

LA IMPOSIBLE UNIFICACIÓN: EL CÓDIGO CIVIL Y LOS DERECHOS «FORALES»

ENCARNA ROCA TRÍAS *

I. LOS PRECEDENTES: LA LARGA NOCHE DEL XVIII.

Si la historia de la Codificación ha de ser considerada como la historia de una «modernización» imposible, ello no resulta así como consecuencia de hechos únicos y aislados ocurridos en el siglo XIX; encuentra sus raíces en la problemática que se produce a raíz de la Guerra de la Sucesión y la consecuente abolición del antiguo régimen para casi todos los súbditos de los antiguos Reinos. Y digo «casi» todos, porque en algunas partes de España se mantuvo aquel régimen, como ocurrió en Navarra ¹.

Dicho esto y centrándonos en los aspectos catalanes, es bien sabido que la raíz de la oposición a determinados planteamientos tiene su origen en la Guerra de la Sucesión y sus consecuencias, como efecto de la derrota catalana, que apoyó la causa del pretendiente Carlos frente a Felipe V.

¹ Sobre la situación de Navarra, especialmente con referencia al derecho supletorio, ver GARCÍA GRANERO, Comentario a la ley 6 del Fuero Nuevo en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*. T. XXXV, 1. Madrid, 1994, pp. 300 y ss; DE PABLO CONTRERAS-MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Curso de Derecho civil navarro*. T. I. Pamplona, 1990, pp. 245 y ss y ROCA TRIAS «El Código civil como supletorio de los Derechos nacionales españoles», *ADC*, 1978, pp. 251 y ss.

* Catedrática de Derecho Civil. Universitat de Barcelona.

Ahora bien, una cosa es la historiografía oficial y otra muy distinta la historia que se acaba transmitiendo, a partir de símbolos que se convierten en mitos, con finalidades muchas veces muy claras. Kamen ² acusa al movimiento romántico de la elección de unos símbolos que no estaban de acuerdo con la realidad de los hechos, para defender planteamientos que acabarán siendo nacionalistas y que pasarán por el federalismo y el regionalismo. Para Kamen, el problema no era de elección de hechos, sino de elección de símbolos, ya que la derrota y la pérdida de las libertades de que gozaba Cataluña como organización política, es indiscutible. Donde según Kamen los románticos se equivocan, es al pretender que Cataluña era, en la época de la Guerra de la Sucesión, una sociedad claramente definida, de entidad reconocida ³. A partir de esta afirmación, se recordará el juramento de lealtad de los catalanes al Rey en 1702, la celebración de Cortes en Barcelona entre 1701 y 1703, que tendrán como fruto inmediato la promulgación de la Recopilación de las Constitutions y altres drets de Catalunya en 1704 ⁴, las disensiones entre los mismos catalanes sobre la actitud a tomar en la Guerra ⁵, etc. De aquí que se pueda afirmar que cuando en 1702 los catalanes juraron lealtad a Felipe V, lo hicieron a la persona del Rey, pero no al sistema borbónico. El enfrentamiento entre sistemas diversos, el antiguo y el que pretendía implantar el propio Rey, hará que algunos consideren que la Guerra fue una lucha de catalanes entre sí, más de que catalanes unidos frente a un poder exterior. Y de aquí que muy irónicamente, Kamen acabe afirmando que

² KAMEN, «11 de setembre de 1714, la fi de la nació catalana?». Conferencia pronunciada en el Ayuntamiento de Barcelona el 7 de septiembre de 1990 y publicada en el *Quadern*, del periódico *El país*, el 13 de septiembre de 1990, de donde se cita.

³ KAMEN afirma que «on els romàntics del segle XIX començaren a interpretar malament els fets és en la presentació d'una Catalunya abans del 1714 com una societat clarament definida, amb una entitat reconeguda, poblada per satisfets pagesos y benèvolos barons i abats». (Ob y loc. cits, p. 2).

⁴ BROCA Y MONTAGUT, *Historia del Derecho de Cataluña especialmente del civil y Exposición de las Instituciones del derecho civil del mismo territorio, en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia*. Barcelona, 1918. Ed. Facsímil Barcelona, 1985, pp 405-408.

⁵ Sobre este tema puede consultarse ALBAREDA y SALVADÓ, *Els catalans i Felip V. De la conspiració a la revolta (1700-1705)*. Barcelona, 1993, pp 225 i ss.

«Después de 1714 la seguridad se acabó. Fue la destrucción de sus instituciones lo que de hecho llevó no al fin, sino al principio de la nación catalana. Privados para siempre de instituciones que habían sido el símbolo de su identidad, los catalanes de generaciones posteriores se propusieron redescubrir los símbolos y la realidad que había detrás de ellos, para formular una identidad que a duras penas se percibía en los siglos anteriores, de reformular creencias que nunca habían considerado de forma consciente y de volver a crear lo que parecía que se había perdido para siempre» (trad. E.R.)⁶.

Sea cual sea la interpretación que deba darse a la actitud catalana ante la Guerra de la Sucesión, lo que sí es cierto es que a partir del momento de la pérdida de la ciudad de Barcelona, en 1714, ya nada será igual. Se iniciará un período nuevo con características políticas nuevas, que derivan de la *nueva* concepción del Estado y que mantuvo al país en general en una *quietud* importante durante casi cien años.

Pero como es bien sabido, la derrota del antiguo Reino de Aragón tuvo consecuencias diversas en lo que se refiere al mantenimiento de las antiguas leyes. Derogados los Fueros de Aragón en 1707 por *derecho de conquista*⁷, la nueva organización se centró, aparentemente, en la estructura de las Audiencias. Por ello los decretos donde se estableció el «moderno» sistema recibieron el nombre de *Decretos de Nueva Planta*. Y allí se determinó cuál era el derecho que debían aplicar los Jueces en la solución de las disputas entre los particulares y entre éstos y el Rey. Y es en este momento en que la situación entra en una fase de esquizofrenia legal: en Aragón⁸, en

⁶ KAMEN, ob. y loc. cit. p. 5

⁷ Novísima Recopilación Libro III, título III, ley 1. Decreto de 19 de junio de 1707.

⁸ Novísima Recopilación Libro V, título VII, ley 2 donde se dice que «en la Sala civil ha de juzgar los pleitos civiles, que ocurrieren según las leyes municipales de este reino de Aragón, pues para todo lo que sea entre particular y particular, es mi voluntad se mantengan, queden i observen las referidas leyes municipales, limitándolas sólo en lo tocante a los contratos, dependencias i casos, en que Yo interviniere con cualquiera de mis vasallos, en cuyos referidos casos i dependencias ha de juzgar la expresada Sala de lo Civil según las Leyes de Castilla». Ver sobre este tema DELGADO ECHEVERRÍA, Comentario al art 1 de la Compilación de Aragón en *Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón*, dirigidos por J.L. Lacruz.Zaragoza, 1988, p. 103 y ss.

Baleares⁹ y en Cataluña¹⁰, se vuelve al antiguo derecho, pero no en todos los casos: sólo en las disputas entre particulares, puesto que al rey le corresponde la *regalía* de decidir cuál va a ser la ley que se aplicará en los casos en que le corresponda litigar.

Concretamente, el art. 46 del Decreto de Nueva Planta de Cataluña establecía que

«En todo lo demás, que no está prevenido en los capítulos antecedentes de este Decreto, mando, se observen las Constituciones, que antes había en Cataluña, entendiéndose que son establecidas de nuevo por este Decreto, y que tienen la misma fuerza y vigor, que lo individualmente mandado en él»

No me corresponde reproducir aquí las vicisitudes de la discusión de este texto¹¹, ni es este el momento oportuno para reproducir las discusiones que a lo largo del siglo XVIII se produjeron en torno al problema de cuál debía ser considerado como derecho supletorio después de la entrada en vigor del mencionado Decreto y si dentro de las *Constituciones* que se volvían a poner en vigor, se encontraba o no la de 1599 sobre derechos supletorios¹². Baste decir que de la situación creada en el XVIII se deducen las siguientes conclusiones:

⁹ El Decreto de Nueva Planta de Baleares está publicado en la Novísima Recopilación Libro V, título X, ley 1, cuyo art. 13 establecía que «en todo lo demás, que no está comprendido en este decreto, es mi voluntad y mando, se observen todas las reales pragmáticas y privilegios con que se gobernaba antiguamente la Isla y Reyno de Mallorca, menos en las causas de sedición y crimen de lesa Magestad». Sobre este texto ver SUREDA, «Existencia y fuentes de la legislación foral de Mallorca». *R.D.P.*, 1913, p. 38 y PASCUAL y GONZÁLEZ, «El Derecho romano como supletorio de la Compilación del Derecho civil de Baleares». *R.J.C.*, 1960, p. 34.

