

MOMENTO ACTUAL Y FUTURO DEL DERECHO CIVIL^[1]

por Eugenio LLAMAS POMBO^[2]

1.- A MODO DE JUSTIFICACIÓN Y AGRADECIMIENTO.

Cuando recibí la invitación del Presidente del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal para pronunciar una conferencia en tan conspicua institución, padecí de inmediato dos sentimientos encontrados. Por una parte, la gratitud hacia mi querido amigo y colega el eximio civilista Dr. ATILIO ANÍBAL ALTERINI, que al abrirme las puertas de la casa que preside me dispensaba un alto honor. Y en segundo término la duda acerca de la elección de un tema que fuera de interés a un auditorio lo más amplio y heterogéneo posible, sin caer en localismos ni excesos de especialización. Por ello, me pareció apropiado exponer en voz alta una breve reflexión acerca del momento que atraviesa la disciplina del Derecho civil a la altura del año 2000, y cuáles son sus perspectivas de futuro. Lo que se justifica no sólo por la emblemática cifra milenarista, sino también por la necesidad que acucia al jurista práctico de detenerse ocasionalmente en su (vertiginosa) tarea cotidiana, trascender y elevarse por un momento y examinar el estado de la materia que profesa, de la herramienta jurídica que maneja todos los días. Sobre todo, para cuestionarse si estamos en el buen camino, o es preciso efectuar alguna corrección en el timón para emprender rumbos más fecundos a la hora de responder a lo que la sociedad nos reclama.

2.- ARTICULACIÓN DEL DERECHO CIVIL MODERNO EN SUS COORDENADAS HISTÓRICAS.

Es preciso acercarse al concepto de Derecho Civil a partir de su formulación histórica. Como enseñó el Profesor DE CASTRO, tal orientación se corresponde con una de las principales manifestaciones de su esencia: la de presentarse como *categoría histórica*, dinámica, cambiante, producto de la experiencia jurídica, en contacto permanente con la realidad social. Pero esa historicidad del Derecho Civil, viene articulada en todo caso con un ingrediente de estabilidad, de permanencia, que no es menos importante. Así, existe una “ambivalencia irreductible” entre inmutabilidad y contingencia jurídica, entre lo viejo y lo nuevo, entre lo trascendente y lo inmanente, entre la racionalidad y la historia. Ello obliga a examinar lo que hay de nuevo en la sociedad de principios del siglo XXI, para rechazar y renovar aquello de inservible que, con seguridad, todavía existe en nuestra disciplina, y aprovechar y potenciar las viejas instituciones imperecederas en la medida en que siguen ofreciendo solución a los problemas reales.

Como es bien sabido, se pueden reducir las coordenadas históricas del Derecho civil a tres grandes fases:

1º- El largo proceso formativo del Derecho civil que, a partir del viejo *ius civile*, modelado a través de la Recepción, y madurado con la Codificación, cristaliza en el verdadero nacimiento del Derecho civil moderno. No se puede olvidar que somos legítimos herederos de una tradición jurídica milenaria, que aún hoy abundan en nuestro ordenamiento innumerables normas procedentes de la Ley de las XII Tablas, que a menudo manejamos paremias tomadas directamente del Digesto, y el Tribunal Supremo español. y cualquiera de nuestros tribunales frecuentemente citan textos de las Partidas o las Leyes de Toro para fundamentar sus decisiones. Que, en fin, el mismo edificio sistemático del Derecho civil en el que encaja el código, la totalidad de los tratados y manuales de la disciplina, y los propios planes de estudios de las Universidades, sigue hundiendo sus raíces en esa tradición que arranca en Roma. Pero esa evolución es bien conocida, y no voy a referirme a ella.

2º- Colocándonos ya en la segunda fase, es indiscutible que los civilistas partimos, como es lógico, de nuestro propio *Corpus iuris civilis*, es decir, el *Código civil* y aquel puñado de textos especiales que lo completaban durante el siglo XIX (Ley Hipotecaria, Ley de Registro Civil, Ley de Enjuiciamiento Civil, etc.). En efecto, igual que los juristas en el *Ius Commune* operaban sobre el *Corpus Iuris Justiniano* y los textos del *Ius Proprium*, nosotros, sin duda los herederos más favorecidos de aquella tradición jurídica, hemos adoptado desde el siglo XIX nuestro propio *Corpus iuris*.

