Fernández Viagas, *Uso alternativo del Derecho y control democrático de la Justicia*, en *Revista de Derecho público*, 68-69 (1977), 621-642 (625, 629-631).

(47) Ver, de una parte, Díez-Picazo/Gullón, *Sistema* (N. 39), I, págs. 193 y ss. (197 ss.), y, de otra, Santos Briz y su postura tradicional (*Derecho civil* (N. 7), pág. 16).

(48) En lo que corresponde a las opiniones de Díez-Picazo, Latorre, Peces-Barba y el eco de los juristas españoles, cfr. Cesáreo Rodríguez Aguilera, *Consideraciones sobre la legitimación del Derecho y la conciencia del juez*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 81 (1982), 617 ss. (621, 625-626).

(49) Eliseo Aja, *Presentación*, en Gregorio Peces-Barba et alii, *La Izquierda y la Constitución*, Barcelona, 1978, págs. III-IV.

ordinaria y de la crisis del campo jurídico concéntricamente organizado, y si llegamos a identificar esta objetivación local como una especificación de la nueva racionalidad jurídica. Lo sabemos bien desde Max Weber: por muy lejana que parezca, la racionalización del derecho moderno y, de allí, la competencia de los iniciados, no está unida al paradigma de la ley codificada (50). De la misma forma que la disposición concéntrica de los siglos XVIII y XIX está en correlación con unas exigencias sociales particulares, la racionalización actual debe obligatoriamente conducir a la adaptación de la retórica normativa de los siglos pasados, o sea, a la desaparición de sus rígidos esquemas en favor de una orquestación diferencial, y, en última instancia, también a la sublimación de los antagonismos sociales de hoy y de mañana. Basta observar, a estos efectos, la República Federal de Alemania. Por hablar como Luhmann, Ladeur y otros juristas-analistas, en ese país la ley, concebida como un programa condicional, ha sido ya sustituida, al menos en parte, por reglas que se orientan cada vez más hacia objetivos generales. En Alemania, asistimos al alineamiento de los derechos constitucional y administrativo sobre principios de orden aparentemente irracional, como el de la ponderación de valores (*Güterabwägungsprinzip*) o el de la relación entre los fines perseguidos y los medios aplicados, relación definida por referencia a un equilibrio ideal (*Grundsatz der Verhältnismässigkeit*). Especialmente en derecho del trabajo y en derecho económico, los tribunales alemanes han llegado ya a formular estrategias jurídicas enormemente flexibles (51). Ante la ausencia de orientación racional en el sentido tradicional, se impone casi por sí mismo que el campo jurídico alemán, lo mismo que su homólogo francés, igualmente incitado ante el temor de los monopolistas del orden de poner en peligro por su inactividad los privilegios obtenidos, produce unos conceptos que obedecen a una lógica social de naturaleza diferencial. Lo que no explica sino la degradación del consenso general en un momento de aumento de la complejidad social. En suma, nada impide suponer que sea válido para una España en vías de moderniza-

(50) Max WEBER, *Rechtssoziologie* (ed. Johannes WINCKELMANN), Neuwied am Rhein-Berlin, 1967, págs. 332 ss. (*Die anti-formalen Tendenzen in der modernen Rechtsentwicklung*); sobre el concepto weberiano de la racionalidad jurídica más allá de la ley general, cfr. Friedhelm HASE/Matthias RUETE, *Dekadenz der Rechtsentwicklung? Rationalität und Allgemeinheit des Gesetzes in der Rechtslehre Franz Neumanns*, en *Leviathan. Zeitschrift für Sozialwissenschaft*, 11 (1983) 200 ss. (208), y SCHOLZ, *Éléments* (N. 1), III.

(51) Sobre las primeras teorizaciones y los ejemplos citados, cfr. Volkmar GESSNER/Gerd WINTER (eds.), *Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft* (= *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 8 (1982)), Opladen, 1982, sobre todo las contribuciones de Gerd WINTER (*Literaturbericht*), Rudolf WIETHÖLTER (*Entwicklung des Rechtsbegriffs*); Karl-Heinz LADEUR (*Verechtlichung der Ökonomie-Ökonomisierung des Rechts?*), y WILLKE (*Disjunktion vom Rechtsformen und Machtformen*, N. 44); pero, ante todo, Karl-Heinz LADEUR, *Vom Gesetzesvollzug zur strategischen Rechtsfortbildung. Zur Genealogie des Verwaltungsrechts*, en *Leviathan*, 7 (1979), 339-372.

(52) Sobre la denominada decadencia del derecho francés actual, cfr. los análisis titulados «Crise et droit - Droits et crise», en *Procès. Cahiers d'analyse politique et juridique*, 6 (1980).

ción lo que rige, según las últimas constataciones, para la Alemania de después de la modernización: el grado de la complejidad a alcanzar por parte de los administradores del discurso jurídico es proporcional a la diversificación social experimentada o prevista. O, con más precisión, en la época postmoderna el nivel de diferenciación obligatoria de los conceptos jurídicos depende de la nueva variabilidad de las exigencias funcionales de la sociedad de mercado. Después de todo lo que empezamos a comprender, ésta se hace imposible de gobernar —es decir, de organizar de una manera legítima— con los instrumentos ortodoxos.

Existen dos maneras fundamentales y dialécticas de redefinir la estructura del discurso jurídico o de cambiar su calidad. Lo que significa que, por ejemplo, todo tipo de reinversiones negativas representan al mismo tiempo una contribución constructiva, que favorece la reorganización del orden. En principio, no existe una diferencia funcional entre la denegación de los fundamentos de un orden dado y la reconstrucción racional de otro orden, salvo la de movilizar tanto más económicamente la creencia en el nuevo orden de modo que se logre convencer de la posibilidad y la necesidad de la transformación de una organización social superada a una organización jurídica moderna. Aquí se pueden situar las ardientes campañas propugnadas a favor o en contra de la permanencia del derecho, las encarnizadas y aparentemente esotéricas disputas en torno a sus fundamentos últimos y las luchas en relación con la verdadera representación científica de su desarrollo más o menos autónomo. No se puede comprender los efectos simbólicos de algunas controversias que se dicen científicas de los últimos veinte años sin tomar en consideración el hecho de que estas discusiones realizan inversiones destinadas a defender o a reformar, hasta el límite de lo posible, las estructuras jurídicas de una sociedad en transformación. Inscribir la definición del derecho dentro del «cambio social» (Díez-Picazo) o protestar contra el «nihilismo jurídico», es decir, contra la relativización de los nuevos juristas-sociólogos (A. d'Ors) no significa sino el intento de dominar al competidor en el interior del campo jurídico y, al mismo tiempo, de preservar el orden jurídico o su restablecimiento bajo una nueva forma, socialmente conveniente en el sentido de adecuada y aceptable (53). Con bastante distancia, lo mismo puede decirse de los debates metodológicos en historia del derecho español sostenidos a lo largo de los años 70. La pretendida distancia entre el derecho en vigor y su historia, así como con sus historiadores, la insensibilidad aparente hacia las exigencias actuales de una disciplina casi olvidada no debían constituir un obstáculo para comprender este fenómeno. Oponerse a los métodos dominantes tal y como fueron establecidos por la escuela de García Gallo, rechazar este positivismo y su predilección por las instituciones jurídicas aparentemente intemporales para subrayar la historicidad del derecho (Peset) a fin de comprender, por ejemplo, la revolución burguesa en España como una revolución jurídica (Clavero) es también servir, conscientemente o no, a los espe-

(53) DÍEZ PICAZO, *Experiencias* (N. 7), sobre todo págs. 302-303, 306-307, 320-321; D'ORS, *Pérdida del concepto de excepción a la ley* (N. 8), págs. 155-156.

cialistas de los especialistas en un nuevo orden sucesorio, es decir, a todos aquellos que están al mismo tiempo en camino de fraguar el orden jurídico postfranquista: el «Estado autonómico» y su diferenciación territorial del orden jurídico civil (54)

Ante el miedo a exponer la sociedad al caos, a la «anarquía» y a la «guerra civil» (55) o, lo que llega a ser lo mismo para los monopolistas del campo jurídico, ante el temor de poner en peligro sus privilegios sociales, el antiguo orden, privado de sus legitimaciones, es un orden que tiene que ser fundamentado de nuevo, en el doble sentido de la palabra. Objetivamente, incluso no había elección, vista la lógica económica de la dominación: el nuevo orden tenía que reconstruirse sobre las ruinas del antiguo modelo; labor que había que efectuar lo más rápidamente posible y en virtud de un único acto de racionalización consistente a la vez en la racionalización de la competencia de los juristas y, de aquí, en la estabilización de su posición social, así como en la estructuración jurídica de la nueva sociedad y en la legitimación de esta estructura, todo ello sobre la base del último saber político-jurídico. En efecto, un buen número de agentes implicados se emplean en ello con celo; cada uno lo mejor posible, en momentos y lugares distintos, muchas veces sin saber nada uno del otro, unos a la luz del día, otros más bien en la clandestinidad, pero todos juntos reunidos por el trabajo simbólico que queda por hacer. Después de todo, hoy podemos decir que su «genialidad jurídica» (García de Enterría [56]) —no siendo en realidad más que un conjunto de actos de magia social, practicados por agentes sociales potencialmente investidos de un poder simbólico específico— consigue sublimar en poco tiempo la desintegración social, tal y como se produce a continuación del *take off* económico, reforzando además su propia posición, contrariada por las consecuencias del mismo fenómeno. Obrando así, no sólo recurren a la reterritorialización constitucional del orden jurídico civil sino también, y por encima de todo, a la conceptualización de un Estado de derecho y a su objetivación mediante la fijación por escrito de las nuevas reglas fundamentales y con la ayuda de la erección del nuevo Tribunal Constitucional, temas que hay que profundizar y conectar a continuación. Cuanto más racionalizan su competencia vulnerada, más orden producen, ofreciendo formas tan adecuadas como aptas para garantizar otra vez la integración social, pero esta vez en un plano más elevado, en tanto que es más despersonalizado y por tanto más abstracto que en tiempos del franquismo. Como se verá a continuación, esta integración se manifestará a través del artefacto jurídico del consenso general, nueva legitimación del nuevo orden democrático. Estamos en

---

(54) Cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugals*, en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 3-4 (1980), 164 ss. (166-167). Versión española: *Acerca de la historia del Derecho en España y Portugal*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 58 (1982), 633 ss. (635-638).

(55) Cfr., por ejemplo, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, pág. 205.

(56) GARCÍA DE ENTERRÍA, *ibídem*.

presencia de una «cultura política» aceptable «por la mayoría», según Fraga Iribarne, uno de los representantes del nuevo orden pese a toda oposición verbal, en presencia de la respuesta a la «desconfianza de las masas» hacia el derecho, según los medios bien informados de los juristas-civilistas españoles, desconfianza fuertemente lamentada desde los tiempos del joven Castán Tobeñas (57).

Si comparamos sus reivindicaciones de 1967 con la Constitución de 1978, Elías Díaz tenía razón en este sentido cuando últimamente llegaba hasta el extremo de pretender que «lo racional se hace real». Su inversión simbólica, alegato comprometido contra la dictadura y a favor del Estado de derecho democrático y social, concretó en buena parte, y no la más pequeña, durante los años sesenta la nueva racionalidad jurídica exigida por la sociedad. Por sí misma, y como todo discurso jurídico, su contribución particular constituye una palabra creadora, capaz de dotar de existencia a aquello que enuncia, por parafrasear a Bourdieu (58). Y esto, que vale para Elías Díaz, sirve también para la crítica de izquierdas, medida a la escala del campo en cuestión. El nuevo Estado de derecho postfranquista resulta impensable sin las disputas aparentemente científicas en el seno de la oposición, donde, en el transcurso de los años sesenta, las tomas de postura de Lucas Verdú y Elías Díaz polarizan a los espíritus más ágiles de la filosofía del derecho y del derecho político, objetivamente asociados *melgré eux* en su lucha por el Estado de derecho (59).

Cuando ellas no van por delante, las intervenciones destinadas a propagar o a concebir un Estado de derecho moderno incorporan su institucionalización. Práctica simbólica relativamente autónoma, la racionalización jurídica de las relaciones sociales puede pues coincidir o no con otras inversiones simbólicas, también de orden jurídico pero de una naturaleza más material; es decir, con el establecimiento de mecanismos objetivos, susceptibles de asegurar las ganancias de la juridificación efectuada sin intervenciones suplementarias y ser susceptibles de facilitar así todavía más el incremento del capital objetivamente acumulado que servirá de base para la producción de otros efectos simbólicos de carácter más bien inmaterial. Ilusión, sin embargo, de creer entender la economía del nuevo modo de dominación, de saber evaluar las ganancias aseguradas por el solo hecho de la puesta por escrito del texto constitucional y la erección del Tribunal Constitucional, entendido como contrapartida de la diversificación territorial del orden jurídico civil, sin tomar antes en consideración a la juridificación en su conjunto. Teniendo en cuenta que, de una parte, esta organización social es, vista desde el lado económico, evidentemente más atractiva

(57) Cfr. FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), pág. 43, y FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social*, ibídem, págs. 177 ss. (181); en cuanto a Castán, cfr. GARCÍA CANTERO, *Releyendo «Hacia un nuevo Derecho civil»* (N. 6), pág. 79.

(58) Elías DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1979, pág. 10 (Nota preliminar a la séptima edición); BOURDIEU, *Parler* (N. 2), pág. 21.

(59) Cfr. especialmente el volumen 17-18 (1977) de la revista *Sistema*, titulado «Socialismo y Constitución», y en particular el análisis de Elías Díaz, *El Estado democrático de Derecho y sus críticos izquierdistas* (págs. 51-70), y la contribución de Pablo LUCAS VERDÚ, *Socialismo y Derecho constitucional* (págs. 25-50).

que la explotación brutal y abierta (60), establecer o reestablecer el «imperio del Derecho» (García de Enterría) o el «imperio de la ley» (Elías Díaz) y, de aquí el monopolio de los monopolistas estorbados, exige que éstos movilicen todas sus fuerzas para doblegar cualquier resistencia y se pueda alcanzar a la larga este estado de dominación económica ideal. Despolitizar los caprichos políticos, hacerlos menos arbitrarios a través de una juridificación intensa, tal y como lo desea el mismo García de Enterría y como Tomás y Valiente lo ve finalmente plasmado en forma de un Tribunal Constitucional (61); dar a conocer, pues, mediante nuevos modelos de interacciones, para hacer desconocer y suscitar el reconocimiento de las relaciones de dominación así estructuradas exige, más allá de estas gestiones simbólicas, unos profundos conocimientos de su economía. Lo que explica el interés de los constitucionalistas dominantes, encabezados por García de Enterría, por las instituciones constitucionales extranjeras, interés del que da especial testimonio la obra de García de Enterría, en particular su apelación a la situación norteamericana y a las correlativas últimas mejoras en la República Federal de Alemania (62), y del que da cuenta finalmente la concepción de la Constitución de 1978 —siendo su técnica jurídico-constitucional la más moderna, según Adolfo Suárez, entonces Presidente del Gobierno español (63)—. El verdadero control jurídico no tiene nada de automático, ni incluso en el momento de una creencia potencial en el orden jurídico. Para rechazar las menores dudas y para contener los menores ataques, se necesita la competitividad generalmente reconocida y por esto sin cesar renovada, se necesita a unos especialistas altamente calificados, tal y como García de Enterría los auguraba para el nuevo Tribunal Constitucional español (64). Cuando el pensamiento económico sofisticado domina, el poder de las tecnologías aumenta y las ciencias sociales se concentran sobre problemas puramente técnicos; en una palabra: cuando la razón instrumental reina, el universo del derecho debe acrecentar el dominio práctico de sus profesionales poniendo a su servicio unas técnicas racionales. No existe manifestación más evidente de estas exigencias que las discusiones de estos últimos años sobre la instalación de bancos de datos socio-jurídicos, el vivo interés por los últimos métodos y resultados del derecho comparado así como el derecho de los países hiperdesarrollados, la preparación de las reformas universitarias a través de expertos enviados a Alemania Federal para estudiar sus experiencias en una enseñanza jurídica que combina la teoría y la práctica, y, por

---

(60) BOURDIEU, *Sens* (N. 2), págs. 209-231; sobre el derecho moderno como violencia suave y modo de dominación económico, cfr. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), IV.