¹⁰ Se encuentra publicado en la Novísima Recopilación. Libro V, título IX, ley 1.^a

¹¹ El mejor trabajo publicado sobre la discusión del Decreto de Nueva Planta de Cataluña es el de GAY ESCODA, «La gènesi del Decret de Nova Planta de Catalunya. Edició de la consulta original del "Consejo de Castilla", de 13 de juny de 1715». *R.J.C.* 1982, pp 7 y 263.

¹² *Constitucions i altres drets de Catalunya*. Const 1, tit 30, lib 1, vol 1. Sobre derecho supletorio y los problemas planteados a partir del Decreto de Nueva Planta, ver GAY ESCODA, «Notas sobre el derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de Nueva Planta(1715) hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo

1.^a La política de Felipe V sobre la derogación de los fueros y la introducción de un régimen más o menos uniforme en todo el país, no fue una política unitaria, ya que no derogó ni los de Navarra ni los que se mantenían en vigor en ciertas zonas de lo que hoy se denomina País Vasco, pero, además, no recuperó de manera unificada los sistemas anteriores cuando promulgó los decretos de Nueva Planta: Valencia no tuvo su equivalente y así, no recuperó su derecho civil.

2.^a Los argumentos que se usaron a lo largo del siglo XVIII por parte de unos y de otros para afirmar o negar la aplicación en Cataluña de los supletorios establecidos en la Constitución de 1599 tenían sus razones en cuestiones políticas, como la regalía que correspondía al Rey para determinar cuál era el derecho aplicable, y en razones técnicas, que se adaptaron a las necesidades del caso concreto sin ningún pudor, a lo largo del siglo XVIII¹³. Y los mismos argumentos se utilizarán un siglo más tarde con ocasión de la Codificación, prueba palpable de que el problema no se centraba tanto en lo que aparentemente se discutía, sino en su trasfondo.¹⁴

En definitiva y como afirma Iglesia, si los Decretos de Nueva Planta pretendían instaurar un centralismo, la realidad fue que constituyeron un auténtico fracaso, ya que ni se consiguió el pretendido centralismo en el momento en que se mantuvieron otros regímenes políticos en el interior del país, ni los propios Decretos de Nueva Planta establecieron una regulación uniforme en todos los ámbitos en los que se aplicaba la nueva estructura de ellos derivada. El art 42 del Decreto de Cataluña, tal como se ha dicho ya, constituye un buen ejemplo de ello.¹⁵

(1845) en *Hispania. Entre derechos propios y Derechos nacionales*. Atti dell'incontro di studi Firenze-Lucca, 25,26,27 maggio 1989. Milán, 1990, T. II, pp. 805 i ss *in totum*.

¹³ Seguramente, el caso más espectacular es el de las exenciones fiscales a los que tenían más de 12 hijos. Ver el caso en sus términos en GAY ESCODA, «Notas sobre el Derecho supletorio...» cit. p. 825 y ss.

¹⁴ Sobre el paralelismo entre argumentos, ver ROCA TRIAS, «De nou sobre el Dret supletori: mètode i intenció en la història» en *Initium. Revista catalana d'història del Dret. I. Homenatge al Prof. J. M. Gay Escoda*. Barcelona, 1996, pp. 572 y ss.

¹⁵ IGLESIA FERREIRÓS, A., *La creación del Derecho*. II. Barcelona, 1996, p.440.

II. LA PROLEGÓMENOS DE LA CODIFICACIÓN: *LOS CONDICIONANTES POLÍTICOS CON QUE SE ABRE EL SIGLO XIX*

1. *LOS CONDICIONANTES POLÍTICOS*

Si los Decretos de Nueva Planta, bajo el pretexto obvio de que los afectados habían perdido la guerra, tuvieron como finalidad, más o menos confesada, la de instaurar un centralismo bajo el modelo borbónico francés, hay que estar de acuerdo con la afirmación anteriormente reproducida, de Iglesia. Los Decretos de Nueva Planta no consiguieron este objetivo, pero consiguieron mantener vivo el sentimiento de que habla Kamen y que con toda seguridad, propició el plantemiento que se produjo en el siglo XIX, especialmente, a partir de que el poeta Bonaventura Carles Aribau publicara su famosa *Oda a la Patria*, en 1833.

Pero es que, además de lo que pudiera ocurrir en España como efecto de la Guerra de la Sucesión, los acontecimientos políticos que se desarrollaban en Europa debían producir sin ninguna duda, una gran influencia en España ¹⁶.

Seguramente, la idea política más básica fue el traslado de la soberanía: mientras en un sistema como el de la Francia borbónica, la que después se llamó soberanía radicaba en el poder real, en la estructura que deriva de los postulados vencedores de la Revolución francesa, la soberanía se desplaza a los pueblos, que la asumen y la ejercen a través del sistema democrático ¹⁷. Este desplazamiento

¹⁶ Así, por ejemplo, y en lo que se refiere a la Codificación, es de hacer notar que la Novísima Recopilación es casi contemporánea del Code Civil en Francia (1804) y que la técnica, ya obsoleta de la Novísima resulta vivamente criticada por MARTÍNEZ MARINA, evidentemente influido por las técnicas codificadoras que no sólo habían obtenido un relativo éxito en Europa, a partir del *Código general para los Estados prusianos*, de 20 de marzo de 1791 (ver TOMAS Y VALIENTE, *Manual de Historia del Derecho español*. 4.^a ed. Madrid, 1992, pp. 398 y 477), sino que incluso habían sido ensayadas en nuestro propio país en los proyectos de Ensenada y otros que cita TOMAS Y VALIENTE (*Manual*. cit. p. 395). Ver también CASTRO, *Derecho civil de España*. I, Madrid, 1949, p. 183.

produjo, a mi modo de ver, dos consecuencias importantes en el ámbito que ahora me ocupa:

1.^a La primera es de orden general y consiste en la afirmación de la unidad del Estado, expresión que asume el sentido que actualmente le damos. Con la consecuencia inmediatamente derivada, de que esta unidad lleva consigo la unidad jurídica de todos los ciudadanos. No estamos ahora aun ante una cuestión de igualdad. Sólo ante la lógica de la unidad, de manera que no es posible mantener en el interior de un Estado de estas características *privilegios* que hagan desiguales a los ciudadanos. Esta idea aparecerá de forma redundante en todos los discursos de la Codificación y tiene su raíz en los planteamientos unitaristas.

2.^a La segunda consecuencia constituye un efecto inmediato de la primera: En España no se llega a la unidad del estado a través de una evolución (ni de una revolución) parecida a la francesa, puesto que la diferencia entre los acontecimientos ocurridos en ambos países en el siglo XVIII es abismal. Por tanto, lo que en Francia sucede de modo lógico, en España sucede a través de decisiones del poder político, por otra parte no muy estable, dadas las circunstancias sobradamente conocidas por las que atraviesa el siglo XIX español. Por ello, la aplicación de unos postulados modernos no se hace en un clima político estable ni unánime: sigue manteniéndose la resaca del XVIII, especialmente en Cataluña y la ampliación de las competencias de un poder central, no pueden ser admitidas tan fácilmente. De aquí a que surjan ideas basadas en una identidad propia, en la «invención» de una conciencia de pueblo soberano, no hay más que un paso. Y un pueblo soberano es aquel que tiene capacidad para autodotarse de determinadas normas de convivencia. Y por ello en el momento en que se pretende esta *unidad* en el ámbito civil, muy entrado ya el siglo XIX, una ya consolidada idea de soberanía impedirá que se pueda efectuar una unificación de la legislación civil.

¹⁷ Es evidente que quien escribe estas líneas, por su formación, debe hablar por referencias de estos temas. En este sentido me han sido muy útiles las páginas de IGLESIA, *La creación* cit. Lección XXV *in totum* y de TOMAS Y VALIENTE, *Manual* cit. Cap XXIV *in totum*.

En lo que afecta al aspecto que ahora me concierne, los efectos del nuevo régimen instaurado como consecuencia de la Revolución francesa serán tres,:

- La consagración del principio de soberanía popular.
- La existencia de una Constitución, como norma política que garantiza un correcto equilibrio entre poderes, y
- El Código civil, como medio de conseguir la igualdad formal entre los ciudadanos.