Ciertamente, no es que se desprecie la tradición anterior al Código, y existen hoy civilistas que conocen y manejan con toda soltura las fuentes romanas, los textos del *Ius Commune*, y las obras de DONELLO, DOMAT, POTHIER (no tanto ya los BARTOLO, CUYACIO, MOLINEO...), y nuestros grandes clásicos GREGORIO LÓPEZ, COVARRUBIAS, VÁZQUEZ DE MENCHACA o RAMOS DEL MANZANO. Pero hay que reconocer que esa vertiente de la doctrina civilista es claramente minoritaria y *rara avis in terris*. Se diría que todo arranca en ese *Corpus* que constituye el Derecho civil codificado, con sus propios contornos. Citaré sólo algunos:

a) Se ubica el Derecho civil dentro del Derecho Privado (reino de la autonomía de la voluntad, de las normas dispositivas y de la libertad civil).

b) Es clásica la identificación entre Derecho civil y ordenamiento o estatuto jurídico de los particulares. Es el ordenamiento del *status personae*. Ecuación que no puede aceptarse a secas, por su excesiva generalidad: otras ramas jurídicas (mecantil o laboral) absorben aspectos muy significativos de la individualidad de la persona. Por eso, concretando más, el Derecho civil se orienta a establecer los principios básicos de la personalidad, y contempla la persona en su intimidad jurídica, en los aspectos más intrínsecos y más afectos para el hombre. No regula determinadas situaciones o actividades de la persona (comerciante, trabajador, empresario o litigante), sino las expresiones más profundas y arraigadas del ser humano, y por ello, de mayor participación comunitaria. O sea, los aspectos privados del libre desarrollo de la personalidad consagrado (aunque no "inventado") en las Constituciones.

c) Por eso, por su entronque liberal, burgués y conservador, ese Derecho civil codificado se basaba en las siguientes instituciones, resumidas hace poco por mi maestro el Prof. MARIANO ALONSO PÉREZ:

- Propiedad privada tendencialmente ilimitada.
- Libertad contractual igualitaria.
- Patriarcalismo familiar burgués, donde el varón detenta la *potestas* sobre los hijos y la *manus* sobre la esposa.
- Matrimonio canónico, o civil subsidiario con grandes dificultades, ambos indisolubles.
- Filiación discriminada por razón del nacimiento.
- Prevalencia del agrarismo sobre los valores industriales o urbanos, con un derecho de cosas campesino, anacrónico incluso para su época.
- Derecho de obligaciones abstracto, estático, intemporal, construido *more geometrico*, para servir los intereses del libre cambio y el capitalismo burgués.
- Derecho de sucesiones tendente a perpetuar la propiedad individual, e instrumento de cohesión *post mortem* de la familia burguesa, con generosas legítimas y abundantes limitaciones a la libertad de testar.

3º- Pero ese no es, en absoluto, el “momento actual” del Derecho civil postcodificado de principios del siglo XXI, ni siquiera el de finales del siglo XX. La sociedad española y el Derecho civil del año 2001 tiene muy poco que ver con los de 1889, e incluso con los imperantes en 1974, cuando se reforma el Título Preliminar. Y lo mismo podría decirse de la sociedad y el Derecho argentinos. Han cambiado demasiadas cosas como para seguir conformándonos con un Derecho civil limitado a los contornos del viejo Código. Ha cambiado la forma de Estado, ha cambiado su organización jurídico-constitucional y territorial, ha cambiado el enclave geopolítico dentro del marco europeo (o sudamericano, respectivamente), se han mutado muchos de los valores imperantes, el modelo económico, basado hoy en el bienestar, el consumo y el Estado social, se han transformado enormemente las formas de organización familiar, etc.

El Derecho civil no permanece (no puede hacerlo impunemente) impasible ante todo ello. Buena prueba de lo que decimos son los cambios profundos que ha conocido el texto del Código civil español, fundamentalmente a partir de 1981. Y no digamos en el caso de la Argentina, donde en los últimos años han sido varios los intentos de promulgar un nuevo Código civil, el más reciente de los cuales se encuentra en plena fase de discusión.

