

# EL DERECHO CIVIL: PERSPECTIVAS FUTURAS

## CIVIL LAW: FUTURE PROSPECTS

**Fernando de Trazegnies Granda\***  
Pontificia Universidad Católica del Perú  
Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS

---

*Civil Law is the kind of figure that everybody knows about, but only a few understand. It is considered a basic legal institution, key to understand the historical development of Law. However, discordant voices question the usefulness of Civil Law in front of the challenges from the contemporary world.*

*In this paper, written twenty years ago, the author introduces in a clear way the criticism towards Civil Law, as well as the threat of disappearance that hanged above it, and proposes solutions for Civil Law to transform and adapt it to changes, in order to avoid extinction.*

**KEY WORDS:** *Civil Law; modernization of Law; History of Western Law; social change; institutional adaptation.*

*El Derecho Civil es una figura que todos conocen, pero pocos comprenden. Es considerada una institución jurídica básica, clave para entender el desarrollo histórico del Derecho. Sin embargo, voces discordantes cuestionan la utilidad del Derecho Civil ante los desafíos del mundo contemporáneo.*

*En el presente artículo, que fue escrito hace ya veinte años, el autor presenta de manera clara las críticas que se hacían al Derecho Civil, así como la amenaza de desaparición que pendía sobre él, y propone soluciones para que el mismo se transforme y logre adaptarse a los cambios, evitando su extinción.*

**PALABRAS CLAVE:** *Derecho Civil; modernización del Derecho; Historia del Derecho Occidental; cambio social; adaptación institucional.*

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de París. Profesor de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y docente del Doctorado de Derecho de la PUCP. Miembro de número de la Academia Peruana del Derecho. Miembro titular de la Sociedad Peruana de Derecho Internacional. Miembro de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936. Ex Ministro de Relaciones Exteriores del Perú. Ex Decano de la Facultad de Derecho de la PUCP. Contacto: frazeg@pucp.pe

## I. EL DERECHO CIVIL Y LOS CAMBIOS

Muchas personas se preguntan actualmente si el Derecho Civil tiene todavía algún sentido y algún futuro dentro del mundo del siglo XXI, que se acerca vertiginosamente. Los cambios tecnológicos, sociales y políticos que estamos presenciando son tan espectaculares que parecería que nada puede quedar como era antes. En ese sentido, el Derecho Civil debe ser también sustancialmente modificado.

Pero, ¿puede seguir siendo Derecho Civil? Esos cambios, ¿no apuntan más bien a la muerte del Derecho Civil, a la sustitución de un Derecho Civil, no por otro Derecho Civil, sino quizá por uno o muchos Derechos diferentes, por uno o muchos fragmentos con especificidad propia que resultan de ese cataclismo jurídico que ha promovido el proceso de cambio social?

Con motivo de la extraordinaria labor de codificación realizada en el siglo XIX, parecía que el mundo había descubierto —o redescubierto— ciertos valores jurídicos eternos, ciertas instituciones y doctrinas perennes, que ya no podrían ser modificadas en el futuro, que no necesitarían de más actualización con los cambios de civilización porque se había regresado a las raíces naturales de toda civilización.

Sin embargo, mucho me temo que, de esta forma, se incurría en pecado de idolatría, que no es otra cosa que convertir en absoluto e imperecedero aquello que es relativo y transitorio. Francis Bacon decía que los ídolos del intelecto son “dogmas perezosos”, porque justifican la falta de reflexión adicional, porque invitan a no pensar más. ¿Y acaso los civilistas —influidos por un positivismo *pop* e infantil— han llegado incluso a denominar su propia disciplina como “Dogmática” Jurídica?

Stéfano Rodotà nos advierte que, en todos los campos de la actividad teórica y práctica, es sabio consejo abstenerse de la idolatría. Pero cuando los ídolos están tan arraigados en nuestras mentes, no hay más remedio que ser un poco iconoclastas. Esto no significa —o no debe significar— la negación del pasado, sino aceptar el pasado en tanto que pasado y

aprovechar la tradición sin pervertirla; y la tradición es pervertida cuando se la convierte en un eterno presente.

En el campo del Derecho Civil, el dogmatismo que le infundió el siglo XIX, unido a la iconoclasia derivada de los cambios dramáticos que hemos presenciado en el siglo XX, contribuyeron a minar sus bases mismas. El ídolo monolítico del Derecho Civil era demasiado rígido para adaptarse a los empujones que recibía de quienes querían colocar otros conceptos —quizá otros ídolos jurídicos— en el lugar que tradicionalmente había pertenecido al *ius civile*. Y, como consecuencia de esa rigidez, el ídolo civilista fue mellado, perdió muchas de sus partes, y hasta ha comenzado a inclinarse amenazando derrumbe. Es así como la falta de adaptabilidad de los defensores, y la falta de arraigo y de coherencia conceptual de los detractores, ha llevado a una crisis profunda al Derecho Civil en nuestros días.

## II. EL PAPEL MODERNIZADOR DEL DERECHO CIVIL

Creo que no es posible comprender la grandeza pasada del Derecho Civil y su miseria actual si no lo situamos históricamente. En realidad, el Derecho Civil ha sido el gran instrumento de la modernización que se inicia en la Baja Edad Media, que marca un cambio de época con el Renacimiento y que adquiere su esplendor a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX. Es verdad que el Derecho Civil tiene su origen en Roma. Pero es el nuevo uso que otorgarán los juristas medievales a ese Derecho romano redescubierto el que contribuirá definitivamente a la formación del mundo moderno.

Desde su nacimiento en Roma, el Derecho Civil tiene una inspiración progresista y modernizadora. Justiniano explica que, inicialmente, el pueblo romano vivía sin ley cierta, sin Derecho cierto, gobernado solamente por el poder de los reyes<sup>1</sup>. Pero, al aumentar la ciudad, no era posible continuar de esta manera; por ello, el pueblo y los reyes propusieron algunas leyes<sup>2</sup>. Expulsados los reyes, el pueblo romano volvió a caer en un Derecho incierto<sup>3</sup>. Pero, como esta situación era intolerable, se buscó un Derecho en Grecia y se establecieron las

<sup>1</sup> Digesto: I, II, 1.