Estos principios son los que, al introducirse en España, país poco dispuesto a su recepción, provocarán que la Codificación civil única sea imposible, porque el propio principio de soberanía nacional resultaba poco aceptado en su formulación típica.

2. CONSTITUCIÓN Y CÓDIGO

Aun a riesgo de parecer poco sistemática, empezaré por la idea de Código, aunque ciñéndome más concretamente al civil. Un Código constituye una agrupación ordenada de materias correspondientes a alguna de las ramas en que tradicionalmente, está dividido el Derecho; es un tratamiento sistemático y conjunto de determinadas materias, civil, penal, procesal, etc.¹⁸. Desde este punto de vista, el Código es la expresión más clara de la soberanía nacional, que tendrá eficacia para obligar a todos los ciudadanos sólo en tanto que se ostenta una legitimidad para aprobar y poner en vigor leyes y para hacerlas cumplir. En lo que aquí interesa, el Código en sí mismo considerado constituye una unificación jurídica, que marcha vinculada al principio de soberanía nacional¹⁹; Iglesia afirma que conforme con esta idea, aparecerá un derecho *español*, frente a un derecho *real*, como hasta aquel momento se

¹⁸ Sobre la idea de Código ver fundamentalmente, la obra de Tarello. *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto*. Bologna, 1976, pp 28 y ss.

¹⁹ IGLESIA, *La creación*. Cit. p.495.

había denominado ²⁰. Por tanto, el derecho contenido en el Código no era producto de una voluntad unilateral, sino la expresión de esta soberanía nacional, que decide democráticamente sobre las normas más útiles para la ordenación de la convivencia. Ahora bien, esta misma argumentación, tiene su reverso: ¿por qué tiene que haber un único derecho, si hay más de una soberanía nacional? Aun no hemos llegado a ello, pero será el XIX el que finalmente permitirá el avance de este tipo de formulaciones, como veremos más adelante.

Sea o no exacto este argumento, por lo menos consigue explicar de una forma coherente lo que ocurre ideológica y políticamente en España; por ello, no es de extrañar que las Constituciones del siglo XIX se pronuncien sobre la cuestión de la Codificación, apareciendo como efecto de una doble preocupación, que siempre tiene como base la necesidad de aplicar el principio de igualdad:

— La primera, la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, que se consigue siempre que exista una única ley que regule las relaciones jurídicas de que se trate, sean éstas civiles, mercantiles, etc. ²¹

— La segunda se refiere a la unidad de jurisdicciones, derivada también de la aplicación del principio de igualdad; por ello, en algunas constituciones, la igualdad de Códigos equivaldrá a igualdad de fueros,

²⁰ IGLESIA, *La creación*. Cit. p. 496 donde afirma que «un derecho que se califica de español surge vinculado con la afirmación de una soberanía, cuyo titular es una nación que se proclama española en la Constitución del Estado».

²¹ El problema de la diversidad de ordenamientos sigue discutiéndose en el siglo XIX, después de la Constitución de Cádiz. Un ejemplo del problema se puede comprobar en la discusión que suscitó en 1815 una exposición del alcalde mayor de Figueras, Juan Manuel de la Moya, en la que, entre otras consideraciones, alegaba la incompatibilidad entre la Novísima Recopilación y la costumbre de alegar «leyes extranjeras». La citada Exposición dió lugar a una larga serie de documentos hasta más allá de 1830, acabándose definitivamente la polémica con la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1845, que admitía la diversidad y que el derecho romano era el supletorio del catalán. Ver los documentos en GAY ESCODA, «Notas sobre el derecho supletorio», cit. Pp. 837-864. Una sucinta relación del tema se encuentra en VIVES Y CEBRIÁ, *Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles*. 1.ª edición. T. I. Barcelona, 1832, pp. 95-96.

es decir, unidad de jurisdicción para conseguir que todos los ciudadanos sean tratados en sus litigios, de todo tipo, de la misma forma.

El tema de *los Códigos* aparece siempre en todas las Constituciones, sea cual sea el signo político de quien la lleva a la aprobación, con dos modalidades en el tratamiento de la cuestión:

1.^a La imposición de una absoluta unidad de códigos, sin ninguna salvedad. Aparece en la *Constitución de la Monarquía española*, de 1837, cuando establece que «unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía y en ellos no se establecerá más que un solo fuero para todos los españoles en los juicios, comunes o criminales». Este mismo artículo se reproduce en el art. 4 de la Constitución de 1845, suprimiendo, sin embargo, la última parte, relativa a la unidad de fueros.

2.^a La proclamación de la unidad de Códigos relativa. Ello ocurre ya en la Constitución de 1812, cuyo art. 258 establecía que «El Código civil y el criminal, y el de Comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes». Una disposición parecida se insertará en la Constitución de 1869 (art. 91), repitiéndose en el art. 75 de la Constitución de la Restauración, de 1876, que establecía: «Unos mismos Códigos regirán en toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias determinen las leyes». ²² Lo cierto es que, dejando aparte el problema del origen de esta expresión, la Constitución de 1876 contenía la expresión «sin perjuicio»; ¿es que en 1876 quería decir lo mismo que en 1812? ¿Es que se trató de una concesión cara a la prevista Codificación civil, después del fracaso de 1851? Verdaderamente la solución de estas preguntas escapa a mi formación de jurista de derecho positivo. Lo que sí debe afirmarse a partir de aquí es:

1.º Que formalmente, la Constitución permitía una cierta desigualdad, puesto que *las leyes* podían admitir *variaciones*, en razón de

²² El origen del término «sin perjuicio» es incierto, si bien es seguro que fue utilizado para permitir la situación que se produjo. Ver TOMAS Y VALIENTE, *Manual* cit. p. 547.

circunstancias particulares, que la Constitución no definía y tampoco decía quién era el encargado de hacerlo.

2.º Que a pesar de que ya se había producido la mayor parte de la Codificación, seguía pendiente la civil. Y por ello, la Constitución de 1876 aun seguía obligada a proclamar la necesidad de la unidad.

Y a partir de ahora, veremos cómo se desarrolló el problema.

III. RESTAURACIÓN Y CONVENIENCIA DE LA CODIFICACIÓN. LAS RAZONES POLÍTICAS

1. LAS RAZONES DE UN FRACASO: EL PROYECTO DE GARCIA GOYENA

La relación entre Codificación civil y regionalismo se acrecentó a partir de la Restauración. Entretanto, se había producido la discusión sobre el Proyecto de Código civil de 1851, cuyo fracaso parece que no se debió tanto a la oposición de las regiones denominadas «forales»²³, sino al tratamiento que en él se proponía del matrimonio²⁴. A pesar de todo, bueno es recoger aquí las razones de la oposición al Proyecto, que aporta Salvador Coderch²⁵. De ahí se deduce que la discusión sobre el Proyecto de 1851 refleja de forma muy evidente la diferente estructura económica presente en España en aquel momento. Así, las divergencias se manifestaron en torno a tres grandes propuestas de regulación: la legítima, la enfiteusis y la *rabassa morta*.

a) Por lo que se refiere a la libertad de testar y la cuantía que los hijos debían obtener en la herencia del padre en concepto de legítima, la propuesta del Proyecto de 1851 resulta diametralmente opuesta al derecho vigente en Cataluña desde la Constitución de

²³ Como, por otra parte afirma CASTRO, *Derecho civil*, cit, p. 192.

²⁴ Sobre esta cuestión, ver ROLDÁN VERDEJO. *La Ley de Matrimonio civil de 1870. Historia de una ley olvidada*. Granada, 1980, pp. 261 ss.

²⁵ SALVADOR CODERCH, «El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil catalán» en *La Compilación y su historia. Estudios sobre la Codificación y la interpretación de las leyes*. Barcelona, 1985, pp. 27 y ss. Ver asimismo CLAVERO, «Foros y rabassas. Los censos agrarios ante la Revolución española». En *El Código y el Fuero*. Madrid, 1982, pp. 83 y ss.