(61) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *La defensa de la Constitución*, en *Revista de Derecho Político*, 16 (1982-1983), 185-192 (187).

(62) ELÍAS DÍAZ, *Estado* (N. 58), pág. 13; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), sobre todo págs. 185-188.

(63) Cfr. *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, IV, Madrid, 1980, pág. 4935.

(64) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 198.

no escoger más que un ejemplo significativo, la remodelación de un Centro de estudios constitucionales bajo la dirección de Elías Díaz.

Como no hay que olvidar que el Estado de derecho más rigurosamente racionalizado debe su existencia y su eficacia social al hecho de que, en la época de la razón instrumental, toda organización discursiva que se basa en la creencia, como lo es la del derecho racional de la modernidad, está obligada a adoptar unas formas «científicas», la conceptualización racional del Estado de derecho español, incluyendo las inversiones previas, puede coexistir sin duelo con otros actos de alquimia social que preparan o refuerzan el orden previsto o impuesto. Así, la mayor parte de la práctica de juridificación general, efectuada en el discurrir de los años 60 y 70, consiste en pura propaganda, en el establecimiento de una red de oposiciones fantasmagóricas y en la preparación de una nueva cientificidad. Claramente estas acciones han producido, a los ojos de los agentes implicados, unos efectos simbólicos suplementarios, tanto más cuanto que este trabajo de eufemización no puede ser separado de importantes inversiones, puramente económicas. Al lado de «Cuadernos para el diálogo», es el caso de fenómenos tan heterogéneos como el auge de las casas editoriales Civitas y Siglo XXI, el éxito fulgurante del periódico «El País» o las reediciones de las fuentes del derecho regional. Cada uno de ellos predica a su manera y según sus medios esa nueva España organizada como Estado de derecho diferencial, favoreciendo conjuntamente una sola visión del mundo social a través de, por no hacer más que alarde de su dinamismo, por ejemplo un *lay out* moderno que descalifica por sí mismos a la producción y a los productos simbólicos de otro tiempo. Además, otorgando una posición trascendental al derecho y a su retraducción específica de la sociedad moderna, es como los discutidos detentadores del monopolio jurídico pueden reinstalar su poder específico, consistente, en principio, en la gestión de una manera legítima, porque es mejor que cualquier otra del mundo antagonista de hoy. La importancia estratégica de «Estado de Derecho y sociedad democrática» de Elías Díaz, las múltiples ediciones de este libro desde 1966 y su adscripción, por Tuñón de Lara (65), entre los sucesos fundamentales del panorama cultural e ideológico de estos años de crisis social y jurídica se explican fácilmente si se tiene en cuenta que este alegato en favor de una organización social plasmada en un Estado de derecho, democrático y respetuoso con las regiones autónomas se basa fundamentalmente en un trabajo de distinción. Se efectúa la transformación en ciernes mediante una serie ordenada de actos de denegación del Estado autoritario y totalitario franquista, práctica que es positivamente completada por el mismo Elías Díaz a través de su ensayo titulado «Legalidad y legitimidad en el socialismo democrático», aparecido en 1979 en Civitas (66). Las cosas no son distintas respecto a la discriminación del «amiguismo español» o de la «oligarquía española», hechos responsables por los

---

(65) José Antonio BIESCAS/Manuel TUÑÓN DE LARA, *España bajo la dictadura franquista (1939-1975)*, Barcelona, 1981, Cronología (pág. 549).

(66) DÍAZ, *Estado* (N. 62), sobre todo «Nota preliminar a la séptima edición».

jueces españoles de la inexistencia de un verdadero Estado de derecho en España y, más o menos por la misma época, invocados por la nueva izquierda para distinguirse del centralismo tradicional en provecho de aquello que se llamará años más tarde el «Estado autonómico» (67). El recurso simultáneo a la ciencia constitucional y al funcionamiento de las instituciones constitucionales de los Estados Unidos o la República Federal Alemana, prácticas ya analizadas, no podía sino prestarse al incremento de los capitales simbólicos acumulados.

A esta razón del incremento de los capitales, hay que añadir otra, fundamental: la objetivación de la juridificación por la Constitución de 1978 y en virtud de la erección de un Tribunal Constitucional (68). Según el preámbulo y el artículo 1 de esta ley fundamental, España se constituye así en un Estado de derecho, social y democrático, que asegura el imperio de la ley en tanto que expresión de la voluntad popular. Vista más de cerca, la nueva tarea jurídica, o, con más precisión, la reestructuración jurídica y de este modo la reconquista de las tierras perdidas se basan a partes iguales en la racionalización invertida y en el efecto de paso de lo implícito a lo explícito. La fijación textual de la juridificación que efectúa la carta de 1978 se revela en el análisis como una manifestación ceremoniosa de conceptos de organización social jurídicamente elaborados, y es comparable a la toma solemne de posesión de un aparato judicial especializado en la reactualización permanente del consenso constitucional (García de Enterría [69]). Si consideramos en concreto la relación entre los capitales invertidos y su rendimiento, vemos que la entronización de tales dispositivos ejerce un efecto de desposesión en favor del nuevo orden jurídico y en provecho de los nuevos dominadores gracias a los dos vectores de toda racionalización jurídica objetivada de las relaciones sociales: en primer lugar, mediante la fijación de las experiencias que proceden de la juridificación anterior o simultánea de la vida social, acumulación que es objetiva y por tanto independiente de toda intervención individual posterior; en segundo lugar, mediante la instauración de una garantía

(67) Cfr. TOHARIA, *Juez* (N. 21), págs. 96-97; AJA, *Presentación* (N. 49), pág. III.

(68) Para una introducción bibliográfica, ver Miguel HERRERA LERA, *Repertorio bibliográfico sobre el proceso constituyente español*, en *Revista de Derecho político*, 14 (1982), 241-256 y 15 (1982), 377-408, así como Jaime NICOLÁS MUÑOZ/Ricardo BLANCO CANALES, *Materiales para el estudio de la jurisdicción constitucional*, en *Revista de Derecho político*, 16 (1982-1983), 323-352; respecto a los trabajos preparatorios, los debates en el Senado y en el Congreso, el texto de la Constitución, etc., nos referiremos explícitamente a: *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, I-IV, Madrid, 1980; sobre la Constitución y sus relaciones con el nuevo régimen político, cfr. Enrique ALVAREZ CONDE, *El régimen político español*, Madrid, 1983; sobre el Tribunal Constitucional, cfr., además, FRANCISCO FERNÁNDEZ SEGADO, *La jurisdicción constitucional en España*, Madrid, 1984; sobre su «precursor» franquista después de la Ley Orgánica de 1967 y —más interesante todavía— sobre una cierta crítica jurídica de tal adaptación al Estado liberal de derecho, ver Diego SEVILLA ANDRÉS, *La defensa de la Constitución en la Ley Orgánica española*, en *Revista de Estudios Políticos*, 152 (1967), 279-303), y Luis SÁNCHEZ AGESTA, *El recurso de contrafuero y la protección del orden constitucional*, *ibídem*, 181 (1972), 5-33.

(69) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 59), pág. 207.

objetiva que asegura incluso el refinamiento sucesivo del modo de dominación establecido y, por consiguiente, la dominación futura. En cuanto a la materialización textual, basta pensar en los estudios del antropólogo Jack Goody sobre la expansión de la razón gráfica y las posibilidades de *stockage*, análisis y creación que en el orden del saber el acto de la escritura ofrece (70), para entender aquello que hace que desde 1978 se comenten los diferentes artículos de la Constitución, aquello que obliga a dedicarse a la búsqueda de una interpretación constitucional del orden jurídico civil establecido, y aquello que hace designar a la Constitución como motor de la dinamización social y como el mejor de los ropajes para gobernar (71).

Se percibe, dentro de la misma lógica económica de la dominación simbólica, que la Constitución, razón objetivada y por esto redoblada, logra sublimar la desintegración social de la España de los años 70. Teniendo en cuenta que, según la *communis opinio doctorum* del Tribunal Constitucional, la Constitución instituye a la comunidad nacional en un «marco de una convivencia humana, justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho...» (72), se trata, en suma, de las transformaciones conceptuales del orden jurídico, así pues de las transformaciones simbólicas específicas de las pulsiones socio-económicamente inaceptables —porque ocasionan conflictos en el interior de la sociedad en detrimento de una sociedad ideal de mercado—, en normas socialmente reconocidas, dado su carácter aparentemente neutro e integrador y sus cualidades diferenciales. Todo sucede como si la disgregación simulada pudiera evitar la desintegración real mediante la constitución constitucional de un cuerpo único de reglas que someten al mismo tiempo a todos los ciudadanos y a los poderes públicos (73). Signo oficializado del consenso reestablecido, la Constitución —arquitectura del juego democrático (74)— representa para el presidente del influyente Club Siglo XXI «el hecho en el que se expresa la voluntad de pacífica convivencia, el amor a la libertad y el respeto a la ley, en el mejor servicio de España» (75). Frente a la crisis, frente al miedo general al caos y los temores ante las lagunas del sistema jurídico establecido, inquietud de la que se aprovechan en primer lugar los profesionales jurídicos del orden, la Constitución constituye bajo esta óptica el *deus ex machina*, «la tabla de ... salvación (del pueblo español)» (76).

(70) Jack GOODY, *La raison graphique. La domestication de la pensée sauvage* (*The domestication of the savage mind*), Cambridge, 1977), París, 1979, sobre todo págs. 86-87; sobre la antropología histórica de Goody y el análisis de la racionalidad jurídica moderna, cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Warum Jack Goody lesen*, en *Rechtshistorisches Journal*, 2 (1983), 62-82.

(71) Ver a este respecto Ramón GARCÍA COTARELO, *El régimen económico-social de la Constitución española*, en Tomás Ramón FERNÁNDEZ (coord.), *Lecturas sobre la Constitución española*, I, Madrid, 1978, págs. 69 ss. (72-74).

(72) Cfr. la STC de 14 de julio de 1981.

(73) Cfr. el artículo 9.1 de la Constitución española.

(74) Cfr. GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 5-6.

(75) Antonio GUERRERO BURGOS, en Club Siglo XXI (ed.), *Perspectivas* (N. 34), I, pág. XVI.

(76) FRAGA IRIBARNE, el 31 de octubre de 1978, ante el Congreso de los

Un éxito tal se basa por encima de todo en la perfecta orquestación, en la armonización sin fallas del orden jurídico bajo la primacía del texto constitucional. Este da testimonio en tanto que fuente de toda legitimidad de las relaciones sociales, en virtud de su entronización como *norma normarum* de la que se deducen todas las otras normas jurídicas de rango inferior, estando éstas también rigurosamente jerarquizadas (77). Además, mientras se dé el interés por desestabilizar el antiguo orden destruyendo sistemáticamente la idea de un derecho inmutable, basado en razones extrasociales, el nuevo orden constitucional alimenta su fuerza integradora en el hecho de que no puede prácticamente experimentar cambio alguno (78), razón suficiente, por ejemplo, para la doctrina de la limitación y legitimación de la competencia de las Comunidades autónomas (78). Esta extraordinaria posición de la Constitución se debe además en gran parte a las inversiones destinadas a suscitar la impresión de que no se trata de un compromiso ocasional, sino de una obra que se fundamenta en el único gran consenso histórico posible. Tomando distancias frente al positivismo totalitario, se intenta demostrar, siguiendo la tradición kelseniana (80), la existencia de dicho consenso recurriendo a todo tipo de actos demostrativos. Estamos pensando en la integración de los partidos marxistas, en la concertación económica de los Pactos de la Moncloa, en la apertura a las reivindicaciones autonomistas, en la elección de las Cortes Constituyentes de 1977, en la manifestación de unos esfuerzos comunes a la hora de elaborar un texto común para una nueva Constitución y, en fin, en la aprobación por unanimidad de esta ley fundamental en el Congreso y el Senado. Colocar capitales en la «exhibición» del modelo consensual, como diría Bourdieu con Pascal (81), racionalizar éste mediante su bien organizada representación, no es sino favorecer las apariencias por las apariencias concurriendo así a la constitución de una suerte de integración social imaginaria, constitucionalmente suscitada; es decir, concebida como una Constitución consensual que se afirma públicamente como tal. Sin ilusiones, Fraga lo explicita con su estilo tan directo: para superar la crisis actual «hay que relanzar la idea y la ilusión de una España clara, grande, viva, con ilusiones para todos» (82). La esperanza de todos los que han tomado parte activa en la elaboración del texto constitucional, independientemente de su pertenencia a un partido de izquierda o de derecha, se apoya en el

---

Diputados, con motivo de la aprobación de la Constitución, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, pág. 4923.

(77) Gregorio PECES-BARBA, *La nueva Constitución española desde la filosofía del derecho*, en *Documentación Administrativa*, 180 (1978), 32-37; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 19; y la STC de 31 de marzo de 1981 («La Constitución es ... la norma fundamentadora de todo el orden jurídico»).

(78) Ver los artículos 166 y ss. de la Constitución.

(79) Cfr. Encarna ROCA I TRIAS, *L'estructura de l'ordenament civil espanyol*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 82 (1983), 125 ss. (136, nota 29).

(80) Ver a este respecto Díez PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 182-185; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 178.

(81) BOURDIEU *Sens* (N. 2), pág. 226.

(82) FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), pá. 184.

carácter prospectivo de esta «constitución de concordia», lo suficientemente poderosa como para transformar el pasado en sociedad abierta (83). Queda por evaluar el efecto simbólico de la imprecisión de las categorías constitucionales. Con gran pesar de los juristas progresistas, a menudo ignorada o incluso despreciada (84), la imposición de conceptos indeterminados, la introducción de normas-programa sin contenido inmediato, destinadas únicamente a conducir la acción socio-económica de los poderes públicos (85), como la proclamación de determinados valores ideológicos como la libertad o la igualdad, vienen a establecer en realidad espacios de interpretación sin fronteras en función de una sublimación sublime de una complejidad social cada vez mayor, de modo análogo a la fijación exclusiva de competencias formales y la predilección por las cláusulas de remisión, fenómenos igualmente típicos de la Constitución de 1978. Estas garantías de una nueva flexibilidad del orden consiguen movilizar esa credulidad de la que el mismo orden es función, en tanto que facilitan la aceptación de hecho de la que el nuevo orden depende, en el momento de la reconstitución de las relaciones de dominación. Para acabar, la forzada invocación del destino de la República de Weimar o de las democracias modélicas del Norte (USA, RFA, etc.) se entiende si tenemos en cuenta que se intenta así afirmar la creencia provocada desde otros medios que presentan el modelo constitucional adoptado por España de tal suerte que parezca ser inevitable, natural y, por tanto, legítimo (86).

Ciertamente, la concepción constitucional del Estado de derecho y su objetivación textual en forma de la Constitución de 1978 satisfacen ya en buena parte la racionalización de la competencia jurídica y la legitimación del orden nuevo y, así, las demandas sociales son retraducidas de una manera homóloga por la crisis del campo jurídico en el seno de una sociedad en crisis. Sólo resta por señalar que es la institución de una Corte constitucional, su erección, la que culmina la reorganización comenzada en los años 60, haciéndolo concertadamente con la reterritorialización del orden jurídico civil. Desde la perspectiva de la objetivación, la erección de una justicia constitucional constituye la réplica de ese redoblamiento específico de la Constitución española. En palabras de García de Enterría, este nuevo alto tribunal, comparable a la Corte Suprema norteamericana en lo que hace referencia a su competencia y a su función social, proporciona un instrumento de integración política y social incomparable, dado que consigue «hacer constantemente operativa una Constitución inmutable», a fin de satis-

(83) Así, con motivo de la aprobación de la Constitución, el 31 de octubre de 1978, ante el Congreso, el Presidente del Gobierno, Suárez (pág. 4936), el representante de la UCD, Pérez-Llorca Rodrigo (págs. 4932, 4934), el socialista González Márquez (pág. 4928) y Raventós Carner, socialista catalán (pág. 4925), en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV.

(84) Ver, por ejemplo, la perspectiva de GARCÍA ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), págs. 92, 97, 100-101.

(85) Cfr., a este respecto, los artículos 39 a 53 de la Constitución, así como su interpretación por PECES-BARBA, *Constitución* (N. 77), págs. 34, 41-43.