<sup>2</sup> Digesto: I, II, 2.

<sup>3</sup> Digesto: I, II, 3.

Leyes de las Doce Tablas<sup>4</sup>, de cuyo desarrollo deriva el Derecho Civil<sup>5</sup>.

Es importante advertir en este comentario justiniano una idea de orden y predictibilidad implícita dentro del concepto de Derecho Civil, que constituirá muchos siglos más tarde una de las bases de la modernidad. Por consiguiente, se trata de un proceso de institucionalización de la ciudad, de organización más civilizada de la vida social: El Derecho Civil nace como un instrumento fundamental de esta suerte de modernización.

Por otra parte, Koschaker otorga también un papel protagónico al Derecho Civil romano dentro de ese asombroso impulso cultural que se produce en el siglo XI cuyas causas últimas, nos dice ese mismo autor, nos son todavía desconocidas<sup>6</sup>. Y Harold J. Berman explica que el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático. Este nuevo estilo de pensamiento riguroso fue tan significativo en la época que incluso el método de razonamiento propuesto por el Derecho se convirtió en el modelo y en el progenitor de la ciencia occidental moderna<sup>7</sup>.

Ya en los siglos posteriores, la modernidad hizo suyo el Derecho Civil: Lo transformó, lo adaptó y lo constituyó como el centro de la sociedad moderna. La manifestación más extraordinaria de ese Derecho Civil modernizado y modernizante fue el proceso de codificación que se desarrolla en el siglo XIX y, muy particularmente, el Código Napoleón.

Es interesante ver cómo los países que se proponían ingresar al camino de la modernización social percibían desde el inicio con toda claridad que ese proyecto implicaba la dación de un Código Civil. En Japón, el gobierno Meiji adoptó la decisión de invitar a un jurista fran-

cés, Boissonade, para preparar un Código Civil acorde con la política de modernización económica y social; y es así como el Código Civil japonés de 1898 sustituyó a los viejos procedimientos consuetudinarios basados en la idea de conciliación antes que en la de atribución de derechos individuales. En Turquía, el proyecto modernizador de Mustafá Kemal Atatürk incluyó, como parte importante del mismo, la dación de un Código Civil inspirado en el Código suizo. En la América Latina del siglo XIX, todas las nuevas naciones se propusieron modificar sus sistemas de Derecho privado como un paso para acercarse al mundo moderno.

Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien redactó el primer proyecto de Código Civil peruano, planteaba los objetivos que quería lograr con ese cuerpo de leyes en términos convenientes para la incorporación a la modernidad: "El Estado será dichoso y permanecerá tranquilo cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas"<sup>8</sup>.

El Mariscal Andrés de Santa Cruz, presidente de la Confederación Perú-Boliviana, tuvo la clara percepción de la necesidad de códigos liberales para lograr un ingreso pleno de estas tierras a la modernidad. Por eso, pone en vigencia un Código Civil al estilo francés, en cuyo prólogo declara: "La legislación civil, criminal y de procedimientos, a que habéis estado sometidos en vuestros negocios privados, [es la] única parte de vuestra organización a que no se ha aplicado la mano reformadora del siglo"<sup>9</sup>. En consecuencia, agrega, se promulga dicho Código para que "quede amparada la propiedad y asegurada su transferencia por medio de decisiones exactas y positivas"<sup>10</sup> y "se consolide el crédito privado"<sup>11</sup>.

Andrés Bello, autor de un Código Civil para Chile, que fuera adoptado después por Colombia y que ha influido sobre la codificación civil de un gran número de países latinoamericanos, era plenamente consciente de esta

<sup>4</sup> Digesto: I, II, 4.

<sup>5</sup> Digesto: I, II, 5.

<sup>6</sup> KOSCHAKER, Pablo. "Europa y el Derecho Romano". Madrid: Revista de Derecho Privado. 1955. pp. 106-109.

<sup>7</sup> BERMAN, Harold. "Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition". Cambridge: Harvard University Press. 1983. pp. 151-164.

<sup>8</sup> DE VIDAURRE, Manuel. "Proyecto del Código Civil Peruano". Lima: Imprenta del Constitucional. 1835. p. 11.

<sup>9</sup> Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano. Lima: Imprenta de José Masías. 1836. p. IV.

<sup>10</sup> Ibid. p. V.

<sup>11</sup> Ibid. p. VI.

vinculación entre un Derecho claramente sistematizado y una adecuada administración de los intereses individuales: “Reducidas las leyes a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y frases redundantes, sin la multitud de vocablos y locuciones desusadas, que ahora la embrollan y oscurecen, descartadas las materias que no han tenido nunca, y que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos, ¿cuánto no se facilitará el estudio a la juventud? El libro de las leyes podrá andar entonces en manos de todos; podrá ser consultado por cada ciudadano en casos dudosos, y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses”<sup>12</sup>.

Por su parte, las grandes construcciones civilistas de Texeira de Freitas y de Dalmacio Vélez Sarsfield no cabe duda de que son un claro esfuerzo por la adopción en Brasil y en Argentina, respectivamente, de una legislación que incorpore la racionalidad lógico-formal a fin de permitir un desarrollo del individuo.

¿Por qué se produce esta relación entre modernidad y Código Civil? ¿Cuáles son las exigencias que presenta el proceso modernizador cuya respuesta pudiera ser encontrada en el Derecho Civil?

La idea central de la modernización consiste en la expansión de la esfera de lo individual: La modernidad implica una consciencia del individuo en tanto que tal, de su propia libertad creadora, de su capacidad para ir trazando su entorno con sus propios actos. En otras palabras, la modernidad supone un rescate del campo de lo privado y, por tanto, requiere un Derecho privado.