1585²⁶. La discusión sobre la legítima corta típicamente catalana (una cuarta parte de los bienes de la herencia con independencia del número de hijos) y la legítima larga (dos tercios de estos mismos bienes), centra la discusión en torno a los aspectos sucesorios. Una participación importante de los hijos y, en consecuencia, una mayor participación de la familia en la herencia del difunto era una consecuencia lógica de las leyes desvinculadoras, de una pretensión de igualdad de todos los hijos y de un sistema económico basado en grandes latifundios²⁷. Una legítima corta, basada en la concentración del poder económico en uno de los hijos, para facilitar aquella pretendida *conservació de les cases principals*, de que hablaba la Constitución de 1585, es un sistema sucesorio basado en la desigualdad, en una economía poco desarrollada, con pequeñas extensiones de terreno cultivable y permite, a su vez, la adaptabilidad del causante, que aunque está obligado a atribuir la legítima, no debe hacerlo necesariamente en una determinada forma, puesto que el sistema permitirá al heredero satisfacer las legítimas de sus hermanos, en bienes o en dinero, y de esta manera, mantener intacta la explotación en la que la familia ha basado toda su economía. Imponer un sistema de legítimas largas había de provocar forzosamente la oposición de este sector, que ya se había endeudado lo suficiente, como consecuencia de circunstancias económicas adversas, con un sistema flexible²⁸.

La intervención del sector más tradicional, integrado en el *Institut Agrícola català de Sant Isidre*, se basaba precisamente en las razo-

²⁶ CLAVERO, «Formación doctrinal contemporánea del Derecho catalán de sucesiones. La primogenitura de la libertad» en *Materials de les Terceres Jornades de Dret català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*. 1984, p.13 y ss, donde expone los argumentos que se utilizaron en favor de la libertad de testar por parte de los autores catalanes contemporáneos y posteriores al Proyecto de 1851. La cuestión de las legítimas, como fundamento de la oposición al proyecto puede consultarse también en SALVADOR CODERCH, «El Proyecto», cit. Pp. 15-27 y 96-101.

²⁷ Así lo pone de relieve CLAVERO, «Formación doctrinal», cit. p. 25 y SALVADOR, Ob. cit. p.20

²⁸ FERRER I ALOS, en «Censals, vendes a carta de gràcia i endeutament pagés al Bages (s. XVIII)». *Estudis d'història agrària* T. 4, 1983, p. 108 pone de relieve que el dinero obtenido con este tipo de créditos se destinaba al pago de legítimas y dotes, lo que muchas veces daba lugar a un endeudamiento progresivo (pp. 109 y 114).

nes que se acaban de reproducir²⁹, aunque, Clavero aporta la noticia de algunos autores catalanes que en aquel momento abogaban por la implantación de una legítima larga, en base, sobre todo, a la igualdad de los hijos.³⁰

b) Otro de los grandes temas de discusión en Cataluña en esta época fue el relacionado con la enfiteusis. Es sabido que la ciudad de Barcelona tenía una parte importante de su territorio cedido en enfiteusis, el dueño directo de la cual era el propio Obispado, junto con otros grandes propietarios. Y que los proyectos urbanísticos de expansión y modernización de la ciudad convertían estos terrenos en muy valiosos. La regulación que el Proyecto de Código civil proponía en torno a la enfiteusis y muy especialmente, la obligación de redención de los censos existentes fue otro de los argumentos de la oposición al proyecto³¹

c) Finalmente, el conflicto de los *rabassaires*, con sus altibajos a lo largo del siglo XIX y bien entrado el XX³², constituye un tercer elemento de la oposición catalana al Proyecto de 1851.

Que fuera o no decisiva esta oposición para evitar que el Proyecto se convirtiera en ley, esto no puede saberse hoy a ciencia cierta. Lo que sí es cierto es que:

1.º El Proyecto no llegó a ser el Código civil definitivo, aunque lo fue de forma indirecta, dado que la base 1.ª de la Ley de Bases de 1888, establecía que

²⁹ SALVADOR, «El Proyecto» cit. p. 75, aunque más referida a otros temas del Proyecto, como la cuestión de la *tabassa morta*.

³⁰ CLAVERO, «Formación doctrinal» cit. p. 15 cita a algunos juristas catalanes que se oponían a la libertad de testar «para evitar que pudiera servir al mantenimiento de sucesiones familiares de sabor feudal».

³¹ SALVADOR, Ob. Cit. p.93; ver además MIRAMBELL, *Els censos en el Dret civil de catalunya: la qüestió de l'emfiteusí (a propòsit de la Llei especial 6/1990)*. Barcelona, 1997, pp. 147-157. Es interesante también la opinión de VIVES Y CEBRIA, recogida en el discurso de apertura de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Barcelona, de 29 de diciembre de 1861, recogido por EGEA en el «Estudi introductor» a la edición facsímil de la *Traducción al castellano de los Usages*. Generalitat de Catalunya. Barcelona, 1989, p. XXXV.

³² En realidad se acaba con la Llei de Contractes de conreu, de 14 de junio de 1934.

«El Código tomará por base el proyecto de 1851 en cuanto se halla contenido en él el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio».

2.º Que a partir del Proyecto de 1851 ya nada fue igual, en ningún sentido. La fuerte influencia regionalista obligó a repensar la forma en que debía realizarse la Codificación civil, con la finalidad esencial de conservar lo que un poco más tarde Prat de la Riba definiría como uno de los elementos de la personalidad catalana, *el derecho*.³³

En la discusión del definitivo Código civil existen dos grandes elementos: los políticos y los técnicos. A ambos me voy a referir a continuación.

³³ La fijación de los elementos de identidad de la Nación catalana aparece en PRAT DE LA RIBA, *La nacionalitat catalana*, publicado por primera vez en Barcelona en 1906, una parte del cual se había dado ya a conocer nueve años antes. Concretamente, el capítulo VI, donde define la idea de nacionalidad y le coloca como signos de identificación la lengua, el arte y el derecho, fue elaborado en 1897, con ocasión de unas conferencias. Aquí se cita la edición publicada en Barcelona en 1978. Con nota introductoria de Carme Arnau, de donde se obtiene la información de las ediciones. A partir de aquí, derecho y lengua han sido utilizados como signo de identidad por juristas y políticos. Ver *Memoria acerca de las instituciones del Derecho civil de Cataluña*. Barcelona, 1883, p.e. p. XXXIX; MANCOMUNITAT DE CATALUNYA. Oficina d'estudis jurídics *El Dret català i la Codificació*. Barcelona 1919, poág. 11; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, Presentación a la ponencia I. *Llibre del II Congrés Jurídic català*. Barcelona, 1972, pàg. 67. También el diputado de la Lliga, Sr. Sol, al pedir en el Parlament en 1933 que se aprobara el Apéndice al Código civil, lo invocaba como «la substància viva de la naturalesa característica d'un poble, perquè és allà on es tradueix la manera d'ésser i de concebre la vida de cada país» (Parlament de Catalunya. Diari de sessions. Divendres 23 de febrer de 1933, pàg. 406). Ni que decir tiene que estos elementos se siguen utilizando en la actualidad y un buen ejemplo fue la discusión parlamentaria de 1984, relativa a la reforma de la Compilación catalana para adecuarla a la Constitución. Puede consultarse en Diari de sessions del Parlament de Catalunya. Sèrie P. núm 163, I Legislatura, any 1984. Sessions plenàries. Sessió plenària núm 82, de 28 de febrer i núm 83, de 29 de febrer. El mismo preámbulo de la ley que reformaba la Compilación declaraba que «una de les produccions més importants del poble català, un dels principals exponents de la seva identitat com a poble i, per tant, un dels punts de referència a l'hora d'identificar Catalunya com a producte d'un procés històric específic» era el Derecho. SALVADOR CODERCH pone también de relieve esta identificación en «El Derecho civil de Catalunya. Comentario al art 1 de la Compilación». *R.J.C.*, 1984, p. 843.

2. **LOS ELEMENTOS POLÍTICOS DE LA DISCUSIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

Existen dos grandes cuestiones cuya solución propició la estructura resultante del Código civil: la aun fuerte influencia de las corrientes federalistas, en torno, básicamente, a Valentí Almirall y las posibilidades que ofrecía el art. 75 de la Constitución de 1876.

a) *Federalismo y Codificación civil*. He dicho en las páginas anteriores, que la idea básica del siglo XIX, era que la soberanía nacional se traducía en la unidad jurídica, porque el derecho es uno en tanto que sólo puede derivar de un mismo Parlamento. Esta será la premisa que se va discutir desde los planteamientos federalistas.

En la época en que se acomete la Codificación civil, de una forma definitiva, Almirall publica dos obras básicas para el entendimiento de la oposición llevada a cabo frente al Proyecto de Ley de Bases de Código civil. Estas dos obras son *Lo Catalanisme*³⁴ y el denominado *Memorial de Greuges*³⁵. Por su coincidencia con la época de la discusión de las Leyes de Bases del Código civil, existe un amplio capítulo del *Memorial*, que establece los elementos de la reflexión sobre la Codificación, elementos que se reprodujeron, con mayor o menor fidelidad y siempre adecuados a los argumentos parlamentarios, muy especialmente en los discursos de Manuel Duran y Bas.