3.- ANAMNESIS, DIAGNÓSTICO Y TRATAMIENTO DEL DERECHO CIVIL MODERNO.

Seguidamente, y en un examen más o menos superficial, me permito ir comparando aquel Derecho civil que muchos de nosotros estudiamos, con el actual Derecho civil, para ver

qué queda de aquella tradición heredada de la codificación, qué cambios se han producido, qué males aquejan a nuestra vieja disciplina, y qué remedios terapéuticos cabe prescribir para combatirlos.

3.1. Hay que aludir, primeramente, a la famosa “*crisis*” del Derecho civil, que se viene proclamando a los cuatro vientos desde los años 20, y de la que se habla como si fuera una realidad evidente e indiscutible. Si de verdad el Derecho civil está en crisis, no habrá otra salida que indagar en el diagnóstico y etiología de la misma, y proponer las soluciones que se juzguen adecuadas. Sin embargo, esa crisis en realidad encierra un problema noseológico inherente a nuestra disciplina, y a la necesidad de vigorizarla, de revitalizarla. Ciertamente el Derecho civil codificado estaba aquejado de un exceso de dogmática (*idola ratiōnis*), y un exceso de historicismo (*idola Historiae*). Y ello es algo que ha venido a corregirse, según razono a continuación.

En suma, recordando a PINK FLOYD, me pregunto “Crisis, what crisis?”, y prefiero hablar de una continua dialéctica de articulación entre lo nuevo y lo viejo de la disciplina, que no constituyen realidades antagónicamente irreconciliables, sino perfectamente armonizables. Lo permanente no está reñido en absoluto, con el dinamismo que impera en las estructuras de nuestra sociedad. Nada autoriza a hablar de “crisis” o expresiones similares cuando el Derecho civil está asimilando estructuralmente esa creatividad y ese dinamismo, ese hacerse existencialmente de forma paralela a la realidad y los valores de la persona, y armonizar todo ello con lo que resulta estable y permanente, sabiendo rechazar lo meramente circunstancial y anecdótico.

La gran transformación del Derecho civil a lo largo del siglo XX ha consistido justamente en deshacerse de rémoras históricas y anclarse en las grandes transformaciones tecnológicas de fin de siglo: la propiedad, el crédito, la familia o la responsabilidad civil del año 2001 no tienen nada que ver con las del XIX. Y por ello, el Derecho civil moderno se declara “enemigo mortal” de las viejas glorias, de tradiciones inservibles, de brocardos y latinismos medievales hoy sin vigencia y del dogmatismo cartesiano alejado de los problemas sociales. Y ello sin dejar de encarnar y realizarse en la Historia, como realidad y experiencia con la que siempre debe guardar conexión. Un buen ejemplo de lo que decimos está en la aplicación del viejo Derecho de vecindad al servicio del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, consagrado por el artículo 45 de la Constitución española, e impuesto por la demanda social.

3.2.- Hace tiempo que conocemos la necesidad de someter *la vieja summa divissio* de Ulpiano a meros “*criterios de preponderancia*” (según recomiendan BULLINGER y RAISER), de manera que Derecho Público y Derecho Privado ya no se contraponen axiológicamente, sino que se estructuran paralelamente y se complementan recíprocamente, estableciéndose campos de preponderancia o intensidad relativa de lo público y lo privado. Campos que en el Derecho Privado se fundamentan en el valor de la autonomía, en las instituciones más íntimamente conectadas a la libre disposición e iniciativa de la persona, a través del derecho subjetivo y el negocio jurídico.

Adicionalmente, también hay que someter la clásica identificación entre Derecho Civil y Derecho Privado al *principio de solidaridad*, del que habló RODOTÀ, y que obliga a ceder autonomía privada para obtener bienestar colectivo.

En suma, al civilista actual ya le interesa muy poco determinar si su Derecho es público o privado: es un *ius novum* que tiene de todo. Tanto el Derecho de la construcción, como el Derecho de daños, el de Persona, Familia o el Inmobiliario, por poner algunos ejemplos, concitan la interacción de normas públicas y privadas.