Frente a las concepciones sociales autoritarias de la antigüedad, frente a una sociedad antigua en la que el hombre está sumergido —y ahogado— por el peso de la tradición, de la jerarquía y del grupo social, el mundo moderno inventa al individuo: Quiere que el hombre asuma individualmente su capacidad de decisión, de manera que el Estado no sea ya el protagonista de la historia, sino sólo un garante de la actividad de esos nuevos protagonistas que son los individuos.

Paralelamente, la modernidad reivindica la razón y la enfrenta a la tradición: Las cosas no son buenas porque siempre hayan sido de esa manera, sino que cada individuo debe analizarlas racionalmente y llegar a sus propias conclusiones. De esta manera, el individualismo y el racionalismo se refuerzan mutuamente.

El problema está en que, como lo vieron los primeros pensadores modernos, y particularmente Hobbes, esta individualización de la sociedad puede llevar al caos. La transformación hacia la modernidad significa entregar la decisión de la actividad social a los individuos, sustituyendo una fuente central de toma de decisión jerárquicamente superior, representada por el Estado antiguo, por innumerables fuentes de decisión descentralizadas. Además, estas fuentes de decisión diversas no están tampoco homogeneizadas por el peso de una tradición, sino que su racionalismo las lleva a poner todo en cuestión, a dudar de todo y a tomar nuevas posiciones de acuerdo a sus propios intereses. En esta forma, tales intereses individuales son, por definición, independientes y distintos.

Hemos pasado así de una homogeneidad político-jurídico-social, impuesta por la autoridad y la tradición, a una heterogeneidad que puede fácilmente convertirse en una guerra de todos contra todos, en la medida que los intereses individuales se oponen entre sí porque varios individuos quieren lo mismo y no hay bastante para todos: La escasez lleva al enfrentamiento.

Sin embargo, el puro enfrentamiento de intereses no hace sino anularlos a todos e impide que nadie obtenga lo que desea. Es como cuando todos tratan de pasar a la vez en una esquina donde se ha malogrado el semáforo: Todos se traban unos con otros y nadie logra avanzar. No es, entonces, posible que esos centros de decisión individuales puedan ser eficientes, no es posible que puedan calcular los efectos de sus decisiones y, consecuentemente, no es posible que puedan adoptar las mejores decisiones si no se establece una coordinación entre ellos. Y éste será el papel del Derecho Civil.

<sup>12</sup> “El Araucano” 146 del 28 de junio de 1833. En: COMISIÓN NACIONAL DE CONMEMORACIÓN DEL CENTENARIO DE LA MUERTE DE ANDRÉS BELLO. “La prensa chilena y la codificación 1822-1878”. Santiago de Chile. 1966. p. 21.

Dado que se abandona como elemento estructurador el recurso a la imposición de fines y conductas desde arriba, la única forma de lograr predictibilidad para esos centros dispersos de decisión es facilitando las relaciones horizontales entre ellos y asegurando el cumplimiento de las promesas recíprocas. Por consiguiente, el Derecho de la modernidad es fundamentalmente contractual y está basado en el *pacta sunt servanda*.

De ahí que el Derecho Civil, que como Derecho privado tiene características horizontales y que constituye una garantía del cumplimiento de los pactos, pasa a convertirse en la piedra angular del sistema jurídico. Weber lo dice con toda claridad<sup>13</sup>. Este Derecho Civil moderno proporciona predictibilidad de los actos privados, es decir, posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente de sus posibilidades y de una toma de decisión independiente que realiza, en principio, todo individuo. Está formado por instituciones como la familia nuclear, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad contractual; todas ellas, orientadas a garantizar esferas de acción a la subjetividad.

La influencia del Derecho Civil es de tal naturaleza que la propia organización del Estado es concebida como un contrato social: Ahí donde los hombres son iguales y donde no hay fines objetivos porque lo que prima es la libertad de cada hombre, la única manera de organizar la sociedad es a través de acuerdos. Y, por esa misma razón, la forma de gobierno natural de la modernidad será la democracia: Si no hay fines objetivos y superiores, si no hay una verdad objetiva que pueda demostrarse porque cada hombre traza sus fines y establece sus opiniones de acuerdo a sus propios criterios, la única manera de llegar a una decisión aceptable para todos es mediante una votación.

A nadie se le ocurriría poner a votación si dos más dos son cuatro, porque se trata de un campo en el que existen verdades demostrables. Pero, en cambio, nadie puede tampoco decirle a otro lo que debe hacer o lo que debe querer porque, por definición, cada hombre quiere lo que quiere. Por tanto, si dentro de un grupo los unos no pueden convencer a los

otros que quieran lo mismo, no es posible demostrar que se está en la razón y sólo queda la votación para resolver el problema.

En esta forma, vemos que tanto la sociedad de mercado como el Estado democrático están profundamente ligados al Derecho Civil, y que la característica privada y contractualista de este tipo de Derecho apoya e incluso inspira la organización económica y la organización política de la modernidad. El Derecho Civil tiene, pues, un papel nuclear dentro de la sociedad moderna.

### III. LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO CIVIL

#### A. El Derecho Civil visto como lastre frente a los cambios de nuestro tiempo

Frente a ese importante papel de impulsor e ingrediente de la modernidad que los juristas de los siglos pasados asignaban al Derecho Civil, nos encontramos en nuestro tiempo con un fenómeno inquietante: El Derecho Civil aparece como el área menos dinámica del sistema jurídico. aparentemente, el Derecho Civil no significa más la modernidad, sino el atraso.

A pesar de que la crítica al Derecho Civil no se expresa siempre de manera abierta, existe una atmósfera general que tiende a considerar el civilismo como un rezago de un mundo que está a punto de convertirse en pasado. En el ambiente político, en los centros internacionales de cooperación, en las fundaciones que auspician investigaciones en el campo del Derecho, existe una suerte de silencioso consenso en el sentido de que el Derecho Civil no merece ser apoyado porque se encuentra muy distante de las urgencias del momento.