La primera y principal pregunta que se formula Almirall se refiere a la cuestión de si un Estado moderno debe tener forzosamente un único poder legislativo. A este propósito, señala Gonzalez Casanova³⁶ que el Estado que Almirall imagina aparece calificado como

³⁴ ALMIRALL, *Lo Catalanisme*. Barcelona, 1886. Existe una edición moderna, publicada en Barcelona, 1979.

³⁵ Se cita de la edición facsímil, publicada por el Departamento de Justicia, Generalitat de Catalunya. *Memorial de greuges de 1760. Memorial de greuges de 1885, Missatge a la Reina Regent de 1888. Bases de Manresa de 1892*. Estudio preliminar de J.A. Gonzalez Casanova. Barcelona, 1990, pp. 63 y ss. El Memorial aparecía firmado por una Comisión redactora formada por Permanyer i Ayats; Domingo Sanromá, Joseph Roca y Galés, Francisco Romaní y Puigden-golas, Fernando de Camps, Joseph Pella y Forgas y Valentí Almirall.

³⁶ GONZÁLEZ CASANOVA, Estudio preliminar cit, p. XXVI.

compuesto mas que como *federal*. Entiende que un Estado compuesto es aquel formado por la asociación de diversos estados simples, soberanos por naturaleza y señores de sus acciones³⁷. Tal como afirma el citado González Casanova, el nacionalismo de Almirall no lo llevó a substancializar la nación catalana, sino a aceptar la nacionalidad de Cataluña como un fenómeno social que no por ello le obligaba a constituirse en Estado nacional, sino en un estado simple dentro de otro *compuesto* por medio de la asociación con otras nacionalidades o Estados, como podía ser muy bien Castilla³⁸.

Este planteamiento esencialmente político, proporcionó evidentes argumentos a la hora de defender un modelo plural para el Código civil. Así Durán i Bas, al plantear la inconveniencia de proceder a la Codificación civil por medio del sistema de unificación, tal como se pretendía desde los inicios del problema, admitía la existencia de una unidad política, pero rechazaba que existiera la unidad social necesaria que se requería para una Codificación asumida por todos. Sus afirmaciones en la *Memoria*³⁹ van dirigidas a poner en evidencia que la unidad resulta imposible si el método para lograrla consiste sólo en la extensión de unas instituciones a otros lugares donde no están vigentes. Así dirá que resulta *un hecho evidente e innegable* que

«en la España del siglo XIX, existe,... la unidad política, pero no la unidad social». Por ello, «la conservación de las legislaciones forales en sus grandes lineamientos, en sus principios fundamentales, en sus instituciones más características, mientras con ellas esté identificado el espíritu del territorio en que rijan, y mientras no estén en pugna con los principios fundamentales del Estado y con las leyes eternas del orden social, lejos de romper la unidad nacional la ha de fortalecer»⁴⁰. Para acabar diciendo que

³⁷ Esta misma concepción aparecerá en *Lo Catalanisme* cit, p. 154 afirma que «Essent l'Estat compost una associació d'Estat simples, i divent aquestos limitar llur independència a l'associar-se, és evident que la condició essencial del sistema consisteix en la divisió de la sobirania. Los Estats simples, al tractar de formar una associació, han de començar per descompondre la sobirania en ses diferents atribucions», de donde deduce González Casanova la influencia de la Escuela del Derecho Público alemán.

³⁸ GONZÁLEZ CASANOVA, Estudio cit., p. XXVII.

³⁹ DURÁN I BAS, *Memoria*, cit., p. XXIV.

⁴⁰ DURÁN I BAS, *Memoria* cit., p. XXXVII.

«si mientras existen diversas nacionalidades, no es posible la unidad de Derecho entre estados independientes, la unidad del Derecho dentro de cada Estado, aunque haya un poder social común para todo el territorio, no debe imponerse mientras existan en su seno diferencias profundas, como en España acontece, respecto a la organización de las más fundamentales instituciones civiles»⁴¹.

Si confrontamos las ideas de Durán y Bas con las bases políticas que le proporcionaba el Federalismo de Almirall, podemos llegar a poner en evidencia los siguientes puntos de contacto:

1.º Durán y Bas abogaba por un sistema civil que, en palabras actuales, podría considerarse como *descentralizado*. Precisamente una de las críticas que aparecen en la introducción a la *Memoria* consiste en hacer el paralelismo entre la centralización administrativa a la francesa y la Codificación única en base a la extensión de instituciones⁴².

2.º El Derecho civil es uno de los signos que llegarán a identificar, en los planteamientos posteriores de Prat de la Riba, a la nacionalidad catalana, pero en aquel momento, Durán y Bas, de la mano de Almirall, lo defenderá como elemento de la nacionalidad: «donde hay individualidad en el ser y particularidad en los modos de ser, la identidad es inasequible; de lo cual se deduce que *la unidad en la legislación civil no puede conseguirse conservándose las nacionalidades*» (sub. mio ER)⁴³.

3.º Lo anterior no tiene porqué impedir una Codificación necesaria. Pero esta Codificación no podía nunca pretender la uniformización de todo el territorio. Por ello se debían establecer sistemas adecuados para organizar una Codificación con subsistencia de otros ordenamientos y prever qué debía hacerse en este caso. De aquí que el sistema de los Apéndices, previsto en el art 7 de la Ley

⁴¹ DURÁN I BAS, Ob. cit. p. XXXIX. Ver asimismo «Estructura más apropiada para un Código civil español», ponencia en el Congreso jurídico español de 1886, publicada en *Escritos del Excmo. Sr. D. Manuel Duran y Bas*. Barcelona, 1888, p. 381.

⁴² DURÁN I BAS, *Memoria*, cit., p. XII.

⁴³ DURÁN I BAS, *Memoria*, cit., p. XV.

de Bases de 1888 tuviera muchas connotaciones con un planteamiento federal ⁴⁴.

La Codificación fue, según esta interpretación, una pista de pruebas para la aplicación de las ideas Federalistas. Y esta situación no pasó inadvertida para los padres de la propia Codificación. Tenemos de ello dos ejemplos muy significativos:

a) Uno es el discurso de Alonso Martínez al presentar en el Congreso de los diputados el texto articulado del Código civil, en 1889. Hay que recordar que este político liberal, contrario en 1885 ⁴⁵ a la propuesta del conservador Silvela, en la que se mantenían los derechos denominados «forales», fue el responsable de proponer a las Cortes la definitiva Ley de Bases del Código civil, en 1888 ⁴⁶. En la defensa del texto articulado y frente a los ataques de los diputados «forales» relativos a la primera redacción del art 15 C.C., el entonces ministro de Gracia y Justicia deploraba amargamente el resultado de la Codificación:

«Entre respetar las legislaciones forales o aquellas de sus instituciones jurídicas que deban conservarse, y convertir la misma existencia de esas mismas legislaciones forales en un ideal político y en bandera de un partido, hay una distancia inmensa.

El *particularismo*, como hecho, como realidad, puede exigir de parte de los estadistas, de los hombres públicos y de los partidos políticos un profundo respeto; pero como *ideal*...ah! eso sería asemejarse

⁴⁴ Sobre el tema de las diversas posibilidades para conseguir finalmente la Codificación, ver ROCA TRIAS, «La Codificación y el Derecho foral». *Revista de Derecho Privado*, 1978, pp. 612 y ss.

⁴⁵ ALONSO MARTÍNEZ presentó en 1885 un voto particular al proyecto de Ley de Bases propugnado por Silvela. Este voto decía: «Sin perjuicio de lo que se dispone en la base 1.ª, en las provincias en que subsiste derecho foral se conservarán por ahora en toda su integridad aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres no se puedan suprimir sin afectar hondamente á las condiciones de la propiedad ó al estado de la familia. En consecuencia, con la publicación del Código civil quedarán derogados los Códigos romanos y las Decretales en las provincias en que hoy se aplican como derecho supletorio». *Diario de las Cortes. Congreso de los Diputados. Apéndice 10 al número 167. 9 de junio de 1885*, p. 1.