3.3.- Clásicamente se identificó en el orden sistemático el Derecho civil con el *Derecho privado general*, en la medida en que (según se decía, y se sigue afirmando) nuestra disciplina guarda entre sus conceptos fundamentales los principios que informan al conjunto del Derecho privado. E indudablemente, aparece como supletorio e integrador de otros ordenamientos especiales, como en la legislación española se desprende de los artículos 4.3 del Código civil, 2 y 50 del Código de Comercio.

Ello, es obvio, ha de examinarse bajo el prisma del llamado “proceso de desasimilación” del Derecho civil, que fue magistralmente formulado por D. DEMÓFILO DE BUEN hace ya años, y que alude a la paulatina segregación de ramas respecto del viejo tronco común: el Derecho Mercantil (pese a la corriente unificadora, de difícil consecución en España por motivos constitucionales), el Derecho del Trabajo o el Derecho Procesal).

Sin embargo, frente a dicho reflejo de desasimilación, la magnitud de los problemas y las normas que integran algunas materias, hace que muchos piensen -o pensemos- en una verdadera especialización dentro de la materia civilística: cobran vigor ramas como el Derecho de Daños, el de los Consumidores, de la Construcción, Notarial, Inmobiliario, de Familia, de las Personas Jurídicas, etc. Algo similar a lo sucedido en Medicina, donde la Patología General se ha desdoblado en Oncología, Cardiología, etc.

3.4.- En el orden legislativo, el Derecho civil heredado de la codificación fue hijo del orden racional: matemático, preciso, de artículos bien contruidos, a menudo redactados con brevedad. Se quería condensar en cada precepto legal la rica tradición y la experiencia jurídica construida en torno al *Corpus iuris civilis*. Por el contrario, el Derecho civil fraguado en el siglo XX ha roto con el sistema, con la razón escrita, con las fórmulas lingüísticas exactas. Es un Derecho de artículos farragosos, extensos, a menudo mal escritos, contruidos fuera del orden sistemático: anclados en el más crudo positivismo, desentendidos de la experiencia histórica. El legislador se mueve confuso en un fárrago infinito de leyes especiales, a veces tan extensas como un código, interesadas sólo en el momento presente. Preceptos legales que nacen destinados a una vida breve, sometidos a los mismos cambios que trae el vértigo veloz de la sociedad posmoderna.

Frente al Derecho civil codificado, hecho -como las grandes instituciones del *ius commune*- para la perennidad, para servir de paradigma clásico, el Derecho civil de las puertas del siglo XXI tiene mucho de usar y tirar, hijo del consumismo, y él mismo, como su primogénito el Derecho mercantil, un ordenamiento de consumidores y de relaciones de mercado.

Todo ello se traduce formalmente en la *descodificación* del Derecho civil, de la que hablaron ya hace algún tiempo IIRTI, BUSNELLI, SACCO y otros. El Código civil deja de ocupar

un lugar central en el ordenamiento jurídico privado, y por el contrario, modernamente, viene a convertirse en un elemento más, en uno de los múltiples “microsistemas”, que integran el “polisistema”, y entre los que se encontraría una legislación llamada “especial” (aunque no tiene ya nada de especial) que GIORGIANNI califica de “inundante, torrencial y elefantiasica”.

Si el Derecho civil codificado, como hijo de la divina razón, se condensó esencialmente en los Códigos -“razón escrita”-, y las leyes especiales -pocas- giraban en torno al código como centro del sistema solar jurídico (*Derecho civil centrípeto*), hoy sucede todo lo contrario: como el universo, está en continua expansión. En el Derecho civil moderno, el Código es el *big ban*, y queda como una pequeña estrella que ilumina tenuemente una gran constelación de normas que están en leyes especiales, muchas fundamentales, que constituyen el *ius civile novum*, frente al *vetus*. Y si, en el caso de España, pensamos en la inmensidad del que antes se llamaba Derecho foral, hoy Derecho civil autonómico (cuando no sencillamente, según creo, Derecho civil catalán, gallego, aragonés, etc.), el Código civil es casi una estrella apagada: he aquí un *Derecho civil centrífugo*, por tanto.