En las Facultades de Derecho —particularmente en los países del Tercer Mundo—, los estudiantes y los profesores, preocupados por el desarrollo social y económico de sus países, pretenden orientar la formación de las nuevas generaciones y los esfuerzos de investigación hacia disciplinas jurídicas de mayor contenido social. Es general la crítica a los programas de estudio tradicionales, fuertemente centrados en la tradición civilista.

<sup>13</sup> WEBER, Max. "Economía y Sociedad". Max Rheinstein, en la Introducción de su edición, destaca a su vez esta relación entre modernidad y Derecho Civil. En: RHEINSTEIN, Max. "Max Weber on Law in Economy and Society". Nueva York: Simon and Schuster. 1954. p. XLIII.

Francesco Lucarelli señala que existe una pérdida de identidad de los dogmas civilistas, y que ello genera consecuencias muy graves en la enseñanza del Derecho Civil: Se habla cada vez más en la Universidad de una alienación del estudiante, de un rechazo a las fórmulas abstractas que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídicos antes que reflejo de la sociedad viva y real; se denuncia el mero tecnicismo de las instituciones, la carencia de contenido histórico y crítico de la formación<sup>14</sup>.

En algunos casos, el ataque contra el Derecho Civil es bastante más agresivo. Así, Eduardo Novoa Monreal distingue entre las leyes nuevas con sentido social y la legislación básica codificada que equivale al Derecho tradicional y, fundamentalmente, al Derecho Civil. A esta legislación tradicional codificada la acusa de haber perdido el ritmo de la historia: Mientras la vida moderna es extremadamente móvil y plantea problemas tecnológicos, económicos y sociales nuevos, el Derecho —léase, civil— tiende a conservar formas de los siglos XVIII y XIX, cuando no de la Antigua Roma<sup>15</sup>.

“Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo”<sup>16</sup>. “Sus preceptos están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de la vida moderna [...] han perdido vitalidad”<sup>17</sup>. “A nuestro juicio, la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social, sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo contra éste”<sup>18</sup>. La crítica de Novoa Monreal alcanza tonos muy duros: El Derecho actual es obsoleto, pero el conservadurismo de los juristas no ha sido capaz de advertirlo; el mundo cambia en medio del adormecimiento de los juristas (civilistas).

Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico se ha perdido en gran parte. Y, como consecuencia de ello, una serie de áreas que

perteneían tradicionalmente a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: Algunas han preferido pasarse al Derecho Público; otras han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y lo privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella. Es así como el Derecho Laboral se desgajó del contrato de locación-conducción.

Más tarde, leyes cuyo espíritu y técnica es ajena a la tradición civilista fueron poco a poco haciendo retroceder las fronteras del Derecho Civil en materias tales como la propiedad de la tierra agraria y los contratos agrícolas — particularmente en los países que llevaron a cabo una reforma agraria—, la urbanización, los contratos de inquilinato, la regulación del uso y propiedad de vehículos automotores, de naves y aeronaves, etcétera. La organización de seguros obligatorios de automóviles y de ciertas actividades públicas o particularmente riesgosas, incluyendo los accidentes de trabajo, ha limitado a su mínima expresión el campo de la responsabilidad extracontractual.

Muchos de los contratos más modernos —como la locación de obra «llave en mano» o por administración, o el arrendamiento financiero— han sido introducidos en la vida económica ya no por el Código Civil, que había sido la puerta grande del sistema jurídico, sino por lo que antes eran puertas falsas de nivel manifiestamente inferior, como el Reglamento de Licitaciones y Contratos de Obras Públicas o normas reglamentarias de la actividad financiera. Hay otros contratos que están todavía a la espera de un reconocimiento legislativo —como el de *joint venture*, el de franquicia y el de *factoring*—, pero posiblemente nunca formarán parte del Código Civil sino que serán normados por leyes especiales.

De esta manera, es posible decir ahora que el Derecho Civil “tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta, en la vida práctica, a un menor número de personas”<sup>19</sup>.

<sup>14</sup> LUCARELLI, Francesco. “Diritti Civili e Istituti Privatistici”. Padua: Milani.1983. p. 6.

<sup>15</sup> NOVOA MONREAL, Eduardo. “El Derecho como obstáculo al cambio social”. Ciudad de México: Siglo XXI. 1975. p. 13.

<sup>16</sup> Ibid. p. 11.

<sup>17</sup> Ibidem.

<sup>18</sup> Ibidem.

<sup>19</sup> Ibid. p. 25.

En realidad, este Código, que tenía a su cargo la regulación del tejido de las relaciones fundamentales entre los hombres, que constituía la trama de la vida social, tiende actualmente a quedar arrinconado y a tratar aspectos muy puntuales y casi domésticos: La propiedad del vehículo propio, del menaje y de la casa personal, el arrendamiento simple de bienes familiares, los préstamos de persona a persona. Podríamos estar tentados de decir que ha quedado reducido a ser un Código de la Alcoba, porque su campo de aplicación es casi exclusivamente la intimidad del hogar: El nacimiento, la procreación y la muerte.

Y, recientemente, ha comenzado a perder vigencia incluso en los aspectos domésticos. En algunos países, se pretende dar un código especial para la familia, retirando también esta área del marco del Código Civil, donde se encontraba desde siempre. Y también las nuevas formas de procreación, los trasplantes de órganos y la misma muerte son jurídicamente definidos y normados por leyes especiales.

## B. El caso contra el Derecho Civil

¿Cómo se ha formado el caso contra el Derecho Civil?

Los cargos —explícitos o implícitos— han sido de muy diverso orden. Para efectos simplemente de tener una impresión general de la cuestión, podríamos señalar tres categorías de acusaciones.

En primer lugar, se dice que **el Derecho Civil no es capaz de seguir los cambios de la vida social**, sobre todo en una época tan agitada como la nuestra.