⁴⁶ ALONSO MARTÍNEZ, Senado. Sesión de 14 de abril de 1888. *Legislatura 1887-88. Diario n.º 86*, p. 1.741.

en cierto modo a los *partidos federales* (sub mio ER) que intentan descoyuntar los organismos nacionales ya formados, deshacer en pedazos una nacionalidad ya constituida, para convertirla en una federación. Asociarse con amor al *particularismo*, huir de que se constituya una verdadera nacionalidad sobre la base indestructible de la unidad legislativa, no querer que una nación se constituya sobre la unidad de las creencias, sobre la unidad de la lengua, *sobre la unidad de la legislación y del derecho* (sub. mio ER), eso, francamente, me parece desviarse del cauce abierto por la ley histórica del progreso y distinguirse de todos los partidos conservadores del mundo»⁴⁷.

Como consecuencia, Alonso Martínez defendía el criterio de atribución de la vecindad civil establecido en el primer art 15 C.C. de manera unidireccional, es decir, para determinar quiénes estaban sujetos al Código civil, sin establecer reglas para determinar quiénes lo estaban a los otros ordenamientos que el propio Código mantenía en vigor:

«El Estado español no puede alterar la legislación de un país extranjero, porque la acción del poder público en España, como en cualquier otro país, terminan en las fronteras. *Una razón análoga, no idéntica, es la que yo he tenido* (sub mio ER) para creer que no podíamos ni debíamos establecer nada con relación a las provincias forales, porque nosotros no teníamos el derecho a poner nuestra profana mano sobre el derecho foral».⁴⁸

b) El segundo elemento que demuestra la influencia del federalismo en la discusión del Código civil lo encontramos en la contestación del senador Romero Girón a los discursos de Duran i Bas, en que éste agradecía la conservación de los derechos «forales»⁴⁹. Romero Girón contestaba poniendo el dedo en la llaga:

⁴⁷ ALONSO MARTÍNEZ, Congreso. Diario de sesiones n.º 97. Sesión de 17 de abril de 1889, pp. 2611 y ss.

⁴⁸ ALONSO MARTÍNEZ, Loc. cit., en nota anterior.

⁴⁹ DURAN I BAS, Senador. Sesión de 18 de febrero de 1889. Diario n.º 48, p. 779, donde decía lo siguiente: «por más que yo considere que es un derecho de esas regiones el conservar nuestra legislación secular, por más que entienda que es un acto de buena voluntad en estos momentos respetar aquellas legislaciones en su integridad, hasta que la acción del tiempo venga a aproximar unas legislaciones a otras y no hay nada tan sólido como lo que por la acción del tiempo se produce, yo en nombre de las provincias forales, doy las gracias a los Cuerpos colegisladores por el acuerdo que entonces tomaron».

«Todo su discurso ⁵⁰ va encaminado en el fondo a evitar que Castilla tenga un Código civil (y siento tener que hablar de Castilla porque quisiera hablar de España)», añadiendo que «las consecuencias legítimas de este espíritu regional, llevado a ese último extremo, han de ser que *la legislación especial de Cataluña se haga por el gobierno de Cataluña*» (sub mio ER) ⁵¹.

Es decir, no se ejerció la competencia legislativa sobre los ordenamientos forales, porque los planteamientos políticos que estaban detrás de toda la discusión no lo hubieran permitido. Y no escapaba que las razones técnicas que se habían ido esgrimiendo en las diferentes etapas de la Codificación en realidad respondían a un planteamiento político bien diverso del que aparentemente presentaban.

En consecuencia, la nacionalidad de Cataluña como un fenómeno social, no obligaba de forma inmediata a la constitución de un Estado dentro del Estado, sino a un Estado dentro de uno compuesto por la asociación de otras nacionalidades; esto requería unidad y diversidad al mismo tiempo. Y el derecho civil estaba en el campo de la diversidad. Mientras que otros se encontraban en el campo de la unidad y aquí se estaban ya configurando los elementos que darán lugar en 1931 a la distribución entre el estado y las regiones, de materias competenciales, que se ha repetido en la Constitución de 1978.

Ahora, por seguir este hilo, vale la pena volver a los planteamientos del *Memorial de Greuges*. La diversidad dentro de la unidad, que es argumento redundante en las intervenciones de Duran i Bas tanto en su calidad de senador, como de diputado, tenía como base política el planteamiento del propio Almirall, para quien

«L'Estat, donchs, ha de tenir unitat en quant se refereix a sa vida de relació; diplomacia, comers exterior, marina i demés forsa pública en cas de guerra, etc., etc.» ⁵².

⁵⁰ Evidentemente, el de DURAN I BAS, cuyos principales argumentos se han transcrito en la nota anterior

⁵¹ ROMERO GIRÓN, Senado. Sesión de 26 de febrero de 1889. Diario de sesiones n.º 55, pp. 920-21.

⁵² *Memorial de Greuges*, p. 23 [85]. Sobre la interpretación de estas expresiones, GONZALEZ CASANOVA, p. XXIX.

En lo que se refiere al Derecho privado, el propio *Memorial* se encarga muy claramente de fijar el alcance de las reclamaciones relativas a la diversidad que se deseaba a pesar de la Codificación:

«Be s'haurá comprés que al dir dret civil, ho preném en son sentit restringit y no com a sinónim de dret privat en oposició al dret públich. Fem aquesta observació pera que no s'entengui que aboguém per la varietat d'algunes parts del dret privat, en las que la unitat es, sino indispensable, útil y convenient al Estat pera'l cumpliment de sa misió. Lo dret mercantil, per exemple, te per objecte actes y obligacions que no estan generalment circunscrits á una sola regió, y sas prescripcions interessan á totas las que forman la nacionalitat, perque á totas s'extén lo comers. Es útil que en aquesta part del dret privat existeixi la unitat, y deu, per tant, procurarla l'Estat. Per fortuna lo comers tendeix per sas naturals condicions á aplassar totas las diferencias que li serveixen d'obstacle, y expontáneament facilita'l camí á la unificació»⁵³.

Este planteamiento no quedará limitado a los argumentos en pro del mantenimiento del Derecho civil catalán; como se sabe, determinará, en 1978, de forma notoria la lista de competencias que se establece en el art. 149.1 CE, en el que la referida al Derecho mercantil se atribuye en exclusiva al Estado.

De las bases federalistas, se deducirá que la Codificación no podía ser única para todo el país, sino que debía procederse a codificaciones distintas, devolviendo a cada una de ellas la «movilidad» que perdieron como consecuencia de las soluciones político-centralistas, iniciadas en el siglo anterior; para facilitar esta «movilidad», Almirall proponía en el *Memorial*, la creación de una Comisión de codificación para cada una de las legislaciones «forales», con las mismas atribuciones que la General⁵⁴. La lectura del *Memorial*, su

⁵³ *Memorial de Greuges*, cit, p. 41 [103].

⁵⁴ Las conclusiones del Memorial, en lo que se refiere a la conveniencia de mantener el Derecho civil catalán, fueron las siguientes:

«1.^a No existeix en Espanya un dret civil comú y altres forals. Existeixen, sí, varias legislacions regionals particulars, perfectament iguals en jerarquia.

2.^a La unificació del dret civil no es indispensable als fins del Estat. Quan existeixen en lo país grupos ó rassas de diferent carácter, qual varietat casualment se demostra en la existencia de legislacions diferents y encara diverses, la unificació, lluny de ser útil, es perjudicial á la misió civilitzadora del Estat.

confrontación con los razonamientos parlamentarios de los diputados catalanes y muy especialmente, de Duran i Bas y el salto a las soluciones de la Constitución de 1978 demuestran que, como he dicho al comienzo, la historia de la Codificación civil es sólo la punta del inmenso iceberg del Nacionalismo soterrado. Pero es además la primera victoria de estas tesis, ya que hasta aquel momento nunca se había planteado la cuestión en los términos en que se hizo con ocasión (seguramente bajo el pretexto) de la Codificación civil.

b) *Las bases constitucionales del mantenimiento del Derecho regional.* A lo largo de este trabajo he repetido que la estructura de los Códigos era un planteamiento constitucional. Las Constituciones requerían la unidad como uno de los elementos de la estructura del

3.^a La unificació de drets civils tan diferents y diversos com existeixen a Espanya, no pot verificarse per medi d'una codificació única, puig que aquésta inevitablement ha de pendre'l caràcter de uniformació per absorció.

4.^a Essent les legislacions civils particulars perfectament iguals en jerarquia, si ha arribat la oportunitat de la codificació, y la recomana la ciencia, — (extréms que no afirmém ni neguém),— deu procedirse á la de cada una d'ellas en particular, per los medis més adequats á son especial esperit.

5.^a Prevenint l'article 75 de la Constitució que «Uns mateixos códichs regirán en tota la Monarquia, sens perjudici de les variacions que per particulars circumstancies determinin las lleys» no hi ha cap obstacle á que per medi d'una Lley, se determini, que las legislacions civils particulars regionals han de ser variadas, trayentse després d'aquesta declaració totas las consecuencias naturals.