A pesar de todo lo anterior, es prácticamente unánime la opinión de que el Código no debe ser abandonado pues, como dice BERCOVITZ, “es el heredero de toda la dogmática jurídica que, procedente del Derecho común, fue transvasada al Derecho moderno precisamente a través de los textos codificados”. Y enseña LACRUZ que “sigue suministrando las claves hermenéuticas con las que resolver los problemas y, bien empleadas, harían innecesarias muchas de las regulaciones especiales nacidas coyunturalmente”.

3.5.- En cuanto a sus **instituciones y contenido**, los civilistas actuales hace mucho que no se preocupan de temas que hace tiempo quedaron obsoletos: las figuras monstruosas del artículo 30 del Código civil, dotes, censos, foros o reservas troncales ya no quitan el sueño al jurista moderno. El Derecho civil de hoy está atento a los cambios y exigencias de la sociedad tecnológica en que vivimos. Tiene que regular nuevas realidades y lo que ocupa y preocupa fundamentalmente a los autores es lo siguiente:

- los daños de una sociedad esencialmente lesiva y lesionada;
- las grandes edificaciones y construcciones modernas (enormes presas hidráulicas, urbanizaciones privadas, centros comerciales, grandes naves industriales, redes de hoteles y complejos turísticos, etc.);
- las relaciones contractuales en situación de desigualdad, y especialmente la contratación adhesiva y predispuesta, con la consiguiente promulgación y aplicación de leyes reguladoras de las condiciones generales de los contratos, de protección de los consumidores y usuarios, etc.
- las innumerables compraventas especiales (muebles a plazos, fuera de establecimientos mercantiles, venta electrónica, vivienda, etc.) y los incontables arrendamientos especiales (leasing, urbanos, rústicos).

- las complejísimas formas de propiedad moderna (horizontal, industrial, intelectual, agraria, urbana, aprovechamiento por turnos o *time share*, etc.), contempladas a menudo en leyes de propiedad horizontal, de la edificación, de propiedad intelectual, de multipropiedad, etc.
- las nuevas formas de familia, que nada tienen que ver con aquel derecho patriarcal y autoritario imperante en la codificación, y atienden a las uniones de hecho, las parejas homosexuales, los núcleos unilíneales, adopciones, acogimientos, derecho de menores con leyes propias, nuevas tecnologías de fecundación, etc.

3.6.- La persona, ciertamente, sigue ocupando el papel de valor preponderante en el Derecho civil, lo que ha venido a consolidarse en la Constitución española, al consagrar los bienes esenciales de la personalidad como valores superiores en sus artículos 10 y 14, y como derechos fundamentales susceptibles de tutela privilegiada. Y también con el establecimiento de mecanismos puramente civiles para la protección de los derechos de la personalidad.

Ello, sin embargo, no debe ocultarnos una importante realidad: de un “Derecho de la persona y sus dimensiones básicas” (DE CASTRO, HERNÁNDEZ. GIL, etc.), se ha pasado en buena medida a un “Derecho de relaciones económicas, de leyes del mercado, del consumo y de las demandas del neocapitalismo”. De un Derecho que regulaba la relaciones jurídicas básicas *inter cives*, a un ordenamiento de *intereses vitales del Estado del bienestar* (referidos a la vivienda, reparación de los daños personales patrimoniales y morales, defensa de los consumidores y usuarios, del contratante débil, nuevos grupos familiares, ocio, grandes espacios, etc.). De la dignidad de la persona al mejor aprovechamiento de los bienes y servicios.

Existe, pues, un tránsito del primer modelo (por fortuna, nunca abandonado) al segundo. En suma, la ruptura entre un Derecho civil clásico, de la persona y su *status* jurídico, hijo de la razón ilustrada y del sistema conceptual, y un Derecho civil eminentemente económico, disperso, en expansión anárquica legal, doctrinal y jurisprudencialmente.