Todo jurista, decía Georges Ripert, es conservador, no en el sentido político del término sino en su sentido funcional: La ciencia que domina —el Derecho— vive de la estabilidad y de la continuidad; no puede, entonces, el jurista pensar sino en mantenerla<sup>20</sup>. Nadie está impedido de creer en un Derecho nuevo que regule la sociedad del futuro, agregaba, pero los adivinos y los profetas no son juristas. “El Derecho es la formulación del orden social establecido y no la representación de un orden

futuro, la defensa del presente y no la anticipación del porvenir”<sup>21</sup>.

Y esta característica propia de toda norma —en razón de que la norma precede formalmente siempre al hecho al cual será aplicada— se acentúa más en el caso del Derecho Civil. El peso de una tradición milenaria, entendida muchas veces de manera estática y como simple representación de un orden que está en la naturaleza misma y que consiguientemente es inmutable, lleva al civilista a no contar con la dimensión temporal: Vive en un eterno presente, atento al pasado sólo en cuanto le confirma el presente, y despreocupado por el futuro porque está convencido que, como dice Ripert, a él le toca únicamente aplicar la norma vigente.

Además, el contenido de modernidad implícito en el Derecho Civil lleva a acentuar la función de seguridad jurídica de esta rama del Derecho: La modernidad exige reglas calculables, y eso supone un Derecho estable. Por ese motivo, si en general no deben cambiar las leyes muy a menudo, los Códigos Civiles están hechos para durar siglos.

Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambio se convierte en problema en épocas en que la vida social, política y económica evoluciona muy rápidamente.

Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones. Dice, por ejemplo, Nemtsov, reflexionando sobre el Derecho Civil durante la Revolución Rusa: “En la medida en que la situación cambia, el esquema de las cosas tiene que ser modificado, incluyendo el sistema de normas; porque el Derecho es, por naturaleza, conservador y refleja la situación que existía en el día de su promulgación [...]. Pero se requiere tiempo para transformar un sistema de normas. Un cierto tiempo —a menudo considerable— transcurre antes de que el proyecto de ley haya pasado por todas las fases preparatorias para su entrada en vigencia y antes de que sea promulgado y recibido a nivel local. Mientras tanto, la vida no se ha detenido. Ha creado nuevos problemas que deben ser resueltos. Ha remodelado las relaciones sociales que requieren ahora nuevas formas

<sup>20</sup> RIPERT, Georges. “Les forces créatrices du droit”. París: Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. 1955. p. 8.

<sup>21</sup> Ibid. p. 10.

y métodos de regulación. Por esta razón, una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas. En muchos casos, la discrepancia conduce a una situación en la que una ley soviética bloquea el progreso y actúa como un lastre frente a nuestro aparato estatal en el trabajo diario<sup>22</sup>.

Pero también dentro de las sociedades que optaron por el camino liberal se han producido profundas transformaciones: El mundo capitalista de hoy no corresponde al bucólico paisaje social que describe el Código Napoleón.

En verdad, todavía en nuestro Código Civil de 1984 encontramos una serie de reminiscencias a ese mundo que cada vez se aleja más de nosotros. El artículo 929 nos habla de cosas que no pertenecen a nadie y se toma el trabajo de determinar cómo se adquieren las piedras, las conchas y otros objetos análogos que se hallen en las playas y orillas del mar; el artículo 930 hace un refinado esfuerzo conceptual para regular la propiedad de los animales de cacería y de los peces, planteándose el caso de que hayan caído en redes o trampas, y estableciendo de manera exquisita que los animales heridos son del heridor siempre que “sean perseguidos sin interrupción”. Los artículos 932 y 933 hablan de los objetos perdidos, los artículos 934 y 935 de los tesoros escondidos, el artículo 940 habla de los ríos que arrancan tierra a los campos, el artículo 946 habla de las crías de animales. En fin, hay todavía una presencia del campo y de lo simple, con notoria falta de proporcionalidad en la preocupación del legislador por aspectos urbanos y complejos que son determinantes de la vida de hoy.

Definitivamente, ese mundo que tuvieron en mente los primeros codificadores, y que persiste como parte de una tradición a través de las normas de los Códigos actuales, ya no es el nuestro.

Frente a ese propietario individual, que trabaja sus tierras, cuyos animales tienen crías, que pesca y caza de tiempo en tiempo, que se pasea por la orilla del río y encuentra de

causalidad piedras vistosas para adornar su chimenea; o frente a ese artesano que tiene su taller en la propia casa y que celebra contratos sencillos, que pide prestada la plata que necesita a sus vecinos, y que quizá recibe en comodato de su suegro algún instrumento de trabajo, nos encontramos ahora con un mundo diferente.

El mundo ahora no es el mismo, organizado en personas jurídicas, donde nadie trabaja en su casa y nadie trabaja para sí, donde los bienes más valiosos son más bien inmateriales, como la marca de fábrica, la patente o el *know-how*, donde de poco sirven las solemnidades que se establecían antes para garantizar la transferencia de la propiedad inmueble porque ahora es posible enajenarla como si fuera un bien mueble bajo la forma de una transferencia de acciones, donde es posible hacer circular mediante un simple cheque sumas mucho más importantes que lo que pudiera valer el inmueble máspreciado, donde ninguna actividad económica puede desarrollarse al margen de una red de bancos y empresas financieras, donde la responsabilidad extracontractual clásica pierde importancia porque la víctima, antes que ir al Poder Judicial para reclamar una indemnización del culpable o del causante, simplemente acude a su seguro.

Por consiguiente, vemos que esa primera queja de anacronismo que se formula contra el Derecho Civil tiene sin duda alguna validez.

Una segunda razón de queja contra el Derecho Civil se encuentra en **la acentuación del rol del Estado** como condición para que lo privado pueda funcionar adecuadamente.

No cabe duda de que la organización de la sociedad liberal exige la presencia de un Estado fuerte, como lo vio muy claramente Hobbes. Es verdad que Hobbes, dadas las limitaciones derivadas de su propio tiempo, no pudo comprender que un Estado podía ser fuerte y democrático a la vez; por eso, propuso un Estado autoritario. Pero eso es puramente circunstancial; lo importante es que comprendió que el mercado y la libertad no podían funcionar adecuadamente si no existía una autoridad superior y ciertas reglas que cumplir.