6.^a La primera y més trascendental d'aquestas consecuencias es, que deura tornarse á las legislacions regionals la movilitat que'ls hi es necessaria per anarse atemperant á las necessitats y corrents dels temps, trayentlas del estancament en que's troban.

7.^a Per conseguir lo resultat que s'acaba d'indicar, ó si's cregués útil la codificació de las legislacions regionals separadament, dintre de la Constitució y de las lleys, podria nombrarse pera cada una d'ellas una Comissió de Codificació, ab iguals atribucions y análechs encárrechs que la que avui existeix, y que podria continuar pera'l dret castellá; quals comissions estudiessin ab la calma y la mesura que la importancia trascendental del assumpte requereix, la legislació que especialment tinguessin encarregada. Aquestas comissions, formadas per juriconsults de la regió respectiva, y devent reunirse en alguna de las poblacions de la mateixa, podrian proposar al Poder legislatiu las modificacions, reformas ó derogacions que estimessin justas y convenientes al dret regional, y en son lloch y cas preparar la compilació ó codificació del que tinguessin á son càrrech.» Memorial de greuges, pp. 53 y 54 [115 y 116].

estado tal como aparecía concebido en aquellos momentos. Y he dicho también que la conservación de la pluralidad en relación con la legislación civil venía favorecida por la expresión del art 75 de la Constitución de 1876, en el que se permitía que las leyes preveyeran diferencias en el Código *único*, cuando concurrieran *particulares circunstancias*. El ligamen, por tanto, entre las normas constitucionales, la distribución de competencias entre poderes legislativos diversos y la legislación civil utilizada ya en 1888 como campo de pruebas de esta solución apareció ya en las discusiones sobre si se ajustaba o no a la Constitución entonces vigente, la de 1876, la posibilidad planteada por el conservador Silvela, de que la Codificación mantuviera la vigencia de los derechos «forales», que ni se codificaban ni desaparecían.

Cuando Francisco Silvela presentó el proyecto de Ley de Bases, en 1885 en el Senado, las primeras críticas se centran en torno al ajuste a la Constitución de un proyecto que se limitaba a codificar el Derecho civil de Castilla⁵⁵. Efectivamente el senador marqués de Seoane entendía que en cierta manera resultaba contrario a la Constitución mantener los sistemas forales⁵⁶. Silvela consideraba que el art 75 debía cumplirse en dos etapas:

«Primera etapa: el Código civil en el cual no hay variación, sino la más absoluta unidad, formado en el cumplimiento de la primera parte del precepto, para que sea ley en 40 provincias españolas, que están dispuestas a recibirlo como tal. Segunda etapa: cuando trate-

⁵⁵ La base I del Proyecto de Ley de Bases presentado al Senado el 12 de enero de 1885 decía que «El Código se ajustará en el trazado de su plan general al proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido capital pensamiento de las instituciones del Derecho histórico de Castilla». Esta alusión se mantiene hasta el proyecto remitido por el Senado al Congreso (Diario de sesiones. Congreso de los Diputados. Apéndice primero al número 143. 7 de mayo de 1885) y desaparece en el Dictamen de la Comisión referente al proyecto de Ley remitido por el Senado autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en el mismo se establecen (Diario de sesiones. Congreso de los Diputados. Apéndice segundo al número 166, p. 3, 6 de junio de 1885). Allí se emplea la expresión «instituciones civiles de derecho histórico patrio», que se iba a mantener en la Ley de Bases de 1888.

⁵⁶ MARQUÉS DE SEOANE, Senado. 26 de febrero de 1885. Diario de sesiones n.º 72, p. 1380

mos de las provincias forales, si hay que introducir una o varias modificaciones en el Código perfectamente uniforme que hoy se discute, entonces será oportuno que invoque el Gobierno la facultad que le concede este artículo de la Constitución en su segunda parte.....Antes era preciso que todas, absolutamente todas las instituciones rigieran de igual suerte en las 49 provincias de España y esto mismo ha dicho la Constitución de 1876 al disponer que unos mismos Código regirán en toda la Monarquía; pero añade: salvo las variaciones que en algunas instituciones determinen las leyes. Así, cuando vengamos aquí con las reformas necesarias en la legislación foral; cuando hagamos uso de la segunda parte de este artículo constitucional (porque lo que presentamos ahora ha de regir únicamente en 40 provincias de España, en las cuales seguirá vigente la legítima y lo demás que hemos establecido sumpliendo la primera parte de este artículo), si vemos que hay una, dos o tres instituciones que en esas provincias forales deben conservarse, entonces habrá llegado la hora de invocar la segunda parte del precepto constitucional»⁵⁷.

También era éste un problema que afectaba la postura catalana desde la óptica del federalismo. Almirall critica los argumentos que se utizan con base constitucional para justificar que no pudieran mantenerse las legislaciones forales, porque una Constitución no es fuente de ciencia y además, la propia disposición constiucional no es terminante:

«Si aquestos quedan reduhits á la invocació d'un precepte constitucional, ¿quina forsa científica pot concedirselshi? No creyém que's pretengui que una constitució sia font de ciencia y patró de totas perfeccions, de manera que la constitucionalitat d'un fet constituheix, si, un argument legal, nó una rahó científica. Una constitució pot estar renyida ab totas les prescripcions de la ciencia, y ser, no obstant, lley d'un Estat. L'argument que examiném, donchs, sería tot lo més argument d'autoritat, si la prescripció constitucional fos terminant. Per sort dista de serho , y sino s'hagués presentat mutilat lo párrafo tercer de l'article 75 de la Constitució, se veuria que l'argument ni sisquera es de autoritat....Es ben segur, per lo que deixém demostrat en altres párrafos, que no poden oferirse circumstancias particulars de més forsa que las que militan en favor de las variacions que representan las llegendacions civils regionals»⁵⁸.

⁵⁷ SILVELA, Senado. Sesión de 26 de febrero de 1885. Diario de sesiones n.º 72, pp. 1380-81.

⁵⁸ *Memorial de Greuges*, p. 49 [111].

En el *Memorial*, por tanto, se plantea la cuestión política bajo el desprestigio de la ciencia: una constitución es sólo un acuerdo político; las legislaciones civiles, como ha demostrado antes el texto, deberían conservarse porque sus raíces son absolutamente científicas. Pero, además, el propio art. 75 de la Constitución daba argumentos en favor de este mantenimiento.

IV. LAS RAZONES TÉCNICAS DEL MANTENIMIENTO DE UNA «ANOMALÍA». LA DISCUSIÓN DE LA LEY DE BASES.

Hasta aquí se ha estudiado la relación existente entre los planteamientos políticos y la ocasión que les brindaba la discusión de la Codificación. Pero cuando se estudian los grandes elementos técnicos de la Codificación, favorables y contrarios al Código civil único, se reproducen los mismos argumentos que ya hemos visto se habían utilizado al discutir qué debía ocurrir con el Código.

No es este el lugar adecuado para reproducir una polémica que ha sido objeto de diversos trabajos en el campo del derecho civil⁵⁹. Pienso, sin embargo, que para dejar cerrado el ciclo y ver cuáles son todos los argumentos utilizados resulta útil una breve referencia a los dos grandes problemas técnicos planteados: la naturaleza del derecho «foral» y la conveniencia del mantenimiento de los derechos supletorios.

1. LA NATURALEZA DEL DERECHO «FORAL»

El principal argumento utilizado en las discusiones de la Codificación en contra del mantenimiento de los derechos «forales» fue el de la naturaleza «privilegiada» de estos ordenamientos, con lo que se

⁵⁹ Me he referido de manera constante a la obra de CASTRO, *Derecho civil de España*, pp. 210 y ss, donde pone de relieve las razones políticas de la diversidad aunque con un enfoque evidentemente distinto del que aquí se sostiene; también CLAVERO, en *El Código y el Fuero*, pp. 19 y ss, aunque después reconsidera la postura en diversos trabajos. Para Aragón, ver DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios cit.* pp. 99 y ss; ROCA TRÍAS, «La Codificación» cit. In totum y, finalmente, TOMÁS Y VALIENTE, *Manual*, Cit. Cap XXX.

les negaba la categoría que ahora se acaba de utilizar ⁶⁰. Al tener la consideración de derecho *privilegiado*, es decir, de excepción a la regla general, contenida en el Derecho civil de Castilla, su mantenimiento resultaba absolutamente contradictorio con la modernidad que significaba la Codificación. La técnica de la Codificación constituía, como ya se ha puesto de relieve, en la expresión formal del principio de igualdad; mantener un privilegio que hacía a determinados ciudadanos de condición distinta que otros ciudadanos del mismo Estado, resultaba contrario al mencionado principio; en consecuencia, la unidad del ordenamiento civil era un corolario lógico de la igualdad proclamada constitucionalmente. De aquí que los privilegios carecían de base legal y debían desaparecer.