3.7.- En estrecha relación con lo anterior, puede hablarse de una “**quiebra**” de **los estados civiles**, como definitorios de la capacidad de obrar del sujeto. En la práctica, no existe el *estado civil*, como recientemente ha demostrado LASARTE. Así sucede, por ejemplo, al reconocer al menor de edad la condición de sujeto titular de intereses preponderantes en algunas relaciones jurídicas (artículos 154, 164, 165 del Código Civil, artículo 3 de la L.O. 5 mayo 1982 de protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen, artículos 3 a 9 de la L.O. 15 enero 1996 de protección jurídica del menor, etc), o en la primacía del principio de igualdad que preside las nuevas relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges establecidas en las reformas del Código Civil de 1981 y que provoca el reflejo positivo de la idea de derecho-deber, de función, de *officium* en las relaciones paterno filiales.

3.8.- Desde el **punto de vista patrimonial**, *pilares básicos* del viejo tronco como la propiedad privada o la autonomía de la voluntad, se han visto afectados, desde el momento en que no vienen consagrados dentro de la sección de la Constitución correspondiente a los derechos fundamentales que gozan de protección privilegiada, y se encuentran sometidos a un indudable fenómeno de publicación. La idea de una “función social” de la propiedad consagrada

a nivel constitucional tiene una clara manifestación en la pérdida de transcendencia de la noción de titular de dominio, en favor de las cuestiones relativas al ejercicio del derecho, y en la diversificación de estatutos jurídicos, en función de la multiplicidad de tipos de bienes objeto de propiedad (rústica, urbana, intelectual, industrial, de producción, de consumo, etc.). Hasta el punto de llegarse a negar por algunos (CARRASCO) que el derecho de propiedad privada sea un contenido específico del Derecho civil, lo que no deja de parecernos excesivo. Y qué decir del principio de autonomía de la voluntad, tan vituperado por el nuevo sistema económico de mercado y por el (necesario) intervencionismo estatal.

En consonancia con las formas masivas de producción y el manejo de importantes fuentes de riesgo, el viejo dogma de la responsabilidad culposa, va dejando paso a un modelo de responsabilidad civil objetiva, cuyo centro de gravedad reside en el daño y no en la culpa, en la víctima y no en el dañador. El *favor victimae* o principio *pro damnato* pasa a ocupar un lugar privilegiado entre los principios generales del Derecho.

3.9.- El Estado social de Derecho impone un Derecho civil sensible a los *intereses generales y colectivos*, cuya protección ha de constituir un principio activo de toda relación jurídica, y por cuyo cumplimiento debe velar el Estado, que ya no ocupa una posición neutral en las relaciones interindividuales. Por ello, cabe hablar de una verdadera **“socialización” del Derecho civil**, que no se ve ya en términos peyorativos, como un ataque al Derecho civil. Éste, en efecto, debe contemplar los intereses sociales o colectivos y adecuarse a la protección de los intereses de aquellos miembros de la sociedad más débiles (los consumidores, los usuarios, los menores, los incapaces, las víctimas de daños y perjuicios), y de los valores colectivos imperantes (igualdad, productividad de la riqueza, empleo racional del medio ambiente, etc.).

El civilista moderno no pierde de vista el peso que adquieren los *fenómenos colectivos*, y la idea social que sustituye unas veces, y se superpone otras, a la idea individual. “Cada vez menos cuestiones privadas. Cada vez menos cierta la regla de oro del Derecho civil *res inter alios acta*. Este es el tapón mal encajado por donde se vacía el agua del Derecho civil”, escribía hace pocos años CARRASCO, en una visión un tanto pesimista de un fenómeno que a nosotros no nos parece necesariamente negativo. Frente a un ordenamiento de actividades netamente individuales, el Derecho civil actual es el ordenamiento de las “formas asociativas”, de la “cooperación humana”, que caracterizan a toda la actividad económica moderna. Las ideas de solidaridad social y protección de los intereses generales y colectivos ya no son ajenas al Derecho civil, y presiden, por imperativo del Estado social y democrático de Derecho, las viejas y las nuevas instituciones que lo integran. Pero también en el ámbito familiar impera esa mentalidad de “colaboración”, en la medida en que la idea de igualdad sustituye a la autoridad en todas las relaciones de familia.