<sup>22</sup> NEMTSOV, Boris. “La legalidad revolucionaria y el trabajo de las Cortes durante el período de la reconstrucción”. En: El Semanario de la Justicia Soviética 47. 1929. pp. 1101-1102. Transcrito por: ZILE, Zigurds. “Ideas and Forces in Soviet Legal History”. Milwaukee: College Printing & Typing Co. 1967. p. 214.



Una vez más, regresamos al ejemplo de la congestión de tránsito: Si no hay reglas para determinar los turnos de pase y si no hay un policía enérgico que haga cumplir las reglas, nadie podrá avanzar hacia su propio destino. Hay ahora una cierta confusión cuando se dice que la sociedad liberal no requiere un Estado fuerte. Por el contrario, esa sociedad liberal moderna es la que tiene el Estado más fuerte y más central de toda la Historia, y la que se regula por más número de leyes que el que haya habido en cualquier otra época. La diferencia está en que ese fuerte Estado liberal es un policía que coordina a los automovilistas para que todos puedan pasar, pero no le impone a ningún automovilista a dónde debe ir: Cada uno va donde quiere.

Es como en un partido de fútbol: No deja de haber reglas estrictas y un árbitro capaz de hacerlas cumplir; pero el árbitro no debe ponerse a patear la bola ni en el interés de uno u otro de los equipos, ni en el interés propio de darse un gusto con ello.

El problema de nuestro tiempo consiste en que el partido se ha hecho mucho más complejo y ha sido necesario inventar más reglas que regulen una serie de situaciones no previstas, así como otorgarle al Estado nuevos papeles. Sin embargo, el Derecho Civil no ha sabido asimilar esas normas dentro de su propio cuerpo conceptual y, por ello, han aparecido como normatividades independientes.

Y, lo que es peor, esos campos regidos por las normatividades independientes y con una mayor intervención del Estado han pasado a ser los más dinámicos dentro de la sociedad capitalista. No es el artesano individual—regido por pocas leyes— quien actúa como protagonista de la economía contemporánea, sino esas sociedades anónimas terriblemente complejas, sometidas a un gran número de registros, declaraciones, procedimientos, con derechos de las minorías protegidos por la ley y con relaciones laborales tuteladas por el Estado.

Primero fue el llamado *welfare State* el cual, sin desconocer la libertad individual y la iniciativa privada, otorgó una importancia al Estado como promotor del bien común, bastante mayor que la que pudo aceptar el liberalismo del siglo XIX. Aún más, en los países subdesarrollados con economías muchas veces pre-capitalistas, el Estado ha tenido que asumir un papel promotor y director, precisamente para

implantar un sistema social de libertad individual y de economía liberal-capitalista.

En tercer lugar, **el Derecho Civil se encuentra cuestionado en nombre de la técnica**. El razonamiento civilista ha sido tradicionalmente muy riguroso, pero su rigor se encontraba referido a una lógica interna. En cambio, en el presente siglo, aparecen una serie de campos, antes regidos por el Código Civil, que pretenden vincular la norma jurídica a otro orden de cosas, como puede ser el caso de la administración de seguros o la regulación de las urbanizaciones o tantos otros. Tal orden distinto de cosas puede exigir—y de hecho exige— un rigor muy exacto. Sin embargo, los fundamentos de la disciplina no se encuentran ya en los criterios abstractos y formales de la lógica jurídica, sino en la correlación concreta con un orden de conocimientos externos al Derecho y que constituyen una técnica social.

Esto significa que diversas áreas de las relaciones sociales no aceptan ya ser regidas exclusivamente por “lógica”, sino que suponen una técnica determinada, que tiene un cuerpo de conocimientos propios. Por ejemplo, las formas de usar una propiedad inmueble para urbanizarla y dividirla en lotes de terreno no puede ya estar sujeta simplemente a las reglas generales del Código Civil; exige un tratamiento normativo que incluye aspectos técnicos de ingeniería, economía y sociología. La reglamentación relativa a los bienes culturales no puede limitarse a las normas relativas a la propiedad en general; requiere una precisión normativa con ayuda de la historia, de la arqueología y, posiblemente, de la política y de la economía. La regulación de la procreación asistida o de la muerte plantea referencias a la biología y a la ciencia médica.

De esta manera, el Código Civil aparece como insuficiente para establecer las líneas imperativas que definen el diseño jurídico del área. Esto genera una necesidad de utilizar leyes especiales, usualmente redactadas no por juristas sino por especialistas de esas otras áreas aludidas.

### C. Las desventajas de la nueva legislación

De acuerdo a lo expuesto, existen diferentes razones para que el Derecho contemporáneo excluya del campo del Derecho Civil importantes áreas de la vida social. Y ello ha dado lugar a un Derecho en su mayor parte reglamentario, de carácter más específico y que se apoya fuertemente en medidas administrativas.

Sin embargo, este alejamiento de las fuentes civilistas no deja de tener consecuencias, y algunas bastante negativas.

Mientras que el Derecho Civil muestra un alto nivel de coherencia lógica, ese nuevo Derecho reglamentario, basado en la técnica antes que en el método jurídico, se presenta con un notable grado de asistematicidad, y los principios que lo inspiran son muchas veces contradictorios entre sí.

Las nuevas leyes tienen un carácter disperso, sin ninguna organicidad. Por ello, carecen del prestigio y la calidad de las tradicionales. No tienen un plan ni un método adecuado —no debe olvidarse que el plan del Código Civil ha sido pensado hace 1400 años y refrendado muchas veces, después de concienzudas reflexiones—. El nuevo orden jurídico “reglamentario” o de “leyes especiales” está constituido, en gran parte de los casos, por disposiciones creadas apresuradamente, mal redactadas, pobremente coordinadas con el ordenamiento jurídico vigente, resultado de cubileteos políticos que no responden a una lógica estricta, sino a las conveniencias de los grupos de poder involucrados.