(86) GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), págs. 13-14, 16; GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 194.

facen «las aspiraciones cambiantes de todos los grupos» y lograr así, a fin de cuentas, «la legitimidad, que es la estabilidad de un buen Gobierno a lo largo del tiempo» (87). Encarnación de la Constitución, el Tribunal Constitucional no sólo es una simple instancia de control judicial de la legalidad constitucional, olvidada en España dado que era el «Jefe del Estado» quien ejercía según la Ley Orgánica de 1967 y su recurso de contrafuero como «defensor de la Constitución»: desde 1980, el Tribunal Constitucional cumple también una función mística. En la medida en que ejerce de medium especialmente dedicado a simbolizar, en virtud de su singular posición, que el acuerdo es siempre posible, o que debe incluso garantizar como tales las condiciones institucionales de la homogeneidad del orden social, este Tribunal está capacitado, en nuestra opinión más que cualquier otra institución moderna, para que creamos en la comunidad de ciudadanos, en la unidad nacional, en una palabra: en el mundo no-antagónico. Y de hecho, según Tomás y Valiente, hoy presidente del Tribunal Constitucional, éste apela sin cesar a la única alternativa posible: o bien España se pierde en el caos, o bien se decide por el Derecho, esperanza que es compartida por la gran mayoría de los españoles (88). De común acuerdo con la Constitución, simbiosis de ética, de utopía y de técnica jurídica (Tomás y Valiente), la jurisdicción constitucional constituye en realidad el norte simbólico de la paz social, en la medida en que la progresión de la sociedad de mercado favorece la diferenciación social. En sí mismo, este tribunal genera a la vez el consenso general y el reconocimiento de la competencia de los monopolistas del campo jurídico, con tal de que se manifieste simbólicamente como instancia última, neutra políticamente, bien orquestada y deseosa de satisfacer las exigencias de una sociedad en transformación perpetua, donde las mayorías y las minorías se constituyen y se disuelven según la lógica del reparto asimétrico de los capitales sociales.

Hace no mucho tiempo, el diario de gran circulación «El País» anunciaba la sentencia más importante de la joven historia del Tribunal Constitucional, la constatación de la inconstitucionalidad del proyecto gubernamental de homogeneizar a cualquier precio la descentralización en curso, en los siguientes términos: «El Tribunal Constitucional pone fin a dos años de polémica» (89). Antes de que el tribunal estuviera en condiciones de echar abajo el proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (LOAPA) había sido preciso otorgarle la competencia para poder pronunciarse en última instancia sobre cualquier otra competencia para establecer el orden, tanto si ésta proviene del Estado central o de las Comunidades autóno-

---

(87) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 192.

(88) TOMÁS Y VALIENTE, *Constitución* (N. 61), págs. 190-192.

(89) *El País* de 10 de agosto de 1983, pág. 9; ver STC de 5 de agosto de 1983; en cuanto a las relaciones entre el derecho estatal y el derecho de las Comunidades autónomas según la LOAPA, cfr. Joaquín TORNO MÁZ, *La prevalença del dret estatal i l'article 4 de la LOAPA*, en *Materials de les II Jornades de dret català a Tossa, celebrades els dies 29 i 30 de setembre i 1 i 2 d'octubre de 1982* (Tossa de Mar, 1982), págs. 365-386.

mas (90). El puesto de censor se atiene, por tanto y a la postre, al hecho de que el Tribunal en cuestión muestra cada día hasta qué punto se encuentra más allá de toda disputa, de todo interés político. Es necesario que aparezca como un dispositivo de equilibrio, como un poder neutro, que se guía exclusivamente por el «rigor de la razón jurídica» (91). Justicia independiente en apariencia, define las reglas de juego pero no el juego mismo, si hacemos caso de la representación oficial del Tribunal Constitucional: «En un sistema de pluralismo político (art. 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opiniones políticas...» (92). De aquí la potencia de su palabra, considerada como justa en tanto que considerada como única. Este poder le viene dado por su señalada posición *au-dessus de la mêlée*: posición cuya puesta en práctica está en función de las condiciones institucionales de la producción de las palabras del orden; es decir, del fundamento y del funcionamiento institucionales de la negación de las divisiones sociales que las sentencias del Tribunal Constitucional contribuyen a reproducir bajo formas tan nuevas como irreconocibles. El reconocimiento deriva además de la observancia de toda una liturgia de la racionalidad jurídica moderna. Esta no se limita ni mucho menos a un número restringido de reglas explícitas y capitales, como la garantía constitucional de la independencia y la inamovilidad de los miembros del Tribunal Constitucional, la incompatibilidad de su cargo con cualquier otra actividad política, económica o profesional (93), como el recurso de inconstitucionalidad, verdadera espada de Damocles suspendida sobre todos los actos legislativos, o el privilegio ya mencionado de la competencia-competencia mencionada (94), etc. De la misma forma que la publicación de las sentencias en el «Boletín Oficial del Estado» se aviene a la evocación de la delegación consensual y democrática del Tribunal Constitucional, la publicación misma de las *dissenting opinions* dibuja la imagen de la gran transparencia del poder moderno (95). Por ejemplo, la retórica estereotipada de las sentencias invoca al mismo tiempo la excelencia y la dependencia de esta institución en tanto que independiente: desde la evocación simbólica del rey de España, símbolo él mismo de la unidad y la permanencia

(90) Cfr. el artículo 161, 1c de la Constitución española y la STC de la que hemos hablado anteriormente (pág. 56).

(91) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 191.

(92) Ver la STC de 2 de febrero de 1981; además, sobre las relaciones directas entre consenso democrático, neutralización de las confrontaciones sociales y legitimidad del orden democrático, cfr. el diputado PÉREZ-LLORCA RODRIGO (UCD), con ocasión de la aprobación de la Constitución: «... hemos establecido las bases para que a través del reconocimiento de la riqueza (del) pluralismo... los españoles puedan reconocerse; porque hemos establecido el consenso necesario para poder discrepar y enfrentarnos democráticamente; porque hemos consolidado un Estado con legitimidad» (*Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, pág. 4934).

(93) Cfr. el artículo 159 de la Constitución.

(94) Cfr. el artículo 161 de la Constitución.

(95) Ver los artículos 38.1 y 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional de 3 de octubre de 1979.

del orden estatal (96), pasando por las múltiples referencias al único texto constitucional hasta llegar a ese lenguaje tan racional y desinteresado como aparentemente accesible. Lo mismo cabe decir de los atributos simbólicos que rigen la aparición de la autoridad para que ésta pueda imponerse de una manera absoluta. Estamos pensando, por ejemplo, en todos los tipos de signos exteriores que subrayan tanto la distinción (toga del magistrado) como la no-distinción calculada (traje de calle), pero sobre todo en la arquitectura majestuosa del edificio del Tribunal Constitucional, al recordarnos, por su monumentalidad, su exacerbado esplendor modernista y los reflejos metálicos del revestimiento exterior del edificio, al mismo tiempo el famoso retrato del Leviatán hobbesiano y al Rey Sol. Y no olvidemos que únicamente el Tribunal Constitucional tiene posibilidades de readaptar lo más económicamente posible el orden jurídico constitucionalmente garantizado. Teniendo en cuenta que resuelve según el caso y de un modo informal (97), para estupor de unos juristas ahora dominados porque están ya superados por los acontecimientos, el Tribunal Constitucional no está obligado a contentarse con criterios de orientación en virtud de comparaciones abstractas, tal y como hace un legislador que llega siempre con retraso, consiguiendo así como nadie hacer que el orden constitucional sea verdaderamente operativo. La restitución de «las nuevas tierras al imperio del Derecho» (98) ha sido posible por esa disposición institucional que le ha permitido desarrollar el orden social de un modo altamente estratégico, a través de un derecho reactualizado sin cesar mediante decisiones siempre actuales, porque no son nunca generales. Teniendo en cuenta que por esta razón nunca se pone en peligro la unidad del discurso jurídico, sus decisiones son generalmente reconocidas. De este modo, llega a concertar racionalmente lo que parece ser ingobernable: el incierto porvenir de una España en vías de modernización.

### III

De modo paralelo a la juridificación general, pero de una manera específica, la reterritorialización constitucional del orden jurídico civil participa de forma esencial en la racionalización de la competencia de los monopolistas en peligro y en el reforzamiento de las relaciones de dominación que se forman después del *bond en avant* de los años sesenta. A fuerza de hacer creer en un orden efectivamente adecuado, en tanto que diferenciado en el plano local, se borra paradójicamente la tradición jurídica del siglo XIX por medio de esta misma tradición y con la finalidad de establecer de un modo duradero un orden social a fines del siglo XX de naturaleza jurídica y flexible en su más alto grado. En adelante, los monopolistas del campo jurídico tendrán de

(96) Cfr. el artículo 56.1 de la Constitución.

(97) Cfr. Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Antiformalismo y enjuiciamiento efectivo en el sistema de la Justicia constitucional*, I, en *Revista de Derecho Político*, 16 (1982-1983), 39-64 (59, 61).

nuevo las manos libres para ordenar las relaciones sociales a su manera y en provecho de las nuevas fracciones dominantes. Porque lo entendemos así, es precisamente la desconcentración del derecho civil la que completa a su manera simbólica aquello que había sido comenzado por otras prácticas simbólicas, objetivadas en forma del Estado de derecho de 1978, constitucionalmente concebido y estratégicamente dirigido por el Tribunal Constitucional. Expresado de otra forma, si queremos darnos cuenta de la performatividad particular de la territorialización del derecho privado o —por decirlo con menos precisión, pero según la terminología habitual— si queremos determinar su función social en la nueva economía de poder (100) estamos obligados a invertir la tesis de la incompatibilidad entre el capitalismo avanzado y la pluralidad del ordenamiento jurídico civil. En tiempos de una diversificación total, la regionalización relativamente indeterminada del derecho civil constituye más bien el único medio válido para instalar un derecho avanzado, apto para concertar las futuras arenas políticas hoy todavía imprevisibles, en lugar de un derecho racional que es comparativamente estático, en tanto que está fundado únicamente sobre la calculabilidad y la capacidad de previsión.

Para explicar la reconstitución de la pluralidad territorial del sistema jurídico y especialmente la territorialización del orden jurídico civil, como precisión del «Estado regional» y la autonomización general, siendo ésta una verdadera descentralización política (101), hay que desembarazarse por encima de todo de tres malentendidos de fondo. En primer lugar, y por oposición a la tesis, muy extendida especialmente entre los civilistas españoles (102), según la cual el derecho civil no es el producto de una construcción racional y científica sino el fruto de una «elaboración histórica», el propio derecho civil moderno y contemporáneo debe su existencia, su fuerza social, a una racionalización histórica que no tiene nada que ver con un proceso histórico de orden natural y neutro. Concretando esta primera constatación: no estamos ante actos socialmente inocentes cuando responden a la acción de reestructurar, según expresa Solé Tura (103), la estructura estática española en su conjunto en base a una descentralización territorial, o de atribuir el derecho al *self-government* a los «territorios

(98) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 187-188.

(99) Sobre la genealogía del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana o la constitución de una racionalidad estratégica y múltiple del Estado, cfr. Karl-Heinz LADEUR, *Konsensstrategien statt Verfassungsinterpretation?*, en *Der Staat*, 21 (1982), 391-412; y LADEUR, *Das Bundesverfassungsgericht und die Entwicklung des Verfassungssystems der Bundesrepublik Deutschland*, en *Demokratie und Recht*, 11 (1983), 10-21.

(100) En cuanto al enunciado jurídico como enunciado de valor performativo o acto de institución del orden social, cfr. SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), III.

(101) Ver la vigésima sesión de la Comisión de asuntos constitucionales y libertades públicas, especialmente la contribución de FRAGA IRIBARNE, su teorización del nuevo «Estado autonómico», en *Cortes. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*. Año 1978, núm. 88, 14 de junio de 1978, págs. 3231-3306 (3271-3275, 3281-3282).

(102) Cfr. SANTOS BRIZ, *Derecho civil* (N. 7), pág. 18.

(103) SOLÉ TURA, *Constitución* (N. 9), pág. 26.

insulares», a las «provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes» y a las «provincias con entidad regional histórica» (arts. 2 y 143 de la Constitución). Marcar fronteras no es sino remarcar, recordar. Incluso si nos referimos a las llamadas fronteras naturales, al «concepto sustantivo de región», a la «naturaleza histórica profundamente arraigada» o a la «unidad natural», la definición de zonas de influencia constituye un acto de representación, una práctica simbólica por excelencia. Antonio Manuel Hespanha lo ha observado al analizar los espacios políticos del Antiguo Régimen en tanto que territorializaciones del poder (104). Y Pierre Legendre, psicoanalista del juridicismo occidental, lo indica de una manera análoga cuando detalla su tesis de la mitología fundadora del sistema jurídico en la tradición del derecho romano, hablando a este respecto del hecho fundador de la geografía, del acondicionamiento del territorio como un reacondicionamiento simbólico (105). Envite fundamental de las luchas políticas, el espacio físico y su redistribución geopolítica participan de la estrategia de la racionalización jurídica de la modernidad. Si la política jurídica del siglo XVIII transfigura el espacio en territorio nacional y estatal, en unidad nacional, la diferenciación local de los últimos años transfigura este mismo espacio —ya sea en Francia o en España— en espacios sociales diferentes, a saber, en acondicionamientos espaciales difusos, no concéntricos en primera instancia pero homogeneizados en un segundo plano en virtud de un orden constitucionalmente concebido y objetivado. Dos ejemplos son suficientes a la hora de ilustrar esta nueva perspectiva. Tanto uno como el otro están puestos para arrojar un poco de luz sobre la invención del territorio francés por parte del Estado absolutista, incluyendo la producción y la reproducción del territorio inventado por la administración francesa (106), pero sobre todo sobre nuestro tema: la constitución de Comunidades autónomas después de 1978 mediante delimitaciones de su propio territorio, ficciones espaciales para delimitar sus competencias sin limitar la autoridad de sus decisiones en el marco del orden jurídico nacional (principio de extraterritorialidad) (107). A este tenor, ahí tenemos las inversiones de las ciencias sociales nacientes tal y como se muestran en el análisis de Roger Chartier, y su contribución desde la Restauración a la división regional y de este modo a los cambios con-

---

(104) Resulta muy típico de esta visión eufemizante: (José GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales en España* (Centro de Estudios de Ordenación del Territorio y Medio Ambiente, Min. de Obras Públicas y Urbanismo, Ser. Monogr., 3), Madrid, 1980, pág. 111, 124 (citas); António M. HESPAÑHA, *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em Homenagem aos Profs. Manuel Paulo Mera e Guilherme Braga da Cruz* (número especial del «Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra»), Coimbra, 1983, págs. 3-58 (paginación de la separata).

(105) Pierre LEGENDRE, *Les maîtres de la Loi. Etude sur la fonction dogmatique en régime industriel*, en *Annales*, E.S.C., 38 (1983), 507-531 (530); LEGENDRE, *L'empire de la vérité. Introduction aux espaces dogmatiques industriels*, París, 1983, págs. 215 ss. (217).

(106) Cfr. Paul ALLIES, *L'invention du territoire*, Grenoble, 1980.

(107) Ver el art. 147.2b de la Constitución y la STC de 16 de noviembre de 1981.

cretos del espacio socio-económico; y, de otra parte, sirvan las reflexiones de Luis Muñoz Sabaté, presentadas en uno de los últimos números de la «Revista Jurídica de Catalunya», en las que combina los datos estadísticos relativos a la superficie, densidad demográfica, medios de comunicación y el volumen de litigiosidad con los datos jurídicos sobre la jurisdicción de los tribunales establecidos para hacer una división ideal de las circunscripciones territoriales de la futura justicia catalana (108).