3.10.- También ha cambiado la actividad y el *modus operandi* del jurista. Para el civilista moderno, salvo excepciones, ya no hay tiempo -como sucedía antes- de hacer incursiones más o menos logradas en otros ámbitos jurídicos que confluyen en el Derecho civil. Recordemos aquellos trabajos de filosofía jurídica, de historia jurídica, de Derecho romano, etc., de los DE CASTRO, HERNANDEZ GIL, VALLET, DE DIEGO, PACCHIONI o SAVATIER. Al civilista de hoy, sin embargo, le interesa menos lo que dijo JUSTINIANO o GARCÍA GOYENA, y mucho más

el lenguaje variado, disperso, a veces contradictorio, de las infinitas sentencias que emanan de tribunales nacionales o comunitarios.

Encaramos un Derecho, repito, de usar y tirar, de adaptación a las innumerables leyes especiales que nos atañen. Hemos vuelto a la exégesis, a la prisa por dar soluciones que la hipertrofia normativa nos demanda a cada momento: el concepto, el sistema, el rigor de pensamiento jurídico, aún orientado al sistema, se han vuelto insustanciales, casi innecesarios. De la hermenéutica se ha pasado al comentario, sin referencias comparadas, históricas, razonadas, analíticas y argumentadas. Crudo y duro positivismo: una vez más, “hay lo que hay”. Naturalmente, quedan muchos juristas cultivadores del Derecho civil que no transitan en estas direcciones, pero insisto, son minoría, y a menudo se los rechaza.

Por eso, se comprende que más y más se abra el fosó que, al decir de ESSER, separa a los juristas teóricos y prácticos. Son hoy frecuentes los seminarios, simposios, jornadas y cursos especiales en los que, por ejemplo, se debate tal o cual forma de reparación del daño o su valoración; la reciente reforma de la propiedad horizontal; o la nueva ley de ordenación de la edificación, organizados por abogados, jueces, etc., y en los que ellos mismos resuelven sus problemas y apenas cuentan con los profesores universitarios: quieren soluciones prácticas, inmediatas, de usar y tirar. No les interesan las elucubraciones, los razonamientos jurídicos, las referencias históricas: eso es teoría, propia de la enseñanza universitaria. Y esta sí es una peligrosa dolencia de nuestro moderno Derecho civil, al olvidarse -deliberadamente o no- su dimensión científica. El Derecho civil, a partir de la *Methodenlehre*, cuyos prolegómenos se sitúan en el gran LEIBNIZ, quien siguiendo las huellas que trazara su maestro PUFFENDORF, sentó las bases de la Metodología jurídica, se erigió como “arte de lo justo” (BIONDO BIONDI), y es lamentable que dicho camino se trunque repentinamente.

3.11.- Junto a la pérdida del valor “cuasi constitucional” del Código civil se produce otro fenómeno de verdadera “**constitucionalización**” del **Derecho civil**. La Constitución, junto al Derecho comunitario europeo constituyen para muchos civilistas actuales el verdadero nuevo *Corpus iuris civilis*. Gran parte del Derecho civil actual emana de análisis profundos de preceptos constitucionales y de infinidad de normas comunitarias. Así, como enseña GALGANO, la Constitución ya no es sólo la fuente suprema del Derecho público, sino que sirve también como Ley fundamental del Derecho privado, y su principal motor de cambios.

Y es que, en efecto, el juego de los principios constitucionales obligó a “refundar” (en palabras de PERLINGIERI) nuestra disciplina, tanto para enmarcarla en la legalidad constitucional, como para dotar de un nuevo contenido y alcance a determinadas instituciones, tanto en el ámbito personal como en el familiar y en el patrimonial, cuyo sentido resulta diferente a la luz de tales principios.

3.12.- El actual rumbo de la Unión Europea hacia una unificación mucho más ambiciosa que la meramente económica, convierte en obligada la mención del **Derecho comunitario** en este apunte del presente del Derecho civil. El Derecho civil del futuro será o tenderá a ser un nuevo *ius commune*: ya está muy fraguado un “Derecho contractual europeo”, se crean cátedras de “Derecho Privado Europeo”, se busca una mediación, en estos momentos, entre el *common law* y los ordenamientos continentales del *civil law*.