#### D. Las estrategias del civilismo

Ante un asedio de esta naturaleza, ¿cómo ha reaccionado el Derecho Civil? ¿Qué ha hecho para conservar su posición dentro del Derecho y dentro de la sociedad?

En términos generales, podemos decir que ha adoptado dos diferentes estrategias de supervivencia. En la primera de ellas —que llamaremos del encogimiento o del repliegue— ha preferido no defender palmo a palmo su territorio a fin de evitar una polémica y ha hecho concesiones hasta retirarse a posiciones manifiestamente más modestas pero más tranquilas. La segunda estrategia es mucho más interesante y la llamaremos de transformación.

La estrategia del repliegue consiste en que, en vista de las incursiones limítrofes y de las revueltas intestinas que habían logrado arrancar varias provincias al Derecho Civil, un poco pudorosamente los propios juristas civilistas han procedido a una retirada estratégica. En vez de pelear sus fronteras y discutir las ra-

zones por las que las leyes especiales pretendían independizar territorios del Derecho Civil enarbolando una autonomía conceptual, los civilistas han preferido ceder el terreno a cambio de asegurar la paz en áreas más reducidas. Comprendían que si entraban en la discusión se iban a ver obligados a revisar conceptos y a aceptar el entrar en terrenos a los que no estaban acostumbrados. Por eso, han preferido que los dejen tranquilos con sus ideas clásicas, aunque para ello tuvieran que perder importantes territorios normativos.

Sin embargo, esta estrategia es suicida, porque si el Derecho Civil renuncia a esgrimir razones para mantener bajo su control ciertas provincias, ¿cómo hará para conservar las que le quedan cuando sean a su vez atacadas? Tarde o temprano, los merodeadores avanzan y terminan procurándose nuevas zonas que los civilistas siguen abandonando, engañados por la ilusión de que en esa forma lograrán salvar ciertas áreas cada vez menores. La política del encogimiento es así sumamente peligrosa, porque de tanto encogerse el Derecho Civil puede desaparecer.

La estrategia de la transformación puede expresarse de la siguiente manera: No hay otra manera de conservar que transformando. Es así como se abandonan los baluartes doctrinarios clásicos y se aceptan nuevas formas de pensar que no responden necesariamente a la tradición civilista, marcada por el racionalismo y el individualismo de los últimos tres siglos.

Esta política de la conversión ha sido utilizada en aspectos particulares por un importante número de juristas inteligentes desde fines del siglo pasado. Conscientes de que algo estaba pasando en el mundo en torno suyo, y de que ese algo no podía ser ignorado, algunos civilistas de gran nivel se dedicaron a repensar ciertos aspectos de la tradición con la idea de eliminar los anquilosamientos y recobrar una agilidad de espíritu que, si bien siempre ha sido necesaria, lo es mucho más en épocas de convulsión.

Ya en 1951 los cambios eran de tal naturaleza que Savatier pudo aventurar un inventario en sus *Métamorphoses du Droit Civil*<sup>23</sup>: La eclosión de la noción de contrato, las nuevas formas de la familia, la socialización de los

<sup>23</sup> SAVATIER, René. “Les métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d’aujourd’hui”. París: Dalloz. 1964.

contratos de trabajo, la distribución social del riesgo de los accidentes, el enaltecimiento de la posesión, la proliferación de bienes incorporales y de extraños derechos nacidos en torno a ellos, entre otros.

#### IV. ¿SOBREVIVIRÁ EL DERECHO CIVIL?

##### A. La supervivencia del Derecho Privado vinculada a la supervivencia de las relaciones sociales privadas

Indudablemente, la segunda de las estrategias mencionadas es la única que permite abrigar ciertas esperanzas para el Derecho Civil.

En consecuencia, a pesar de esa característica conservadora del Derecho que anotaba Ripert, las circunstancias obligan a los juristas civilistas a salir de lo establecido y a arriesgar, los obligan a convertirse de alguna manera en profetas y adivinos: Estamos ante un mundo nuevo en formación, y no es posible quedarse en la casa del liberalismo dieciochesco, disfrutando de una cómoda tranquilidad burguesa, porque esa casa está siendo desmantelada para construir con sus materiales una nueva edificación cuyas características finales son todavía en gran parte desconocidas.

El problema está en que los últimos siglos de modernidad satisfecha de sí misma nos han hecho perder la costumbre de los cambios, y ahora nos cuesta mucho seguir la línea sinuosa de los acontecimientos. Pero vivimos en lo incierto y tenemos que habituarnos, y no podemos olvidar que, en su tiempo, el liberalismo y la modernidad significaron un cambio de enormes proporciones y consecuencias.

En medio de este intenso remolino, el Derecho Civil no puede quedar incólume como una *aeterna veritas*: Hecho de modernidad. Dado que el Derecho Civil moderno se encuentra ligado a las categorías de la modernidad, cuando éstas son cuestionadas el Derecho Civil resulta también afectado. Por eso, el Derecho Civil tiene que ser también desmantelado y rearmado como lo es la sociedad que lo sustenta y a la que sustenta. Es el único camino que le queda para sobrevivir.

Sin embargo, la gran pregunta a que da origen a esta necesidad de cambios es, obviamente,

saber si el Derecho Civil se puede mantener como tal en medio de tanta transformación; si el Derecho Civil no quedará ahogado por esta tormenta política, socio-económica y de técnica jurídica que lo envuelve.

En otras palabras, ¿podrá el Derecho Civil cumplir el mismo papel dinamizante en este cambio social hacia el futuro como lo hizo en ese cambio que se produjo del pasado hacia el presente? ¿Podrá colaborar en la construcción de la post-modernidad –por llamarla de alguna manera–, como lo hizo en la construcción de la modernidad?