Aunque ya se haya tratado de la nueva razón jurídica, de la racionalidad jurídica de orden relacional, estratégico y dinámico, tal y como los análisis de Luhmann, Ladeur, Wiethölter, etc., lo revelan, extendiéndola y haciéndola norma general para la Alemania Federal, estamos obligados a evitar un tercer malentendido antes de discutir los detalles sintomáticos del establecimiento del orden jurídico civil reterritorializado, para resaltar que desde el comienzo en el caso de la España postconstitucional: la «unidad de poder» no debe ser víctima de tales operaciones diferenciales. Objeto tabú, esta unidad no se ve afectada por la sacudida constitucional, si creemos las timoratas afirmaciones de Sánchez Agesta (109). Formulado discursivamente, la univocidad del discurso jurídico no se siente amenaza ante la pluralidad de ese orden reterritorializado, incluso si las apariencias dan a entender lo contrario. Tanto antes como ahora, el poder se hace escuchar a través de una sola voz; lo que cambia es que ahora habla al unísono, a pesar de la variedad de voces. El caso del urbanismo, especialmente el ejemplo de la modernización de Barcelona a mediados del siglo pasado, nos enseña que la homogeneidad de los espacios sociales y, por consiguiente, el control social, no está de por sí unido al agrupamiento concéntrico, y que una cuadrícula descentralizante favorece incluso la programación social si la descentralización se asienta en un perfecto acondicionamiento (110). Parece muy verosímil que fueran razonamientos de este tipo los que hicieron a Durán y Bas abogar hacia 1883 por la unidad jurídico-civil y en contra de la uniformidad de un orden otorgado por pésimos estrategias que privilegiaban sin ningún motivo el orden centralista (111).

(108) Roger CHARTIER, *Science sociale et découpage régional. Note sur deux débats (1820-1920)*, en *Actes de la recherche en science sociales*, 35 (1980), 27-36; Lluís MUÑOZ SABATÉ *Notas para una nueva ordenación judicial territorial de Catalunya*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 81 (1982), 235-239; sobre el impacto y la importancia de las reflexiones estratégicas, cfr. (GONZÁLEZ PAZ, dir.), *Divisiones territoriales* (N. 104), especialmente pág. 35, 111-113, 123 ss.

(109) SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 19-20.

(110) Sobre los proyectos concurrentes, especialmente sobre Ildefonso CERDÁ, *Teoría general de la urbanización y aplicación de sus principios y doctrinas a la reforma y ensanche de Barcelona*, Madrid, 1867 (reed.: Madrid, 1968), cfr. Antonio LÓPEZ DE ABERASTURI, *Ildefonso Cerdá - La théorie générale de la urbanisation*, París, 1979, y André BAREY, *Barcelona - De la ciutat pre-industrial al fenomen modernista*, Barcelona, 1980, especialmente págs. 17 ss.

(111) Manuel DURÁN Y BAS, *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4.º del Real Decreto de 2 de febrero de 1880*, Barcelona, 1883, pág. XXXVI; sobre el abandono del centralismo codificador, la reorganización —es decir— la constitución del urbanismo moderno y de la nueva Barcelona del siglo pasado, cfr. Johannes-

A la hora de encontrar una razón jurídica renovada, toda racionalización de la competencia jurídica estuvo, en la época clásica de la codificación, obsesionada por la idea de hacer aparecer al discurso jurídico como un discurso perfecto, en tanto que unitario. Mientras que entonces se vincula directamente, en palabras del filósofo-jurista LERMINIER, la obediencia a las leyes con su carácter centralista, sistemático y unívoco en su sentido más inmediato (112), el nuevo realismo jurídico se va a distanciar, consciente o inconscientemente, como todo saber moderno, de lo clasificado, de lo clasificable, de lo idéntico y de lo centrado para orientarse hacia lo a-centrado. Todo parece indicar que lo excéntrico y lo no formal constituyen los pivotes en torno a los cuales se organizan también los esfuerzos conceptuales de los nuevos señores del campo jurídico, siempre en su búsqueda de los dispositivos que garanticen el consenso necesario. Su punto de referencia es la racionalidad de acción múltiple que sobredetermina estratégicamente las contingencias de la vida cotidiana (113). Lo muestra el caso español: una estructura jurídica verdaderamente moderna tiene tan poco que ver con los aires sociales fijados de una vez por todas como con los imperativos centralistas. Lo prueba la desautorización que hace el Tribunal Constitucional en agosto de 1983 del citado proyecto de Ley Orgánica de Armonización del Proceso Autonómico (114). En lugar de una armonización superficial, en lugar de cortar de raíz los conflictos entre el poder central (Estado: Cortes Generales, Gobierno) y las regiones autónomas, el Tribunal Constitucional se decide por la integración de los conflictos potenciales; es decir, no sólo por una normalización a largo plazo sino sobre todo por una normalización en un plano menos inmediato. Discursivamente, la igualdad formal, en tanto que negación de los antagonismos reales, y, de este modo, la legitimidad del orden que está en camino de establecerse, se disponen como un proceso lento de adaptación que, por esta razón, es enormemente flexible. En la medida en que el cambio social se acelera de modo patente, ya no hay sitio para las formaciones discursivas de gran estabilidad, como el derecho civil español concéntricamente sistematizado desde comienzos del siglo XIX. La inestabilidad de las relaciones de producción y reproduc-

---

Michael SCHOLZ, *Unidad y diversidad en la codificación*, en *Memoria del II Congreso de historia del derecho mexicano*, Ciudad de México, 1981, págs. 705 ss. (710-711).

(112) Sobre Jean-Louis LERMINIER (*Philosophie du droit*, Bruxelles, 1832, espec. págs. 374-378) y su influencia en el período de preparación del Código civil portugués de 1867, cfr. Johannes-Michael SCHOLZ, *Portugiesische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, en Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, München, 1982, págs. 738-739.

(113) Ver, junto a otros análisis de Ladeur: Karl-Heinz LADEUR, *Abwägung - Ein neues Paradigma des Verwaltungsrechts. Von der Einheit der Rechtsordnung zum Rechtspluralismus*, Frankfurt/M.—New York, 1984; LADEUR, *Sprachformation und Rechtsparadigma. Eine modelltheoretische Skizze zum Strukturwandel des deutschen Verwaltungsrechts im 20. Jahrhundert*, en Erk Volkmar HEYEN (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten* (= *Ius Commune*. Sonderhefte 21), Frankfurt/M. 1984, págs. 189-210.

(114) Sobre la sentencia del Tribunal Constitucional, ver N. 89.

ción sociales ya no admite que se le ofrezcan unas soluciones a los conflictos que giran en torno a un punto que por comparación es concreto y fácil de encontrar. Aun a riesgo de perderse en un no-sistema jurídico, pero con la intención de superar un modelo monolítico, al mismo tiempo sin relación recíproca con la realidad no-sistemática y sin posibilidades de ser reconocido, se otorga el lugar central a una experiencia conflictiva que es por naturaleza imprevisible. El discurso jurídico aparece así cada vez más opaco, lo que no es lo mismo que esa simple gradación de la densidad institucional en la que desembocaría, según Julián Marías, la futura regionalización (115). La nueva administración jurídica se alimenta de la experimentación, del enriquecimiento sucesivo del saber político-jurídico: es, en fin, una ciencia de dominación experimentada. Y como tal es comparable a la estrategia de confrontación de la nueva política económica de los países industrializados en crisis, a los esfuerzos de la Gran Bretaña, de Alemania Federal y de Francia después del primer año de un gobierno socialista tendentes a la restauración más o menos rápida del juego de las fuerzas del mercado. El metapoder de los monopolistas del campo jurídico, menos amenazados ahora en su posición social, se instala sobre la base de la nueva transparencia de la opacidad, paradoja que proviene del hecho de que la gran transparencia sugerida desde el siglo XVIII se basa para el derecho civil en una formación discursiva típicamente concéntrica.

Para analizar la nueva razón jurídica en marcha, hay que observar en primer lugar la descentralización general a escala regional y a continuación la transferencia de competencias en materia de derecho privado a las Comunidades autónomas. En el caso de que ya no queramos aceptar como tal la dimensión afectiva del discurso jurídico, no nos queda sino retomar el humanismo democrático y en particular la democratización a través de la atribución del poder legislativo a las nuevas unidades territoriales entendiéndolo como un acto de apertura que se sitúa bajo el signo de la participación real, como un inicio al fin abierto de las interacciones, si es que nos fiamos de las apariencias. Esto se verifica seguramente menos por la pluralidad de las así llamadas fuentes del derecho que por el hecho de que el reconocimiento de las entidades regionales desencadena en el plano local la competición entre unas mayorías y unas minorías cambiantes, con un resultado incierto pero con un conocido beneficiario: el orden social jurídicamente renovado, en tanto que asentado por la experiencia. Al incardinar, por primera vez desde la dictadura franquista, las violentas oposiciones de la realidad dentro de un sistema de oposiciones relativamente discretas y que es canalizado y estimulado a la vez, se está construyendo una economía del orden en la medida en que todo orden no diferencial está seriamente cuestionado por el escalonamiento de la diversificación social. Es decir, se ponen en explotación unas vetas de información para mayor provecho de un orden que es más sólido cuanto más dinámico y, por tanto, cuanto mejor informado está. Y que tanto más

---

(115) Julián MARÍAS AGUILERA, *Elasticidad y enquistamiento*, en MARÍAS, *La España real*, Madrid, 1976, pág. 39.

fácilmente obtiene su reconocimiento cuando se le considera como un suministrador de datos o experiencias virtuales. Si resulta inacabado no es sino porque la «nueva máquina política» o, lo que viene a ser lo mismo para Alfonso Guerra, la «máquina democrática», se establece, una vez transfigurada como un campo de disputas democráticas que procede de unas luchas sociales reales, disponiendo entonces de una flexibilidad y de una fuerza de agitación desconocidas cuando reinaba un orden directo, unidimensional y de signo dictatorial. De aquí la esperanza de Díez-Picazo, cuando pronosticaba en 1973 la llegada del cambio tan esperado para el momento en que una cooperación generalizada concurriera al reajuste perpetuo de la vida jurídica (116). Desde este punto de vista de la explotación de la heterogeneidad social, los proyectos para la reorganización de la España franquista difieren muy poco, al menos si se presta atención a los protagonistas más cercanos de la democracia constitucional de 1978. Tanto si se piensa en la «sociedad realmente democrática» como en una «organización real de las fuerzas y elementos de la producción» destinada a orientar el «desarrollo industrial y tecnológico» (E. Díaz), como si se adhiere a la utopía de una sociedad de mercado y sin clases basada en un «pacto social» (Fraga Iribarne) o se vincula la actualidad de la Constitución de 1978 a la movilización de las fuerzas políticas (partidos, sindicatos, etc.) como representantes de la «voluntad popular» (Sánchez Agesta) (117), todo progreso va a depender siempre del funcionamiento político, o sea, de la organización democrática de un orden jurídico experimentado.

Desde el punto de vista de la orquestación diferencial, el concepto de región autónoma constituye sin duda una baza maestra. Allí donde el «Derecho es la experiencia vivida», como decía uno de los miembros del Tribunal Constitucional (118), el reparto de competencias entre el Estado central y las Comunidades autónomas supone optar por un proceso de homogeneización difícil, lento y, por esto mismo, rico en experiencias: no es sino la elección de la integración del conflicto como el mejor modo de informarlo, tanto más cuando no sólo se trata de competencias exclusivas sino también de competencias concurrentes, que tienen que ser a fin de cuentas delimitadas por la propia legislación regional (119). La importancia de esta cuestión la hace objeto de disputas, tanto en el Congreso como en el Senado, a propósito del grado de racionalidad que es necesario para alcanzar ese nivel en el que la palabra se hace norma y sobre la necesidad de dar preferencia a una regionalización conceptualmente flexible, opuesta a todo cartesianismo jurídico y a favor de un sistema que se hace a sí mismo cada vez más coherente y se estabiliza a su medida en virtud del «juego

---

(116) GUERRA, *Perspectivas* (N. 34), pág. 6; Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), págs. 307-308.

(117) DÍAZ, *Estado* (N. 62), págs. 143-145; FRAGA IRIBARNE, *Crisis económica y pacto social* (N. 57), págs. 180-181; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 18-19.

(118) Díez-PICAZO, *Experiencias* (N. 7), pág. 307.

(119) Cfr. SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), pág. 375.

de la propia experiencia autonómica» (Solé Tura) (120). Por lo demás, el carácter plurinacional del nuevo Estado español no es impuesto de una vez por todas. Bien al contrario, en lugar de instituir de un plumazo, por ejemplo, una federación de regiones reconocida como tal, esta alternativa queda prohibida. El nuevo modelo de pensamiento jurídico opera precavidamente, porque deja la iniciativa para constituirse en Comunidad Autónoma a las propias instituciones regionales interesadas (parlamentos regionales, ayuntamientos, etc.) (121). Desde el momento en que se está objetivamente obligado a aprovechar su saber específico, dado que éste no viene proporcionado por un régimen autoritario falto de información y por principio desconectado, sobre todo en su período de decadencia, es su experiencia vivida la que decide si la evolución hacia una sociedad con instancias políticas intermediarias y bajo una dirección descentralizada tiene que ser acelerada o frenada. Cualquier otro comportamiento hubiera violado las reglas sobre la eficiencia económica de todo acto de dominación, dado que la reconocida competencia de los detentadores del monopolio jurídico-simbólico y la legitimación jurídica de las relaciones sociales dependen de la colaboración disimulada, pero a pesar de esto estrecha, entre los dominados y una de las fracciones dominadas de los dominadores; es decir, entre los monopolistas del campo jurídico y los dominados *tout court*. En lugar de un abrupto desencadenamiento o de una reglamentación material detallada, las futuras Comunidades autónomas han podido, en los años siguientes a 1978, elegir entre tres formas de autonomías más o menos reducidas. Cuenta hecha de que, para mejor sublimar las diferenciaciones reales, el establecimiento de las regiones autónomas es concebido como una trayectoria temporalmente diferenciada, como un sistema de autonomías que se constituyen progresivamente, como un «proceso de maduración y reflexión» (Sánchez Agesta) (122).

Otros ejemplos no faltan, a condición de que se abandone esa pers-

(120) Ver la confrontación entre los partidarios de la lógica jurídica tradicional (Villar Arregui) y los protagonistas del realismo (González Seara) durante la sesión del 12 de septiembre de 1978, en el seno de la comisión constitucional del Senado, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, páginas 3992-3993; cfr. también Solé Tura ante el Congreso, el 19 de julio de 1978) (ibídem, II, pág. 2448).

(121) Cfr. los artículos 143, 145 de la Constitución.

(122) Cfr. especialmente el artículo 148.2 de la Constitución; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), pág. 373.

(123) Cfr., por ejemplo, Joaquín TOMÁS VILLARROYA, *Las fuentes del Derecho en las Comunidades autónomas*, en Dirección general de lo contencioso del Estado (ed.), *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, págs. 163; Juan Luis CASTRO SOMOZA, *Las leyes de las Comunidades autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y de 1978*, ibídem, pág. 491; Luis Díez-PICAZO, *Constitución y fuentes del Derecho*, ibídem, pág. 658; SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 378-379; José CERDÁ GIMENO, *Baleares ante el artículo 149.1-8.º de la Constitución*, en *Revista de Derecho privado*, 1982, págs. 787 ss. (790, 793); Bartolomé CLAVERO, *Los fueros en la España contemporánea: De la reacción antiliberal al federalismo vergonzante*, en CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, pág. 16.

pectiva que no percibe más que el desorden allí donde se trata de comprender la lógica social de un nuevo orden informal. Así, la concepción de las competencias —círculo vicioso de remisiones recíprocas para unos (123), lugar predilecto para desarrollar sus propias posiciones, para otros (124)— no es de hecho otra cosa sino un derecho de crisis tras unos períodos de crisis del derecho. Este arreglo de competencias es estructuralmente comparable a la ambigüedad semántica del régimen económico postconstitucional, que oscila entre la economía de mercado y la economía planificada socialista, las dos teóricamente incompatibles. De la misma forma que el ambivalente proyecto sobre la economía española sirve objetivamente para franquear barreras —más concretamente: para superar la crisis económica (125)—, una cierta falta de claridad, por no hablar de confusión, en la atribución de competencias no puede sino suscitar los esfuerzos de los profesionales del orden. Sin excepción, es el orden jurídico —su modernización estratégica— el que se aprovecha. En virtud de una tal complicación conceptual, va a ser de nuevo aceptado hasta por sus víctimas, porque éstas, desprovistas del capital cultural necesario carecen especialmente de puntos de orientación en un momento de terrible complejidad social, complejidad que es favorecida además por un derecho cada vez más sublime. Más pronto o más tarde acompañado, incluso en España, por el abandono de las formas contractuales, fenómeno conocido en Estados Unidos desde los años sesenta, esta regionalización «abierta» —oficialmente concebida como la formación de grandes espacios económicos (126)— va de la mano de la dinamización de la economía, a la que ayuda esa política económica ambigua de la Constitución de 1978. Una comparación así se justifica por el hecho de que, en general, la competencia de los planificadores de un orden está en función de la flexibilidad de sus modelos, y la legitimidad de éstos viene a su vez dada por su capacidad para dar una respuesta adecuada a las nuevas exigencias, caracterizadas en este caso por un dinamismo nunca visto. El mismo Tribunal Constitucional ha sido quien ha confirmado últimamente esta interpretación que proponemos. Nos estamos refiriendo a la ya citada sentencia sobre la regulación del proceso de descentralización. Para el alto tribunal, no hay ninguna duda: en un sistema democrático, el rigor del orden jurídico debe necesariamente dar prioridad al juego de las fuerzas político-sociales, siendo así por lo que toda intervención estatal destinada a limitar este juego imprevisible exige al menos la autorización explícita de la Constitución (127).