3.13.- Adicionalmente, **resurge un nuevo movimiento condificador**. En contraposición a la mencionada descodificación, y en la época de la “postcodificación” (TOMÁS Y VALIENTE) renace, dice ZIMMERMAN, la idea codificadora, lo que ha permitido hablar de una auténtica “recodificación” (DÍEZ PICAZO). Se ha codificado el Derecho privado holandés, y Alemania prepara un código contractual. A principios de 1994 entró en vigor un Código civil de Quebec, varios países del centro y este europeo preparan sustituir sus viejos códigos socialistas por otros nuevos. Argentina está próxima a aprobar un nuevo Código unificado civil y comercial. Francia ha acometido un ambicioso proyecto de reunir toda su legislación en sesenta códigos para el año 2010. Y así podríamos seguir.

3.14.- Junto a ello, mientras tanto, los ordenamientos locales preparan también sus códigos civiles. Ya no es legítimo seguir hablando de la llamada “cuestión foral”. El nuevo modelo de Derecho civil plural que establece la Constitución obliga a hablar de una verdadera **diversificación del Derecho civil de España**. En efecto, la Constitución imprime una nueva dimensión a la llamada cuestión foral, por tres motivos diferentes: a) El reconocimiento de los Derechos históricos de los territorios forales. b) La existencia de una potestad legislativa propia en las Comunidades Autónomas. c) El reparto de competencias que, en materia civil, se localiza en el confuso (deliberadamente ambiguo, diríamos) artículo 149.1.8º. Desde los problemas de índole terminológica, pues desde siempre ha sido polémica la denominación de tales Derechos, hasta la propia hermenéutica de dicho artículo, son cuestiones complejas en las que no procede abundar ahora. Pero que permiten concluir:

- a. Que existe un fenómeno de diversificación del Derecho civil español, que ya no está formado por un solo ordenamiento, sino por una pluralidad.
- b. Que se está produciendo un fenómeno de consolidación de los Derechos forales, que en algunas Comunidades Autónomas se asemeja a un proceso de codificación paralela. Del “desarrollo” se pasa a la “construcción” de un Derecho civil autonómico.
- c. Que estamos en presencia de un proceso aún abierto, en fase de desarrollo, y en el que, dadas las ambigüedades que no tuvo más remedio que incorporar la Constitución, no se sabe a ciencia cierta hasta donde conduce.

En todo caso, en el marco de la línea recodificadora que acabamos de mencionar, Cataluña, que tiene ya sus propios Código de Sucesiones y Código de Familia, prepara ya un verdadero y completo Código civil. Paradojas de un Derecho que se llamó *commune*: mientras se tiende a un Derecho privado común europeo, los nacionalismos se cierran en un nuevo *ius proprium*, que, bien examinado, es *proprium civitatis*, pero es *commune*, porque en orden a

muchas de sus instituciones, son comunes a las del resto de los pueblos del *civil law* (*omnes gentes utuntur*).

4.- REFLEXIÓN FINAL EN FORMA DE CONSEJO.-

Hemos esbozado un rápido análisis del “ser” del Derecho civil del nuevo milenio, que permite afirmar la vitalidad que sigue demostrando nuestra disciplina. Su capacidad de adaptación, casi camaleónica, a los nuevos tiempos. He ahí su grandeza. En el orden del “deber ser” me basta recordar las sabias enseñanzas de mi maestro ALONSO PÉREZ, cuando hace poco evocaba la falta de un nuevo VOLTAIRE que nos repita el mismo estribillo del sabio ilustrado: “Quemad las leyes que tenéis y hacedlas nuevas”. En efecto, hacer leyes que duren, porque se preparan bien, es creer en la magnitud del Derecho. Hacerlas para cambiarlas con el cambio político, es transformar los fundamentos científicos del Derecho en mera técnica. Los jueces deben adaptar las leyes y rejuvenecerlas todos los días, porque, como dijo ARISTÓTELES, en su *Política* (2, 8, 24), “cambiar fácilmente las leyes existentes por otras leyes nuevas, es debilitar la fuerza de la ley”.



[1] Conferencia pronunciada en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal el 21 febrero de 2001.