De aquí que en las discusiones sobre Codificación, se mantuviera la postura contraria a la conservación de los derechos «forales» sobre la base de que al tratarse un derecho «privilegiado» era excepcional y debería desaparecer, frente a los foralistas que sostenían que se trataba de un conjunto de normas emanadas del poder legislativo legalmente constituido en la época en que se pusieron en vigor y que, por lo tanto, no se trataba de un derecho excepcional. Para resumir todas las intervenciones contrarias a la tesis de la excepción sólo citaré al diputado Gil Berges, para quien

«en España no hay legislaciones civiles de excepción; todas las que rigen son, en su respectivo territorio, reglas generales. No constituyen desviación del Derecho civil de Castilla ni el Derecho civil de Aragón, ni el Derecho civil de Navarra, ni el Derecho civil de Cataluña, ni el Derecho civil de Vizcaya; lo que allí existe es tan español históricamente y tan principalmente como lo que existe en Castilla» ⁶¹.

⁶⁰ Y esta cuestión duró casi un siglo, con lo que se vino a denominar cuestión foral, uno de cuyos máximos exponentes fue Federico de Castro, quien aceptaba plenamente las tesis expuestas en su día por Alonso Martínez y consideraba que el Derecho «foral» tenía la naturaleza de derecho particular, excepcional y privilegiado, para el que no regía por completo el principio *iura novit curia*. Ver la obra citada pp. 246-247.

⁶¹ GIL BERGES, Congreso de los Diputados. Sesión de 18 de junio de 1885. Diario de sesiones n.º 176, p. 5199. Ver el resumen de la discusión en DELGADO ECHEVERRÍA, *Comentarios a la Compilación* cits. p. 105 y ROCA TRÍAS, «La Codificación», cit. pp. 609-612.

Esta discusión, evidentemente, debía aparecer recogida y argumentada en el *Memorial de greuges*, que según la tesis que aquí se sostiene, sirvió de patrón político a las soluciones y argumentos de los diputados y senadores catalanes en ocasión de la Codificación. Así, se afirmará que la legislación catalana es tan completa como la castellana, concluyéndose que no existe en España un derecho común y otros especiales, sino diversas legislaciones particulares iguales todas en jerarquía⁶².

Por ello la discusión entre los partidarios de la unificación y los de la conservación de los derechos «forales» se basó en parte sobre la consideración de estos últimos como derechos «excepcionales»: si se reconocía la absoluta igualdad frente al Derecho de Castilla, no se podía negar legitimidad a quienes afirmaban que debía procederse a efectuar tantas codificaciones como sistemas jurídicos existían en el territorio; no se cumpliría entonces el mandato constitucional contenido en el art. 75, de que un mismo Código civil rigiera en todo el territorio. Por esta razón, los legisladores españoles no estaban dispuestos a reconocer esta igualdad de origen y de legitimidad, porque ello era volver a los planteamientos federalistas, que después de la experiencia de la 1.^a República, el país no estaba dispuesto a aceptar.

Una forma de salvar esta contradicción y facilitar la entrada en vigor del Código civil fue, pues, la solución contenida en el art. 6.^o de la Ley de Bases de 1888: la subcodificación de los derechos «forales» por medio de Apéndices, que sin llegar a la tesis de Alonso Martínez,

⁶² *Memorial de Greuges*, conclusión 1.^a reproducida en nota 56. Ver asimismo el argumento que a este respecto aparece en la página 41 [103], donde se afirma lo siguiente: «Avans de tot hem de negar á la lleisllació castellana tota preeminencia ó superioritat sobre les demés, y, per consegüent, si al nomená-sela comú se vol significar que les altrás son excepcions, no acceptém la paraula. Lo dret castellá s'extén sens dubte á la major part del territori espanyol y á la major part de sos habitants, pero aquesta extensio no li dona cap superioritat ni preeminencia. Es un dret tan particular com los de las demés regions. Per lo que respecta al nostre,.....,es fill de nostra autonomia en épocas en que cap relació de dependencia nos lligava á Castella, y cap Monarca castellá tenia potestat per concedirnos furs. Ni'l dret de Castella, donchs, es comú, ni'l nostre es foral. Un y altra son particulars de las comarcas en que imperan, é igualment respectables per son origen». En el mismo sentido, en la página 47 [109].

propiciaban la futura configuración de los Derechos «forales», como «excepcionales» y ello por dos razones:

— La primera, que si existían y no desaparecían con la Codificación, ello era debido a un pronunciamiento expreso del art. 5.º de la Ley de Bases, primero y del art. 12 del propio Código civil después.

— La segunda, que su «codificación» en cuerpos adicionados y no independientes del Código civil los convertía en un auténtico y real privilegio. Lo que hasta entonces no lo era, lo fue por obra y gracia del Código civil ⁶³.

La tensión entre excepción/privilegio *versus* racionalidad/Codificación, fue ganada por ésta última en una primera batalla. Lo que no significa, como la experiencia se ha encargado de demostrar, que la unidad hubiese ganado en aquel momento la guerra.

2. LA NUEVA BATALLA DE LOS «SUPLETORIOS»

La quietud del siglo XVIII acerca de lo que debía o no ser aplicado en cada Audiencia se rompe en Cataluña sólo con la discusión del tema de los Derechos supletorios ⁶⁴. Pues bien, los mismos argumentos utilizados en el siglo XVIII para intentar la aplicación del Derecho castellano como supletorio se reproducen a finales del XIX. Cuando en el proyecto de Ley de Bases presentado en 1885 se propuso mantener la vigencia de los derechos romano y canónico como supletorios de aquellos ordenamientos que los tuvieran como propios, el argumento usado en contra fue el tradicional: estos derechos, el romano y el canónico, eran extranjeros y, por ello, proponer su mantenimiento y su consiguiente aplicación por los tribunales suponía una dejación de soberanía que un Estado moderno no podía

⁶³ Esta argumentación fue la que se utilizó, por una parte de los diputados en la discusión en el Parlamento de Catalunya sobre el Proyecto de Apéndice de 1930; en algunas intervenciones, se pone de relieve esta dependencia del Apéndice en relación con el Código civil, que desaparecía en tanto que la Constitución de 1931 reconocía competencias al Parlament en materia civil. Sobre esta cuestión, ver ROCA TRÍAS, «La modernització del Dret civil català. Reflexions entorn a la reforma de la Compilació». R.J.C., 1985, pp 588-589.

⁶⁴ Ver las obras citadas en nota 12, a las que me remito.

tolerar. De aquí que surge un nuevo argumento: si se mantienen es porque forman parte integrante de su derecho, no es derecho extranjero, sino derecho propio. Por ello Silvela dirá en dos ocasiones que regirán supletoriamente

«si bien no como legislación extranjera, porque no puede admitirse que una parte de España tenga derecho a regirse por una legislación extranjera»⁶⁵,

añadiendo en el Congreso de los Diputados que

«esta legislación supletorio no merece verdaderamente este nombre; es porque la mayor parte del Derecho canónico y del Derecho romano forman un todo completo, un todo armónico y el desmembrarlo constituye una verdadera mutilación en aquellas leyes»⁶⁶.

Sabido es que el Derecho supletorio se mantuvo, que las regiones forales tuvieron que admitir un nuevo supletorio, el Código civil, y que no todas las regiones forales tuvieron el mismo régimen; porque en Aragón y las Baleares el Código civil entró directamente en vigor como tal supletorio en el momento de la Codificación, siendo el único aplicable en defecto de disposiciones propias⁶⁷.

⁶⁵ SILVELA. Senado. Sesión de 20 de febrero de 1885, Diario de sesiones, n.º 63, p. 1269.

⁶⁶ SILVELA. Congreso de los Diputados. Sesión de 16 de junio de 1885. Diario de sesiones n.º 174, p. 5085. Sobre la discusión parlamentaria, ver ROCAR TRÍAS, «La Codificación» cit., pp. 635-641.

⁶⁷ El tema aragonés ha sido tratado específicamente por DELGADO ECHEVERRÍA, en *Comentarios*, cit., pp. 114 y ss.