Tal y como hemos ya observado en diferentes lugares, aunque fuera de formas distintas, el que la regionalización conlleve una cierta inestabilidad conceptual y temporal no significa tampoco en este caso que

---

(124) Ver la discusión del artículo 143.3 de la Constitución, contenida en ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 166-168.

(125) Cfr. GARCÍA COTARELO, *Régimen económico-social* (N. 71), págs. 77-81.

(126) FRAGA IRIBARNE ante el Congreso, el 19 de julio de 1978, en *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), II, pág. 2412.

(127) Cfr. la Sentencia de 5 de agosto de 1983.

la univocidad del discurso jurídico quede en el aire por razón de una modernización efectuada a cualquier precio. El arte de la reorganización territorial es un arte del equilibrio. Se refleja en la fraseología reformista de la «compatible autonomía» y de las «bases flexibles de autonomía bien integrada», por no citar más que a Fraga Iribarne (128). Este equilibrio ni se identifica con una relación justa cualquiera ni es sinónimo de un equilibrio estable. La física nos permite distinguir que se trata más bien de un equilibrio inestable, de un sistema donde los cuerpos, desalojados de sus posiciones, se equilibran en posiciones distintas; de un equilibrio, pues, dinámico, donde la ejecución de los procesos enfrentados deja inalterado al sistema, siempre y cuando la velocidad no varíe en exceso. De aquí que la orquestación en forma de regionalización de los diferentes terrenos de juego consista esencialmente en estimular el cambio sin exponerse al caos. Nada más significativo al respecto que el rechazo del separatismo o de una España federal, por ser dos formas que se asocian inmediatamente con las guerras civiles y con el desorden de la Primera República. Correr el riesgo de nuevas experiencias no quiere decir que haya que poner en peligro la indivisible unidad nacional (art. 2 de la Constitución). Y lo que es el Estado unitario: desde el punto de vista del reparto territorial de competencias en general, no es sino la «unitat de l'ordenament civil» o el «conjunt ordenament civil espanyol» de los más ardientes defensores del derecho catalán (129): ese límite último más allá del cual la política simbólica de reterritorialización no tiene ya derecho para actuar. Una segunda garantía conceptual viene dada por la obligada solidaridad entre las regiones que la Constitución impone. La cual está además reforzada por el derecho del Estado central a intervenir en el caso de que el desequilibrio económico entre las regiones se haga insostenible, es decir, peligroso (130). Lo mismo cabe decir de la instauración del derecho estatal como un derecho supletorio, en virtud del privilegio del Estado a la hora de determinar las fuentes del derecho o para llamar al orden constitucional a las Comunidades autónomas (131). Pero, por otro lado, como los «Estatutos» —leves fundamentales de las regiones autonómicas— no constituyen sino explicitaciones específicas de la Constitución de 1978, la conceptualización del control de la regionalización es correlativa a la textura misma del concepto de regionalización, a la vista de conceptos tan abiertos como el de la solidaridad interregional o el del equilibrio económico. Sin excepciones, la orquestación territorial, ella misma estructurada objetivamente en función de los enfrentamientos que tienen lugar dentro del específico campo de fuerzas afectado, se estructura a su vez como una concertación diferencial, importando muy poco si a primera vista se piense todavía en ponerla en relación con el centralismo de antaño: la creciente diferenciación social impide actuar de otro modo.

(128) FRAGA IRIBARNE, *Crisis* (N. 9), págs. 41-42, 44.

(129) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 148-149.

(130) Cfr. los artículos 2, 131.1 y 138.2 de la Constitución.

(131) Cfr. el artículo 149.1-8.º y 3, así como el artículo 155 de la Constitución.

Finalmente, la reterritorialización del derecho privado obedece a la misma lógica. Conviene observar en primer lugar que, al menos a partir de 1978, el antiguo modelo jerárquico desaparece para dejar paso a una estructura organizada de otra manera. Ahora los *Derechos forales* ya no gravitan más alrededor del derecho subsidiario del *Código civil*. Hagamos mención a tres de los signos característicos de este nuevo modelo de la no-subordinación, para explicarlos a continuación en su conjunto. En primer lugar, mientras que las Constituciones del siglo XIX insisten en la unificación del ordenamiento jurídico civil español, la Constitución de 1978 renuncia explícitamente a semejante objetivo, según al menos la opinión doctrinal dominante (132). En segundo lugar, y al margen de que el artículo 149 de la Constitución aluda *expressis verbis* a las Comunidades autónomas dotadas de «derechos forales y especiales», no hay duda de que el concepto de derecho «foral» como principio de organización en el siglo de la codificación unitaria ha sido reemplazado por el concepto de los derechos civiles que emanan de las Comunidades autónomas y del Estado español (133). Pues, en tercer lugar, la Constitución de 1978, inversión simbólica objetivada, simboliza la idea abstracta de la igualdad de unos agentes históricos en realidad desiguales, a través de un sistema de derecho civil de naturaleza no-concéntrica, no-jerárquica, igualitarista. Así pues, fin de la aplicación directa o subsidiaria del Código civil en las zonas de derecho «foral» y comienzo de una orientación a través de un sistema normativo de carácter concurrencial. El cual viene determinado por la Constitución en virtud de dos criterios interdependientes que dan vida a la estructura conceptual del nuevo derecho civil en vías de transformación. Nos estamos refiriendo a una combinatoria de factores competenciales y territoriales: sintomático arreglo del derecho civil estatal y también del derecho privado regional, pese a las reticencias de las Comunidades autónomas, pues solamente algunas, como Cataluña, lo han asumido hasta ahora (134).

Por estas razones, y dado que todas las prácticas no dejan de seguir una lógica económica, incluso aquellas pretendidamente culturales —en este caso, exclusivamente jurídicas—, estamos impelidos a plantear la siguiente hipótesis: desde el punto de vista económico, las interven-

(132) Para la perspectiva del siglo XIX español, ver Johannes-Michael SCHOLZ, *Spanische Privatrechtsgesetzgebung des 19. Jahrhunderts*, en Helmut COING (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, III, 1, München, 1982, sobre todo págs. 475 ss., 486 ss.; Rodrigo BERCOVITZ y RODRÍGUEZ-CANO, *Las competencias de las Comunidades autónomas en materia de Derecho civil*, en Herri Arduralaritzaren Euskal Erakuneda/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.), *Primer Congreso de Derecho Vasco. La actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983, págs. 73 ss. (4.2).

(133) Ver en especial el art. 5 de la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 que autoriza al gobierno español para redactar un Código civil, en *Gaceta de Madrid* del 22 de mayo de 1888.

(134) Cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 160; en cuanto a Cataluña, cfr. *Compilaciones forales y leyes civiles de las comunidades autónomas*, I. *Legislación general. Cataluña* (eds.: Joan EGEA FERNÁNDEZ/Encarna ROCA TRÍAS), Madrid, 1983, prólogo (pág. 18).

ciones en favor de la competencia de los mantenedores del orden legítimo de una España a la altura de su época resultan ser también inversiones bien colocadas. Si todas las prácticas tienden a maximizar el capital invertido, razón por la cual el inversor no deja al azar detalle alguno, con más razón los organizadores profesionales del orden social tienen que estar interesados en la elección de los instrumentos más adecuados y el modo de proceder más ventajoso a la hora de reconquistar su monopolio mediante la reorganización de la legitimación de un orden que se impone de modo convencional o arbitrario. A lo largo de este análisis ya nos hemos referido a estas opciones modalizadas económicamente, especialmente a la elección más propicia del punto de partida. Evoquemos simplemente el final de la primera parte de nuestro análisis, donde se pone en relación la cada vez más creciente complejidad social con el ocaso de la organización concéntrica del derecho civil, fenómeno del que la Compilación de derecho civil de Navarra proporcionaba una significativa pista, por el hecho de que pronto fue continuada por unos insólitos esfuerzos en favor de un derecho civil español no-concéntrico. De momento, baste recordar que estas reformas, que son negaciones constructivas que desembocan en la territorialización constitucional del orden jurídico civil, se inscriben de un modo muy racional, en tanto que económico, precisamente en una cultura jurídica que en sí misma procede desde el siglo XIX según un reducido número de principios y en virtud de una combinatoria discursiva extremadamente sencilla, pero orientada en sentido contrario. Condicionada por la economía de los modos de dominación y por la estructura histórica dada, la sabiduría práctica logra sustituir un estadio jerárquico ya superado por un estadio de intercomunicación jurídica de carácter no jerárquico. De este modo, las reinversiones simbólicas podían aprovecharse hasta cierto punto de las inversiones efectuadas, teniendo en cuenta que la competencia profesional reasumida y la legitimidad social reconquistada se basan en una sencilla maniobra de inversión que sin embargo pone, exceptuada esta misma inversión, a todo el canon heredado de figuras jurídicas plenamente al servicio de un nuevo orden jurídico civil de naturaleza diversificada.

La insistencia en la reorganización discursiva del derecho civil participa especialmente de esta misma razón jurídica de origen económico. A este respecto, señalemos el lugar que juega el derecho privado en la economía de la reorganización social a partir del Antiguo Régimen. Abstracción hecha de una conceptualización del derecho privado como centro de todo orden jurídico, sistematizada principalmente por la doctrina alemana (G. Hugo, Savigny), hagamos referencia una vez más, para el caso de la España del siglo XIX, a Durán y Bas. Para él, como parte de que toda transformación social se refleja en la legislación civil, cualquier cambio conceptual en materia de derecho civil suscita mutaciones sociales (135). Parece que la Constitución de 1978

---

(135) Manuel DURÁN Y BAS, *El Derecho en las legislaciones civiles del siglo XIX*. Discurso inaugural leído en la sesión pública (de la Academia de Jurisprudencia y Legislación), celebrada el 26 de diciembre de 1869, en DURÁN Y BAS,

no ha podido escapar a semejante reduccionismo, lo que resulta, por otro lado, poco sorprendente si tenemos en cuenta que la ciencia jurídica española de los años setenta estuvo obsesionada por la idea de una relación directa entre el derecho civil, la unidad del ordenamiento jurídico y una organización social estable (136). Incluso hoy en día los comentadores del artículo 149 de la Constitución no dejan de subrayar hasta qué punto estamos obligados a ampliar el concepto de legislación civil allí definido. Para acrecentar el capital simbólico invertido, no deja de insistirse en el hecho de que no sólo las prescripciones del Código civil sino también cualquier tipo de reglamentación jurídica participan de las relaciones humanas, dado que las reglas implicadas se basan en la igualdad formal de aquellos que toman parte activa en la reproducción social (137).

Esta consideración de los principios generadores permite sopesar también ese recurso a la distribución de competencias legislativas, tal y como se expresa, para el derecho civil especialmente, en el artículo 149 tantas veces citado. Frente al paradigma de la ley de los últimos dos siglos, cualquier reorganización económica de la formación discursiva establecida se ve obligada en el caso español a disponer el nuevo sistema de derechos civiles territorializados en virtud de una redistribución de las *potestates normandi*. Salvo que se quiera poner en peligro la concepción maestra del discurso jurídico moderno, la reterritorialización del orden jurídico civil debe conducir inevitablemente a la distribución diferencial de los poderes legislativos. Sólo esta operación, que consiste en el reparto de las competencias para legislar sobre los derechos civiles territorialmente distintos, puede superar las contradicciones de la segunda mitad del siglo pasado —cuando el reconocimiento de los *derechos forales* obstaculizaba la autoridad del Estado central para definir de forma plena el derecho positivo en vigor (138)—, problema casi insoluble, como veremos a continuación.

Semejantes experiencias históricas obligan a mencionar de nuevo a los derechos tradicionales de España. Así, la invocación de los derechos llamados «forales» y su conservación en el marco del artículo 149 ya citado. Desde un punto de vista económico, ni la misma modernización del ordenamiento jurídico en el seno de un país a la busca del tiempo perdido puede prescindir de un plumazo del antiguo orden, tan divergente territorialmente como el nuevo sistema. Desde

---

*El Derecho en el siglo XIX*, Barcelona, 1875, págs. 47 ss. (54, 83); DURÁN Y BAS, *La Codificación*, en *Escritos de Manuel Durán y Bas...*, con una introducción de... Luciano RIBERA, I: *Estudios jurídicos*, Barcelona, 1888, págs. 271-346 (271: «La organización social de un pueblo se encuentra reflejada en las leyes civiles, o lo que es lo mismo en el derecho privado...»).

(136) Cfr., por ejemplo, PASCUAL QUINTANA, *Encrucijada* (N. 6), págs. 446-447, 451; Enrique RUIZ VADILLO, *La Constitución española y el Derecho civil*, en *Revista de Derecho privado*, 63 (1979), 233 ss. (235-236).

(137) Cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 141-142; BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, *Competencias* (N. 132), 1.

(138) Cfr. Bartolomé CLAVERO, *Historia jurídica y código político: los Derechos forales y la Constitución*, en CLAVERO, *El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea*, Madrid, 1982, págs. 27-29.

un punto de vista estratégico, no había mucha elección en un momento de renacimiento de las culturas regionales. Sin volver a conectar los derechos privados de la Constitución con los despojos que proceden del fondo de la Historia, el proyecto de elaborar un proyecto civil progresista estaba de antemano condenado al fracaso. En aras de la homogeneidad del futuro discurso jurídico o, con más precisión, en virtud de una verdadera racionalización económica de la competencia de los monopolistas del futuro orden jurídico legítimo, el orden jurídico civil existente no debía correr con el coste de la actualización. De modo comparable al legislador de fines del siglo XIX, enormemente interesado en conservar las buenas relaciones con el *ius commune*, aunque no fuera más que para evitar las lagunas del propio sistema jurídico (139), la orquestación diferencial de 1978 se muestra muy preocupada por la protección de los «derechos históricos de los territorios forales» (140). Como veremos más tarde, la continuidad, entendida como experiencia vivida, constituye uno de los mejores garantes de la identidad social y, por tanto, de la legitimidad de las relaciones sociales en vías de estabilización, gracias a un nuevo orden jurídico civil económicamente concebido, precisamente porque respeta los ordenamientos jurídicos históricos.

Encontramos la misma racionalidad económica en lo que hace referencia al ritmo de la reterritorialización del derecho privado concéntrico. A este respecto, no queremos acudir de inmediato a la Constitución de 1931. A pesar de que sus artículos 15 y 16 se corresponden casi palabra por palabra con la revaloración del derecho regional del artículo 149 de la Constitución de 1978, apenas hay que considerarlos como su precedente más inmediato, tal y como lo dejan caer ahora algunos juristas demócratas (141), interesados en volver a enlazar, cueste lo que cueste, con las tradiciones republicanas para distanciarse tanto más señaladamente del régimen franquista. Una legitimación semejante del nuevo orden debe ser apuntada, pero no especialmente destacada. En revancha, parece necesario derribar el mito de la originalidad de la Constitución para poder comprender hasta qué punto la territorialización del orden jurídico civil va unida a la crisis provocada por el *take off* de los años sesenta, y cómo la reorganización territorial del derecho privado se lleva lentamente adelante, al ritmo de una crisis general que es al mismo tiempo una crisis del campo jurídico, de su producción y de sus productores. Cuanto más nos aferramos a la ilusión de la ruptura, menos lograremos calibrar el hecho de que esta territorialización

(139) Cfr. «Proyecto de ley facultando al gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen, presentado al Senado por el Ministro de Gracia y Justicia Sr. D. Francisco Silvela», de 7 de enero de 1885, en *Diario de Sesiones, Senado, Madrid, 1885*, «Apéndice» a la Sesión de 12 de enero de 1885 (núm. 54), págs. 3-4.

(140) Cfr. Disposición adicional primera de la Constitución.

(141) Ver, por ejemplo, CASTRO SOMOZA, *Las leyes de las Comunidades autónomas en las Constituciones españolas de 1931 y 1978* (N. 132), pág. 491; Jesús DELGADO ECHIVERRÍA, *Los derechos civiles forales en la Constitución*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 78 (1979), 643-667. (645-647).

no sólo es en buena parte un asunto de antes de 1978 —del franquismo agonizante, por tanto— sino, sobre todo, el buen resultado de un proceso lento y de una duración superior a la que se sugiere en los trabajos preparatorios de la Constitución de 1978. Los especialistas del derecho civil lo saben desde hace tiempo (142), a pesar que sus métodos ahistóricos tropiezan con el hecho de que la nueva Constitución es contraria a pensar la continuidad histórica: el abandono explícito del orden concéntrico en materia de derecho privado data del año 1974, exactamente de la reformulación del Título Preliminar del Código civil español y sobre todo del nuevo artículo 13. Se corresponde con aquellos preceptos que determinan «el ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles *coexistentes* (J.-M. S.) en el territorio nacional» y además renuncia implícitamente al objetivo del antiguo artículo 12 del Código civil, es decir, a cualquier unificación del derecho privado en detrimento del *Derecho foral*. Lo que importa destacar aquí es que no se trata ni mucho menos de «una pura reforma *elegantias iuris*», como la califica Díez-Picazo (143), sino de una reacción contra la disgregación social y la simultánea constitución de nuevos terrenos políticos, entonces difícilmente discernibles para los monopolistas del campo jurídico puestos en entredicho. En contra de lo que cabría pensar, la aplicación de fuerzas extraordinarias a una cuestión tan teórica es, de hecho, una práctica extremadamente práctica. Reorquestar el corpus de normas en su conjunto, en una época de transformaciones sociales desordenadas, da fe, incluso más que de una gran astucia práctica de naturaleza política, del hecho de que la concertación diferencial de 1974 se apoya en largas discusiones que se remontan a los años 1962 y 1966. Tratándose como se trata de un primer paso, de una tentativa probablemente precipitada, no resulta sorprendente que fracase el proyecto gubernamental que en aquel momento intentaba modificar la relación de los *Derechos forales* con un *Código civil* predominante. Por contra, es el Tribunal Supremo quien abre una brecha en este sentido. Abandona de una manera relativamente discreta una jurisprudencia reiterada colocando al Código civil, al *Derecho común*, en el mismo plano que el derecho catalán, a la sazón compilado desde 1960 (145). Los comentarios favorables de los juristas catalanistas no se hacen naturalmente esperar, sobre todo porque la sentencia del alto tribunal se fundaba esencialmente en los argumentos de Francesc F. Villavicencio i Arévalo, uno de los directores de la cátedra

(142) Cfr. Pedro de ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación de normas civiles en el sistema de fuentes de las Comunidades autónomas*, en Dirección General de lo Contencioso del Estado (ed.), *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, II, Madrid, 1979, págs. 749-750.

(143) Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema* (N. 39), I, pág. 86.

(144) Cfr. José María CASTÁN VÁZQUEZ, *La génesis de la reforma del Título preliminar del Código civil*, en *Revista de Derecho privado*, 1976, págs. 3 ss. (14 ss.); Enrique LALAGUNA, *Artículo 13*, en Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, I, Madrid, 1978, págs. 459 ss.

(145) Cfr. los extractos de la STS de 28 de junio de 1968, comentados por Luis PUIG FERRIOL en *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, VI: Año 1968, Barcelona 1970, págs. 119-149 (120-122, 124-125, 134-141).

«Duran i Bas» de la Facultad de Derecho de Barcelona. Teniendo en cuenta que el mismo Villavicencio logra además que se acepte por el segundo congreso jurídico catalán de 1971, su concepto de una España políticamente unitaria pero jurídicamente «plurilegislatiu», sin conocer pues ni subordinación ni dependencia directa, su victoria ante el Tribunal Supremo de Justicia marca una etapa en el camino hacia el definitivo abandono de un Código civil centralista y dominante sobre los otros derechos regionales (146). Se trata ciertamente de uno de los signos más elocuentes de la territorialización del orden jurídico civil: un cambio de semejante envergadura no podía resolverse mediante una mutación repentina. Lo que equivale a decir, para concluir, que sabiamente se conseguía dosificar a lo largo de los quince años anteriores a 1978 las inversiones y las innovaciones resultantes. Sometidos a las reglas de la racionalidad económica de toda práctica simbólica que se apresta a afrontar las exigencias sociales, es decir, a restablecer en provecho de los dominadores las relaciones de dominación, no había necesidad de disponer de un proyecto previo que determinase el ritmo de los procedimientos requeridos, de la misma forma que no se dependía, a fin de cuentas, de una decisión del legislador. Justamente al contrario, la reorganización territorial del discurso jurídico responde a unas reinversiones bien ajustadas, según una estrategia objetiva que sabe aprovechar tanto el momento apropiado como el lugar oportuno para hacer progresar aquello que únicamente más tarde será reconocido como inevitable.

Pero como no resulta posible analizar históricamente las ubicaciones estratégicas de la territorialización del derecho civil sin tomar en consideración su dependencia de la racionalidad económica de las prácticas de dominación, no se puede tampoco uno dar cuenta del alcance histórico de un modelo elaborado de este modo, de su impacto sobre la reorganización del orden social español objetivamente exigido, sin constatar con todo detalle su carácter estratégico, flexible y dinámico (en una palabra: no-concéntrico). El primer indicio de este tipo de flexibilidad nos lo proporciona la distribución competencial misma, de la cual participa íntegramente el reparto de las competencias en materia de derecho privado, pues a fin de cuentas se trata de una competencia que queda indefinida, si tenemos en cuenta que las de las Comunidades autónomas no vienen limitadas en materia de derecho civil sino por las competencias explícitamente otorgadas al Estado (147). No nos corresponde a nosotros lamentar esta ausencia de precisión calificándola de «técnica varia y confusa», ni mucho menos intentar encontrar unas redefiniciones a la manera de Sánchez Agesta (148). Cuando él habla de «competencias compartidas» no hace sino intentar vanamente captar el proceso puesto en funcionamiento. Siendo la especial representación

(146) Cfr. Francesc VILLAVICENCIO I AREVALO, *Títol preliminar de la Compilació de Dret civil català*, en *Llibre del II Congrés jurídic català*, 1971, Barcelona, 1972, págs. 67-77; *Conclusions del II Congrés jurídic català*, ibídem, páginas 803.

(147) Arts. 149.1-8.º y sobre todo 149.3 de la Constitución.

(148) SÁNCHEZ AGESTA, *Sistema* (N. 9), págs. 372, 380-384.

de una nueva racionalidad jurídica de carácter diferencial, esta imprecisión aparente tampoco se deja teorizar desde las doctrinas francesa, italiana y alemana sobre las leyes-marco, lo que se explica por el hecho, desconocido para Sánchez Agesta, de que procede, al menos en parte, de una época comparativamente prerracional. Lo que cuenta para nosotros es que incluso una racionalización posterior de este tipo no puede evitar reconocer que el reparto de competencias obliga siempre al compromiso y nunca a la previa imposición, y que las Comunidades autónomas están autorizadas para reivindicar, cuando llegue el momento, todas aquellas materias que no están previamente fijadas en la Constitución, y a pesar de que en su día constituyan un problema social de primera necesidad. Sin conocer la subordinación ni la intersección, tal y como dice Encarna Roca sirviéndose de la teoría de conjuntos (149), este sistema abierto autoriza a las Comunidades autónomas a estatuir que ellas son las dueñas de la conservación, la modificación y el desarrollo de su propio derecho civil. Además de Cataluña, Aragón, Galicia y la Comunidad valenciana han hecho uso de esta autorización del artículo 149. A medida en que han asumido su cometido constitucional, estas regiones han empezado a fundar, en el doble sentido de la palabra, un orden jurídico civil en base a la utopía democrática de la sociedad abierta. En este conjunto territorial de subconjuntos territoriales, la dinámica de uno no coincide forzosamente con la de otro, a menos que ambos se hagan la competencia. Ausente un objetivo común detallado en extremo y dado que el nuevo modelo propugna que la experiencia acumulada por el Estado o por una de las regiones pueda servir a otra sin perjuicio de sus propias iniciativas, el derecho civil postconstitucional tiende, en resumidas cuentas y en relación con la sociedad española en vías de modernización, hacia un modelo de orden sistémico que proceda a la integración social en la medida en que logre hacer creer que ningún otro modelo —especialmente un sistema concéntrico— está en condiciones de coordinar mejor las actividades y, por consiguiente, los conflictos sociales más divergentes. Este medio de intercomunicación se distinguirá del antiguo orden concéntrico a medida que las Comunidades autónomas se pongan a organizar las relaciones sociales en detalle, reformándolas para conseguir legitimarlas al mismo tiempo. De este modo, la dinamización exigida se concretará de una manera específica, en virtud de una pluralidad de derechos privados españoles en «cambio permanente». El modelo en su conjunto, esta multiplicidad de esquemas discursivos, se impondrá tanto más fácilmente cuanto que viene asegurado a la vez por una Constitución abierta y por un Tribunal constitucional que asume el mando estratégico.

La misma autorización para desarrollar el derecho propio constituye la *sedes materiae* de la diferenciación constitucional del derecho civil español. No resulta entonces sorprendente que la discusión actual gire en torno a ese párrafo del artículo 149, consolidado además por el anuncio de la actualización de los «derechos históricos de los territorios forales» (Disposición adicional primera de la Constitución). Para

---

(149) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 129, 160.

demostrar cómo el modelo postconstitucional se esfuerza por conseguir un sistema contrastado de derechos que responda a la previa diferenciación territorial, basta con traer a colación la controversia sobre la autorización de las Comunidades autónomas para ir más allá de las Compilaciones de Derecho foral tal y como fueron formuladas entre 1959 (País Vasco) y 1973 (Navarra). Mientras que Delgado Echeverría se refiere rápidamente al «Derecho foral posible» y Roca defiende con él la dinamización *in extremis*, Elizalde y Aymerich no teme sino el caos y Lasarte se apoya en la Constitución para oponerse a las reformas regionales que vayan más allá de las materias clásicas del Derecho foral, como el derecho de familia y la reglamentación de las sucesiones (150). En el fondo, lo que se está discutiendo es el derecho patrimonial, la forma de la propiedad, del contrato, de las sociedades, etcétera. En una palabra: la zona central de aquello que se ha venido en llamar el derecho burgués. Al referirse a las condiciones socio-económicas como principio generador de estos conceptos clave, esta última perspectiva, centralista y por tanto tradicional pese a todo progresismo verbal, va en contra de la verdadera adaptación histórica constitucionalmente garantizada, teniendo en cuenta que la división del trabajo exige antes que nada la revisión de la estructura jurídica del orden actual, y en especial la del derecho privado, desde el momento en que la sociedad española se encuentra en plena transformación, suscitada por el *take off* económico posterior a 1960. Por oposición a este punto de vista ahistórico, los protagonistas del nuevo orden, los Delgado Echeverría, Roca o Puig i Salellas, aconsejan no detenerse ante estos dominios teóricamente tabúes. En su opinión, un derecho catalán potencial, por ejemplo, puede comprender tanto aquellas materias que con carácter general se consideran integrantes del derecho catalán como aquellas otras —como el derecho de obligaciones— sobre las que recae la competencia general del Estado central y respecto a las cuales el derecho civil *foral* disponía de instituciones particulares. Todo aquello que tiene que ser regulado en el plano regional tendría que serlo allí y no en otra parte, especialmente en aquellos grandes temas del futuro, como el urbanismo (151).

Por lo demás, y mientras el Tribunal Constitucional no lo limite, por temor a poner en peligro la univocidad del discurso jurídico en derecho privado, este programa regionalista que tan firmemente cree en el progreso social descansa también sobre otros elementos conceptuales. En su conjunto, presentan objetivamente a la territorialización constitucional del orden jurídico de derecho civil como una práctica simbólica destinada a acomodar paulatinamente el derecho en vigor —sea regional (derecho foral o especial) o suprarregional (Código ci-

(150) DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 655 ss.; ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 140 ss. (149); ELIZALDE Y AYMERICH, *Prelación* (N. 142), págs. 755-756; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), págs. 104-106, 154-156.

(151) Sobre la posición de Delgado Echeverría, Puig i Salellas y Roca, cfr. ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 137-139; por lo que se refiere al derecho de obligaciones, ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 660-661.

vil)— a las circunstancias y a los valores reconocidos por la generalidad y, por tanto, a unos antagonismos sociales que tienen que ser ordenados de forma legítima o, lo que es lo mismo, adecuadamente. Antes que nada estamos pensando en los titubeos sobre las propias competencias. Aun cuando esta competencia de las Comunidades autónomas sólo viene limitada por la existencia —¿histórica o actual? (152)— de un derecho civil particular, se está dando pie para usurparla de una manera o de otra. El caso de Valencia no es sino el primer ejemplo, si tenemos en cuenta que esta región se atribuye la competencia de reprimar su derecho inexistente desde 1707, desde la abolición por tanto de los *Fueros valencianos* por Felipe V (153). Más aún, a pesar de que la Constitución, por temor a perjudicar al poder constituyente, no otorga a todas las Comunidades autónomas la facultad de legislar en materia civil, al contrario de la primera versión de la nueva Constitución española (154), no termina de dejarnos perplejos el hecho de que de ahora en adelante tendrá que ser el ingenio de los historiadores-juristas el que decida en buena parte sobre cuáles van a ser las regiones autorizadas para desarrollar su derecho histórico. La misma ambivalencia encontramos en relación con el término «desarrollo». Entendido como corresponde, no deja de tratarse de un lugar común, apto para hacerse cargo de cualquier problema de la modernización en marcha. No es pues sino la estrategia político-jurídica de los mantenedores profesionales del orden, la reflexión estratégica de los parlamentarios, de los jueces de los tribunales superiores, de los cuerpos de abogados y de universitarios la que definirá hasta qué punto será preciso transformar el orden jurídico según las exigencias del presente, particularmente por relación a la producción eficiente, a la circulación funcional y la distribución duradera de los capitales económicos, sociales y culturales. Llegado el momento, podemos asistir a todo tipo de procedimientos (leyes especiales, recompilaciones de normas compiladas no hace mucho, etc.), más aún cuando ni la forma ni el momento de tales cambios han sido fijados constitucionalmente. Lo mismo cabe decir, finalmente, de la apelación a la historia. Como hemos indicado ya, la movilización a toda costa de la experiencia histórica a través de esa autorización para modificar el derecho regional que se haya mantenido en el tiempo, significa sacar partido de las nuevas experiencias de la tradición jurídica, y enriquecer la racionalización de unas relaciones sociales actuales a duras penas determinables según el saber práctico de los juristas anteriores, los cuales a su vez resultan también enteramente indeterminables. Constituyen la mejor prueba los últimos es-

(152) Sobre las posibles interpretaciones, ver DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 653-654.

(153) Cfr. el art. 149.1-8.º (v.º allí donde existan) de la Constitución; artículo 31.2 del Estatuto de Valencia; en relación con la abolición del Derecho valenciano, cfr. las indicaciones contenidas en Antonio PÉREZ MARTÍN/Johannes-Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, 1978, págs. 255 ss.

(154) DELGADO ECHEVERRÍA, *Derechos civiles forales* (N. 141), págs. 647-648; LASARTE, *Autonomías* (N. 3), págs. 102-103.

fuerzos para reinventar la historia —de las instituciones del derecho catalán, por ejemplo— o por reeditar las *Constitutions y altres drets de Catalunya*, las *Siete Partidas* u otros clásicos. El llamamiento para iniciar la búsqueda del tesoro, de los datos, los modelos y los contra-modelos, fue, sin duda, perfectamente entendido. ¡Menudo provecho a la hora de legitimar un nuevo orden flexible si éste está oficialmente autorizado para presentarse como intemporal, como inscrito en la Historia, aunque se encuentre en camino de escribir otro capítulo más de la Historia no-lineal! Lo que explica la paradoja: cuanto más generalizada esté la apelación a la historia, menos vinculado estará el nuevo derecho regional de naturaleza estratégica a la suya propia. Se separará de ella para que la sociedad moderna, la «sociedad democrática avanzada», pueda constituirse. El primer comentario de la «Compilación reformada del derecho civil catalán (Llei 13/1984 de 20 de marzo) nos proporciona ya un ejemplo elocuente. Según Pablo Salvador, el derecho histórico, la argumentación histórica, debe ceder su puesto al derecho actual en la medida en que el «sistema jurídico contemporáneo» exige una interpretación del «derecho histórico ... desde el punto de vista del derecho actual». Para Salvador, no hay duda de que «el criterio histórico verá progresivamente limitada su función a medida de que el Parlament de Catalunya legisle sobre materias civiles o proceda a integrar en el ordenamiento catalán normas civiles de procedencia estatal» (155). La era postconstitucional tenderá a difuminar los *Derechos forales* en favor de la pluralidad de derechos civiles regionales y estatales. El futuro no conocerá ni el *Derecho foral* ni el *Derecho común*, porque tanto el uno como el otro serán colocados en el mismo plano, en virtud de su sometimiento a una Constitución que ya no dispone una organización concéntrica de los derechos históricos españoles. Tal exigencia provoca que, desde el punto de vista de la racionalización estratégica, automáticamente pierda vitalidad cualquier apelación a la «tradición jurídica catalana» (156), por no citar más que un ejemplo. De modo análogo a la teoría del derecho más sofisticada, que en este momento preconiza en Alemania la «reconstrucción racional» de la metodología jurídica tradicional, esta razón instrumental impide la constitución de una verdadera historia crítica del derecho, en provecho por supuesto de la protección y explotación de un capital jurídico-cultural inagotable, al servicio en última instancia del orden social legítimo de nuestros días (157).

Las regiones ya se han puesto a trabajar. Sobre el horizonte, el

(155) Ver el preámbulo del Estatuto de autonomía de Cataluña; Pablo SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña, Comentarios al nuevo artículo 1.º de la Compilación catalana*, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 83 (1984), 793-859 (813, 855, 856, 858-859).

(156) Art. 1.2 de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña de 1960.

(157) Ver el resumen de Hans-Joachim KOCH, *Die juristische Methode im Staatsrecht*, Frankfurt/M. 1977, págs. 15 ss. (17-20); para una visión más matizada, ver Maximilian HERBERGER, *Rechtswissenschaftsgeschichte - eine neue Disziplin?*, en *Rechtshistorisches Journal*, 3 (1984), 150-168 (162); Cfr. también mi crítica: SCHOLZ, *Eléments* (N. 1), I y II.

nuevo derecho civil perfila sus contornos, si bien todavía se anda con cuidado para mantener lo que se ha adquirido, dado que, por lo general, las técnicas aplicadas no van más allá de unos objetivos que han sido únicamente reformulados. Llevados por un afán de renovación, se exalta, por ejemplo, el futuro derecho catalán siguiendo la tradición del antiguo. No hay que olvidar, sin embargo, que estas inversiones retóricas colocan los primeros jalones de las «*noves normes adequadas*», destinadas a reorganizar la conducta individual en el seno de la familia catalana, así como el patrimonio familiar, de tal modo que contribuyan a «*configurar l'estructura de la Collectivitat*», teniendo como regla las «*necessitats noves*», en opinión de un notario catalán (158). A este fin, conviene hacer mención de la iniciativa del parlamento catalán del mes de abril de 1981. Alentado por una sentencia del Tribunal Constitucional que dispone que sea el legislador regional quien adapte el derecho particular a la Constitución (159), retoma las proposiciones de los diferentes grupos parlamentarios y nombra una comisión especial con el objetivo de modificar de modo sistemático y global la *Compilació del dret civil especial de Catalunya* de 1960. Finalmente, el nuevo derecho civil catalán, la «*Compilación reformada*» de la ley catalana 13/1984, de 20 de marzo, emana en forma de un «Derecho autonómico» que responde a los esfuerzos comunes del parlamento regional, la Generalitat, la Acadèmia de jurisprudència de Catalunya, la Audiencia Territorial de la misma región, las Facultades de Derecho de Barcelona y los colegios de abogados y de notarios catalanes. Sobre todo se trataba de constatar de esta forma hasta qué punto las normas de la *Compilación catalana* de 1960 son todavía compatibles con la Constitución de 1978, para después preparar la acomodación definitiva de la antigua *Compilación* a la nueva situación (160). Sin embargo, al margen de esta iniciativa y de una ley catalana de 3 de marzo de 1982 sobre fundaciones privadas, materia económicamente de primer orden y jurídicamente de gran importancia, y vista la insuficiencia de la reglamentación obsoleta del siglo XIX español y los atractivos modelos de los Estados Unidos (161), parece que, hasta hoy en día, ni Cataluña, laboratorio-tipo de la modernización a la escala de España, se encuentra objetivamente en condiciones de aprovechar al máximo las po-

---

(158) Josep CASAMITJANA I COSTA, *El Dret civil català: ara i vers el futur*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 81 (1982), 803 ss. (816).

(159) Sobre la inconstitucionalidad del art. 252.2-3.º de la *Compilación del Derecho civil especial de Cataluña* de 1960, ver la STC de 1 de junio de 1981.

(160) Encarna ROCA I TRIAS, *La reforma de la Compilación catalana*, en Herri-Ardulararitzaren Euskal Erakunenda/Instituto Vasco de Administración Pública (ed.), *Primer Congreso de Derecho vasco. La actualización del Derecho civil*, Oñati, 1983; sobre la elaboración de la «*Compilación reformada*», pero sobre todo sobre su nuevo artículo primero, «*pedra angular de la configuració normativa del dret privat català*», cfr. SALVADOR CODERCH, *El Derecho civil de Cataluña* (N. 155), passim.

(161) Sobre el texto, ver *Compilaciones forales y leyes civiles...*, 1. *Legislación general de Cataluña* (N. 134), págs. 317 ss.; cfr., además, JOSEP M. VILASECA I MARCET, *Entorn de la legislació catalana sobre fundacions privades*, en *Revista jurídica de Catalunya*, 82 (1983), 7-35.

sibilidades ofrecidas por el artículo 149. Es esta incapacidad técnica la que obliga a reservar las modificaciones más urgentes, pero que son también las más difíciles, para una segunda fase de las reformas. Oficialmente, se teme que una reforma precipitada pueda responder tal vez a los intereses de una de las fracciones relevantes, pero no al consenso de todas las fracciones dominantes. El estilo indeciso, repetitivo y recargado del artículo 1 de la nueva Compilación de derecho catalán constituye la mejor prueba. Al margen de que reconceptualice el mismo artículo de la antigua Compilación de 1960, más o menos se limita —y volvemos a lo mismo— a confeccionar unas simples listas de normas catalanas que han de tenerse hoy por anticonstitucionales a la vista, por ejemplo, de la garantía formal de la igualdad entre los sexos. Lo que con frecuencia se echa de menos es una política jurídica que vaya más allá de los métodos jurídicos tradicionales que tienen como único objetivo la interpretación de los textos establecidos. Frente a una necesaria orquestación jurídica, la hermenéutica de antaño se revela insuficiente. Aunque no nos corresponda a nosotros dar consejos: a la hora de diseñar la nueva geografía del derecho civil sería preciso mantener discusiones estratégicas para la reconducción de la política estratégica tal y como viene objetivada por la Constitución y por su Tribunal. Esta nueva política tomaría en consideración tanto las posiciones reconquistadas como las relaciones de competencia entre los productores de legitimidad en el seno de las relaciones de fuerza en general, pero, en primer lugar, el examen sociológico del derecho en vigor así como un balance crítico de sus medios de producción. Hasta que los instrumentos de la modernización no se hayan modernizado, la actualización simbólica de las relaciones sociales desiguales debe limitarse al recuento de los fallos de un sistema jurídico formalmente igualitario, como la desigualdad jurídica entre los cónyuges catalanes en relación con la administración de ciertos bienes o la desigualdad entre hijos legítimos y naturales (162). El nuevo jurista del estilo de Encarna Roca, Pablo Salvador o Jesús Delgado Echeverría sigue siendo una excepción. Ha comprendido que actualmente no es suficiente el concentrarse en la aplicación correcta de las normas establecidas. De ahora en adelante la competencia profesional del jurista, su «monopolio del conocimiento de las leyes y del poder social consiguiente», se deriva más bien de su capacidad para «comprender las raíces del orden constituido», para «encararse críticamente con él» y para «formular propuestas eficaces para su transformación emancipadora». En este punto, su conclusión corre pareja con la nuestra: «Sólo así se justifica la existencia de los juristas como grupo profesional diferenciado» (163).

(162) Cfr. los artículos 55 y 59, así como 170, 174, 175, 177, 179 de la Compilación catalana, en la edición de EGEA/ROCA (N. 134).

(163) Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, *La transformación del Derecho de familia y la formación del jurista*, en José Luis LACRUZ BERDEJO et alii, *El nuevo régimen de la familia*, I, Madrid, 1982, pág. 18; por lo que hace referencia a las reflexiones estratégicas de Salvador Coderch, especialmente a propósito de la técnica para la reorganización del Derecho catalán, ver Pablo SALVADOR CODERCH, *Interpretatio necessaria. Materiales para la construcción del Título Preliminar*, en

A pesar del desfase objetivo entre el proyecto constitucional por un lado y los medios para su realización, por otro, no cabe ninguna duda de que la territorialización constitucional del derecho civil realiza en suma una inversión de primer orden por comparación con cualquier género de capitales. Teniendo en cuenta que la sociedad española se encuentra lejos de la utopía constitucional, los juristas de los territorios de *Derecho foral* no estuvieron esta vez cegados por su patriotismo habitual cuando estimaron en 1981, con motivo de su reunión de Zaragoza, que la pluralidad de derechos privados constituía un «bien enriquecedor» (164). En efecto, esta diversidad de derechos civiles estatales y regionales permite pensar en el perfeccionamiento del derecho vigente. Pero también augura progresos económicos en virtud de unas mejoradas condiciones jurídicas, tanto más cuanto éstas están garantizadas por el nuevo Estado de derecho y sus instancias de armonización, desde el texto constitucional hasta la competencia estatal para determinar en materia de derecho civil las normas relativas a los conflictos entre los distintos ordenamientos jurídicos (165), pasando por el Tribunal Constitucional. En lo que hace referencia a la conceptualización, dado que el equilibrio establecido parece ser lo suficientemente flexible como para integrar las experiencias históricas divergentes sin obstaculizar aquellas innovaciones que responden a la concurrencia instituida, da la impresión de que es lo bastante estable como para garantizar de forma duradera los capitales jurídicos así acumulados, en beneficio de los capitales socio-económicos y de su reparto, a fin de cuentas desigual. Con la codición de que la diversificación social sea compensada con la periferización del derecho privado, la reterritorialización del derecho de los procesos económicos constituye a la postre un factor de modernización y de adaptación del orden económico-político. Desde el momento en que el análisis prospectivo de la política económica examina la crisis contemporánea de Occidente sin plantear exclusivamente la salida de la crisis económica en los términos tradicionales (preceptos keynesianos vs. principios liberales) o haciendo únicamente mención de las nuevas tecnologías, la visión de los economistas es de hecho conciliable con nuestras intenciones, a pesar de que nosotros nos detengamos en un caso específico, el de una España en crisis, y de que adoptemos de antemano una perspectiva histórico-jurídica, referida en este caso al fraccionamiento del derecho civil centralista. Desgraciadamente, y atrincherados en su visión de las cosas, descuidan con demasiada facilidad esta perspectiva cuando por encima de todo reivindican para salir de la crisis innovaciones socio-políticas, una respuesta adecuada en el plano político, un compromiso institucionaliza-

---

*Materials de las II jornades de dret catalá* (N. 89), págs. 37-134 (110-111, 112 ss.; discusión sobre las intenciones del Departament de Justicia de la Generalitat de Catalunya); y SALVADOR CODERCH, *La sucesión legítima y el sistema de las parentelas desde la perspectiva de la reforma del Derecho sucesorio*, en *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, I, Barcelona, 1982, páginas 147-173.

(164) Citado por ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 132, nota 18.

(165) Cfr. el art. 149.3 de la Constitución.

do. Sin embargo, las reorientaciones del campo jurídico español lo prueban: los padres de tales compromisos, que son organizativos, de su efectivo funcionamiento, desde hace mucho tiempo se han puesto ya manos a la obra para experimentar nuevas formas de regulación de unos fenómenos que en última instancia son económicos. Ya están domineando las rigideces institucionales bajo el influjo del cálculo de optimización, tal y como la nueva política económica lo exige todavía para una economía de mercado postindustrial (166).

Utilizándolos para su provecho, este sistema político experimentará de ahora en adelante unos nuevos modelos propuestos y elaborados no ya en el centro sino en la periferia, si se compara esta reorganización en ciernes con la organización concéntrica del derecho privado preconstitucional. Un derecho civil posible se aprovechará a la larga de la capacidad que toda instancia periférica tiene para aprender más rápido que cualquier instancia central y para adaptarse, por consiguiente, con más prontitud que ésta a los nuevos problemas. Observada más de cerca, la metáfora Centro-Periferia parece incluso demasiado pobre. O lo que es lo mismo, la territorialización del derecho de los particulares hace en realidad que el nuevo derecho privado se beneficie de las mismas reglas de competencia económica a las cuales obedece el mercado considerado, cuya legitimación última vendrá dada por el mismo derecho privado reterritorializado. Puesto de nuevo a competir, cada uno de esos órdenes jurídicos no subordinados, es decir, cada uno de los grupos de juristas situados en mutua competencia intentará hacerse valer proponiendo la mejor de las soluciones. Todo el sistema se encontrará así en una situación de cambio permanente. Sus protagonistas no dejarán de buscar el modelo más adecuado. Permanentemente descontentos con lo que tienen, andarán siempre en pos de los medios que les permitan imponerse sobre los demás. Y no sólo regiones tan dinámicas y desarrolladas como Cataluña pasarán por una fase en la que la evolución del derecho privado se encuentre a la orden del día. De la misma forma que otras regiones han seguido los pasos de la Cataluña autonómica por el camino de la descentralización, los monopolistas de los diferentes subespacios del derecho civil aguardarán una ocasión favorable para hacerlo mejor que sus competidores. Tenemos como ejemplo las observaciones críticas de Encarna Roca a propósito de la eventual inconstitucionalidad de algunas prohibiciones de adquirir o alienar contenidas en la Compilación catalana de 1960 (167). Una crítica de este tenor forzosamente obliga objetivamente a reaccionar en la medida de lo posible. Así los *foralistas* que siguen quejándose del último viraje del Tribunal Supremo o de la última intrusión de la legislación central —como en el caso de los retoques al derecho de familia en 1981 (168)— no mostrarán sino su incompreensión ante la flexibilidad,

(166) Para una visión de conjunto de esta nueva política económica, ver Robert BOYER/Jacques MISTRAL, *Le temps présent: la crise, I: D'une analyse historique à une vue prospective, II: Pesanteur et potentialité des années quatre-vingt*, en *Annales. Economies-sociétés-civilisations*, 38 (1983), 483-503 y 773-789.

(167) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 154-155.

(168) CERDÁ GIMENO, *Baleares* (N. 123) pág. 798.

el dinamismo y la nueva racionalidad del derecho privado postconstitucional. Y, consecuentemente, los que han sabido comprender no se han quedado ahí. Más bien aprovechan cualquier reforma del código civil para incitar a sus compañeros de lucha a la búsqueda del tiempo perdido. Incitados por el hecho de que, por ejemplo, el derecho catalán no se encuentra ya en una situación de inferioridad, insisten en su revisión inmediata para que los catalanes puedan también estar en posesión de los instrumentos jurídicos correspondientes a su actividad, tal y como «*nostra societat actual*» lo exige (169).

Pero no olvidemos que las inversiones efectuadas para lograr un orden mejor contribuyen al mismo tiempo a fundamentar un orden también más fuerte. La «estabilidad política» que Adolfo Suárez mencionaba cuando era Presidente del Gobierno, con motivo de la aprobación del proyecto de Constitución (170), y todo eso en detrimento de la ideología de la liberación de los *Derechos forales* bajo el yugo del derecho civil centralizado. Para entender el éxito y la fuerza del nuevo modelo, no podemos contentarnos con la constatación de que, de ahora en adelante, los distintos órdenes jurídicos escaparán a la influencia directa de un orden superior, salvando algunas excepciones. Interesa ir más allá examinando el significado que para la organización social o para la economía de poder tiene el hecho de que toda reforma postconstitucional de uno de los subconjuntos afectados repercute sobre los otros mediante su acción sobre el conjunto de los subconjuntos y, de este modo, sobre el orden jurídico civil nacional, en lugar de actuar sin rodeos uno sobre otro de esos derechos privados más o menos subordinados. Mencionemos únicamente tres de los primeros indicadores de una recuperación del poder. En primer lugar, la circunspección del Tribunal Constitucional a la hora de declarar la inconstitucionalidad de las normas preconstitucionales cuando las instancias competentes todavía no han completado su sistema normativo del modo adecuado (171). Además, y en contra de toda corriente iusnaturalista, la depreciación del derecho no-positivo (172) y, en consecuencia, la categórica sumisión de las costumbres locales a la Constitución o la abolición de la institución de la «costumbre contra ley», hasta entonces uno de los privilegios del derecho de Navarra (173). Y, finalmente, la revalorización del principio de igualdad, teniendo en cuenta que la doctrina postconstitucional no admite transgresión alguna de la ley por causa del principio de autonomía de la voluntad (174). Son indicios de un crecimiento del poder, de un restablecimiento de una red opresiva, que no deben sin embargo engañarnos. Dado que toda dominación mantiene al dominado en su ser y que todo debate sobre no importa qué organización social no se

(169) CASAMITJANA I COSTA, *Dret civil català* (N. 158), págs. 815-816.

(170) Cfr. *Constitución española. Trabajos parlamentarios* (N. 68), IV, páginas 4934-4935.

(171) Sobre los ejemplos, ver ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 155.

(172) PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Constitución* (N. 77), pág. 37.

(173) Ver LALAGUNA, *Artículo 13* (N. 144), págs. 466, 475; ROCA, *Estructura* (N. 79), pág. 151.

(174) ROCA, *ibídem*.

organiza sin poder, dejarse llevar por la fobia al poder impide comprender sus mecanismos. Para darnos cuenta de la complejidad de las relaciones de fuerza instituidas, basta con tener en la memoria hasta qué punto la territorialización de unos derechos locales divergentes conlleva una solución de los conflictos, y esto en la medida en que se impide a las opciones rivales que estén en condiciones de imponerse entre sí. Lo mismo con respecto a la igualdad material y formal. Desde el momento en que la igualdad formal del derecho privado está formalmente sometida a la igualdad material, si consideramos que la Constitución obliga a los poderes públicos a procurar activamente tanto la libertad concreta como la igualdad real (175), resulta necesario precisar la lógica de la nueva razón jurídica en relación con el nivel de la organización social que ella espera lograr reorganizando un derecho generalmente igualitario, pero concéntrico, mediante una reterritorialización igualitaria, pero no-concéntrica.

Resumamos sin mayor dilación: la sobredeterminación del derecho civil igualitario mediante la nivelación territorial de la jerarquía de órdenes jurídicos está subordinada, como toda producción cultural, a la ley de la economía del poder, que no es otra que la de la movilización de todos los recursos para obtener la adhesión del mayor número posible de dominados. En primer lugar, y partiendo de la Constitución, los derechos privados se volverán a encontrar en continua asimilación. A largo plazo, se constituirá, como si tal cosa, la verdadera sociedad económica, visto que sus condiciones jurídicas, consideradas como las más centrales —a saber; su organización y su legitimación por el derecho privado en tanto que orden igualitario— se equilibran al mismo ritmo que se adaptan a las exigencias de una sociedad moderna en diversificación. Este orden nuevo se alimenta, pues, y aunque parezca extraño, del desorden provocado por el abandono del antiguo orden concéntrico y la autorización para desarrollar los derechos privados regionales. Heinz von Foerster, uno de los fundadores de la nueva ciencia de la complejidad, hablaba de un «*order from noise*» (176). Conectando este modelo de explicación con el nuestro, nos atrevemos a indicar: como toda auto-organización de seres vivos que se apoya en su facultad para aprovecharse de la desorganización y alcanzar un nivel de organización y de complejidad más elevado, el futuro orden de la sociedad económica española logra atraer, a partir de ahora, a sus sujetos ya que, por oposición al orden concéntrico del derecho privado preconstitucional, se encuentra en condiciones de retomar el necesario vigor acelerando una diferenciación social preocupante, de tal modo que el desorden amenazador se transforma en un potencial orden reformado. Siendo como era la indiferenciación absoluta correlativa a la muerte de la organización social y, por consiguiente, a cualquier esperanza de mejorar su propio destino, resulta relativamente fácil detectar

(175) Cfr. el art. 9.3 de la Constitución.

(176) Sobre este punto, cfr. Jean-Pierre DUPUY, *Ordres et désordres. Enquête sur un nouveau paradigme*, Paris 1982, sobre todo pág. 102-103; y los intentos de redefinición autopoietica de las ciencias sociales: Peter HEJL, *Sozialwissenschaft als Theorie selbstreferentieller Systeme*, Frankfurt/M., New York, 1982.

una de las principales fuerzas movilizadoras del nuevo régimen, su flexibilidad, su concepción estratégica. Por añadidura, la aceptación de este orden cuenta mucho menos porque aparentemente desactiva de buenas a primeras una buena cantidad de conflictos.

No sin razón, Roca (177) defiende este nuevo orden mediante la evocación de la nueva plenitud del orden jurídico postconstitucional. Superando la totalidad tradicional de unas leyes concéntricamente codificadas en virtud de una sistematización flexible de competencia territorialmente delimitadas, esta nueva totalidad constituye el fundamento de un orden jurídico civil capaz de integrar por completo aquello que corre peligro de escapar al control social: el dominio jurídico, en vista del crecimiento continuado de una diversificación social apenas previsible. Esto explica que el nuevo orden constitucional, enfrentado al problema de orquestar los antagonismos sociales con el fin de sublimarlos mediante un orden jurídico adecuado y por tanto legítimo, se limita a garantizar la colaboración de las instancias de poder que se hallen en competencia. Según la concepción española del Estado constitucional, la creencia en el orden jurídico emana en su origen más elevado de una tal programación relacional de las relaciones sociales. Este programa se manifiesta a través de un Tribunal Constitucional dependiente de una Constitución *à concepts flous*, como la competencia tanto del Estado central como de las Comunidades autónomas en materia de derecho civil, ese cuerpo de reglas que tiene que ser revisado para ajustarlo a las exigencias de la España actual (art. 149.1,8).

La adhesión a los nuevos derechos privados y, por ende, la institución económica del nuevo orden viene también facilitada por el hecho de que su racionalización territorial sustrae a las estructuras de poder de su conocimiento. En todas partes y en ninguna, se hace invisible en tanto que ilocalizable. El atractivo del nuevo sistema normativo se explica en buena parte si se toma en consideración hasta qué punto el establecimiento diferencial, y por tanto económico, del nuevo régimen de la sociedad económica es deudor de una readaptación no jerárquica, entendida como una renuncia a cualquier autocelebración del poder. Acordémonos de que ésta fue no sólo típica de la legitimación franquista en general —consenso ficticio montado alrededor de la persona del «Jefe del Estado» cuya autoridad personal debía servir como fundamento del conjunto institucional, según Arias Navarro (178)—, sino también del orden jurídico civil preconstitucional, centrado en torno a un único signo textual: el *Código civil español*. Allí donde, como en la España actual, los códigos del orden han sido por segunda vez codificados, es decir, allí donde la abstracción de la realidad de la dominación se impone en virtud de una pura cohesión exterior de derechos divergentes, en la que la continua adaptación de todo el orden deriva además de la cooperación de todos, de esa participación pro-

---

(177) ROCA, *Estructura* (N. 79), págs. 171, 173-174.

(178) Así, ARIAS NAVARRO, antes las Cortes, con motivo de su ascenso al gobierno, el 12 de febrero de 1974, en *Boletín Oficial de las Cortes Españolas* (N. 36), pág. 10.

pugnada por la nueva Constitución (179), el orden legítimo en su conjunto —y también sus monopolistas— triunfará del modo menos costoso. De forma análoga a otros sistemas jurídicos avanzados que, ante el riesgo de volver a encontrar gravosas resistencias, se abstienen de recurrir a las órdenes, al gesto imperativo, en una palabra, a la inmediata intervención del Estado (180), España alcanza así, gracias a la territorialización de su derecho privado, un plano superior en el orden civil. El cual resulta tanto más aceptable para los futuros dominados, por cuanto que por su propia condición se hace irreconocible. Lo mismo cabe decir respecto a los futuros dominadores —tan poco determinables de momento como sus antagonistas—, pero en este caso por el hecho de que los gastos de todas estas inversiones simbólicas no equivalen absolutamente a los gastos de una violencia no disimulada, puesto que ésta es del todo impracticable en la época de la racionalidad económica, allí donde «el dulce aire de la legitimidad» (181) constituye el fundamento social de una sociedad moderna, en tanto que bien ordenada jurídicamente.

Dado que la fuerza de las palabras está socialmente determinada, hay que tener en cuenta que este plano superior alcanzado por la racionalización efectuada viene constantemente reforzado por la ciencia jurídica postconstitucional, especialmente en lo que corresponde a las regiones autonómicas, verdaderos centros de energía socio-jurídica. La eficacia del nuevo modelo, es decir, su legitimidad y la competencia reconocida de sus monopolistas, es tremendamente sensible a las inversiones que con posterioridad vengan a acrecentar el dominio práctico del nuevo jurista, legitimándolo al mismo tiempo. Lo son todos los tipos de racionalización de los derechos privados reterritorializados que, gracias sobre todo a unos esfuerzos que se presentan como científicos, movilizan la creencia en la nueva división del mundo social en la medida en que la hacen aparecer como un asunto típico de juristas profesionales, cultos e instruidos, como un saber aparte y por ello objetivo y neutro, como un fundamento pues de una nueva sociedad que ha sido bien concebida jurídicamente. Estas acciones simbólicas hacen irreconocibles los intereses de clase realmente en juego, haciendo creer una vez más en la identidad regional, y por aquí, en la comunidad de los ciudadanos. Ya la sugieren mediante manifestaciones patrióticas, como la defensa del espíritu del *Derecho foral* o la perseguida conservación de las estructuras tradicionales. Y a esta terminología habitual se añade ahora una retórica progresista dirigida a integrar la territorialización en el proceso de modernización, a fin de que los derechos privados particulares ya no puedan ser vistos como refugios de la reacción. De modo análogo, los numerosos congresos de derecho regional de los últimos años, celebrados a puerta cerrada (182), y la concentra-

(179) PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Constitución* (N. 77), pág. 30.

(180) Cfr. WILLKE, *Disjunktion von Rechtsformen und Machtformen* (N. 44), págs. 210-211.

(181) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Constitución* (N. 55), pág. 192.

(182) Junto a las notas 89 y 132, ver sobre los congresos mencionados: Cátedra de Dret civil català «Duran i Bas», Universitat de Barcelona (ed.), *Materials*

da ocupación de los juristas-científicos en la explicitación racional del nuevo sistema jurídico —usurpación simultánea de asuntos públicos—, contribuyen a hacerlo operativo revistiéndolo al mismo tiempo con los ropajes de una ciencia prohibida a los profanos. De este modo, las cuestiones puramente políticas se convierten en asuntos de especialistas no-políticos, de técnicos autorizados para administrar en nombre del saber aquello que es asunto de todos. La nueva desposesión general corre por consiguiente paralela al establecimiento de un nuevo orden y sin que los desposeídos se den cuenta. No puede sorprender entonces que la racionalización/justificación más inteligente de la orquestación postconstitucional del orden jurídico civil haga referencia, al margen de algunas reminiscencias, tanto a la filosofía analítica de origen americano como a la teoría de conjuntos de procedencia matemática (183): a un saber, pues, aparentemente neutro y por esta razón generalmente aceptado como legitimación última. Refirámonos aquí a esa concreción de la «incorporación de España a las sociedades industriales avanzadas» que, según la exposición de motivos de la Ley de reforma universitaria de 1983, pasa necesariamente «por su plena incorporación al mundo de la ciencia moderna».

A guisa de conclusión, hay que decir que la contribución española a la última re-racionalización jurídica de las sociedades económicas de Occidente consiste en la reterritorialización de un derecho privado concéntrico, en la orquestación constitucional de los derechos civiles del Estado y las Comunidades autónomas. Si el caso de la España democrática se puede comparar con el último desarrollo del derecho en estos países, es porque la concertación territorial del derecho civil descansa en el fondo en la reintegración no concéntrica de los conflictos sociales tal y como generalmente se suele entender: como un discreto rechazo de la dicotomía familiar entre Derecho y sociedad, división binaria que es tan rígida como jerárquica. En el Derecho civil español, se va a proceder de ahora en adelante a legitimar las relaciones de fuerza atendiendo tanto a las estructuras históricas como a las nuevas formas de las interacciones, para mejor afrontar el disfuncionamiento del sistema jurídico civil, tal y como se ha evidenciado después del *take off* económico y la diferenciación social consiguiente. De la misma forma que los nuevos monopolistas del campo jurídico recuperan así su autoridad social, todos los detentadores de los capitales, tanto simbólicos como económicos, recuperan la capacidad política necesaria para afrontar las consecuencias de una nueva economía, en virtud de una concertación simbólica de confrontaciones potenciales. Y dado que el universo concéntrico del Código civil se revela en el análisis como la verdadera Constitución de la economía de la paz burguesa de finales del siglo pasado, las reinversiones simbólicas de la territorialización se aprestan a reorganizar los fundamentos de la sociedad de mercado según las necesidades de la economía postmoderna. No es la reciprocidad

---

III Jornades de dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: El sistema successor, Tossa de Mar, 26-29, setembre, 1984, Barcelona, 1985.

(183) ROCA, *Estructura* (N. 79).

directa sino la flexibilidad reencontrada la que armoniza de ahora en adelante el nuevo orden de la apropiación legítima, el conjunto de los futuros derechos civiles privados españoles con una sociedad determinada económicamente y, por tanto, en transformación permanente. De acuerdo con la división del trabajo y, en consecuencia, estimulados por su propio interés, era a los monopolistas puestos en entredicho del campo jurídico a los que incumbía reformular las condiciones políticas, de tal modo que vinieran a reproducir de la manera más específica posible los programas de modernización, en parte contradictorios, previstos para una España pluralista ante el declinar político de un régimen autoritario. Teniendo en cuenta la incapacidad para garantizar jurídicamente la reproducción de la estructura de las relaciones de dominación, dado que el consenso practicado no puede fundarse sino en acuerdos parciales, provisionales y continuamente modificables a la vista de las cambiantes exigencias de la producción económica en su sentido más lato, ellos se limitan y con razón a una simple reformulación competencial del orden jurídico civil, en lugar de insistir demasiado en unas reformas materiales apresuradas, como la ya aludida modificación del derecho de familia. Aun con todo, esta «deformalización» territorial del derecho privado en el marco de una Constitución que es abierta conceptualmente y cuyos efectos vienen reforzados por la instauración de una jurisprudencia constitucional estratégica, anticipa en buena parte la futura sociedad, altamente compleja. En cualquier caso, y a la vista del progreso apuntado, las instituciones del derecho civil heredado, relativamente inmovilizadas por su disposición concéntrica, no hubieran podido satisfacer la optimización de los capitales. En resumen, la sublimación de la diversificación social, que es inestable, responde por tanto al hecho de que la sustitución del sistema jurídico tradicional por medio de la reterritorialización analizada, genera un orden civil cualitativamente superior porque es tan fluido, y por tanto tan sensible a los cambios, como el mercado homogéneo de una sociedad económicamente avanzada, es decir, estructurada al mismo tiempo por los precios y por intervenciones estatales destinadas a concertar en la medida de lo posible la competencia mortífera en favor de los capitales invertidos. Esta es la razón por la que las inversiones simbólicas en la territorialización constitucional del derecho civil español serán más pronto o más tarde reconvertidas en capital económico, al margen de cual haya podido ser la intención de los diferentes estrategias jurídicas.

Trad. de A. CAÑELLAS y A. SERRANO