Notemos que no estamos ante un problema meramente mecánico de suplir ciertas deficiencias. Por ejemplo, no se trata meramente de instaurar los mecanismos y procedimientos para que el legislador cuente con asesoría en materia no jurídica y, de esa forma, pueda hacer frente al desafío planteado por las nuevas tecnologías.

La tarea de hoy no es, como hubiera querido Ripert, simplemente la de dedicarse a conservar el viejo edificio, realizando las reparaciones necesarias. Ripert piensa que el Derecho es fundamentalmente estático y debe serlo así, tanto para asegurar su aplicación efectiva como para reforzar su legitimidad. Por consiguiente, para él, más que realizar cambios, se trata de adaptar las reglas antiguas a las situaciones nuevas<sup>24</sup>.

Yo creo que hay un problema más de fondo que toca a la naturaleza y al diseño del Derecho Civil. Para saber si la crisis de la modernidad dieciochesca llevará consigo la crisis definitiva del Derecho Civil, para contestarnos a la pregunta sobre si quedará todavía un Derecho Civil después que se le someta a tanta transformación, tenemos primero que ponernos de acuerdo sobre lo que entendemos por Derecho Civil.

Es cierto que cada vez sabemos menos lo que es el Derecho Civil. Algunos prefieren definirlo simplemente como el conjunto de normas contenidas en el Código Civil y en sus leyes accesorias. Sin embargo, esta definición es una trampa, porque el Derecho Civil se define *non razione imperii, sed imperio rationis*.

<sup>24</sup> RIPERT, Georges. Óp. cit. pp. 4-5.

En realidad, esa respuesta simplemente nos remite a una segunda pregunta: Si el Derecho Civil es aquello que está contenido en el Código Civil, ¿qué es lo que debe estar contenido en ese Código? Y así regresamos al mismo problema, que se centra en determinar en qué consiste la naturaleza civilista de un derecho.

En un cierto sentido, el Derecho Civil no puede ser definido sino como un Derecho privado que contiene un conjunto de principios, doctrinas e instituciones que han sido organizadas por una tradición: Más que producto de la razón, es un producto de la historia. Pero esto no significa que sus contenidos permanecen inalterables, porque ninguna verdadera tradición –auténtica, creativa, rica– permanece inalterable. Reconocer la existencia de una tradición no significa desconocer la historicidad del Derecho Civil moderno, pretendiendo que el modelo romano sigue vivo como núcleo esencial y definitorio de esta tradición.

Desde nuestra perspectiva, la tradición civilista no debe entenderse como una “esencia” que subsiste a través del tiempo, sino más bien, dentro de un sentido heraclitiano, como un cauce dentro del cual discurren elementos muy diversos, con corrientes y contracorrientes, con continuidades y rupturas; pero, a través de las vueltas y revueltas del río, sigue siendo el mismo río.

De esta forma, la tradición occidental puede ser definida más bien por filiación que por un modelo común a todas sus manifestaciones. En otras palabras, cada situación, aun cuando se presente como ruptura de la anterior, es hija de la anterior, es continuadora de la precedente en tanto que se define frente a ella y que no sería posible sin ella. El Derecho Civil moderno, aun cuando tiene elementos de construcción romanos y medievales, es un producto nuevo de la época. Sin embargo, las instituciones de la modernidad no son innovaciones *ab ovo*, ni se derivan de la tradición china o hindú, sino que son creadas dentro del marco jurídico-cultural de Occidente.

Dentro de este orden de ideas, el contenido del Derecho Civil puede ser radicalmente diferente en cada época, y serán los juristas de cada tiempo quienes, siguiendo la línea marcada por las circunstancias, determinen aquello que queda, aquello que sale y aquello que se introduce dentro del Derecho Civil. Sin embargo, seguimos llamando a ello Derecho Civil

a pesar de los cambios, porque las novedades aparecen dentro de un campo de emergencia cuya filiación puede ser remontada como los eslabones de una cadena. Este campo conceptual es el que forma a los juristas que desarrollan las novedades y es frente a él que tales juristas tienen que tomar posición.

El problema debe, entonces, ser planteado en términos de decidir si esa tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la postmodernidad.

La alternativa consistiría en decidir que esa tradición agotó definitivamente sus canteiras de recursos productivos, y que es preciso acudir a una tradición distinta para encontrar los materiales de construcción que requiere la postmodernidad jurídica; o, incluso, en la quimera de las vanidades, las nuevas generaciones pueden llegar a considerar que es necesario reinventar todo desde el origen, liberarse de toda tradición y olvidarse de lo aprendido para comenzar desde la nada.

En realidad, la supervivencia del Derecho Civil parece estar en función de la supervivencia de las relaciones privadas entre los individuos: sólo si éstas desaparecieran totalmente dentro de un sistema perfectamente totalitario, el Derecho Civil no tendría posibilidad de continuar.

Por consiguiente, en un mundo donde, sin perjuicio de una creciente preocupación social en todos los campos, no cabe duda de que las relaciones privadas mantienen plenamente su vigencia y hasta la readquieren ahí donde la habían perdido, el Derecho Civil debería estar en aptitud de mantener también su vigencia e incluso de readquirir el terreno perdido.

## B. Condiciones de supervivencia

Sin embargo, esta supervivencia no se encuentra asegurada por el mero hecho del mantenimiento de las relaciones privadas: Es necesario que el Derecho Civil recoja las nuevas formas de tales relaciones, y para ello debe lograr una cierta desidentificación con los contenidos específicos de los últimos siglos.

Una de las condiciones necesarias para cumplir este proceso será liberarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que castra su

poder creativo. La preocupación de la modernidad de protegerse contra las arbitrariedades del mundo premoderno llevó a la pretensión de establecer leyes que no requirieran interpretación alguna: Montesquieu decía que los jueces “no son más que el órgano que pronuncia las palabras de la ley; unos entes inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella”<sup>25</sup>; y Robespierre sentenciaba: “La frase de que las Cortes crean Derecho [...] debe ser desterrada de nuestra lengua. En un Estado donde hay una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de las Cortes consiste solamente en la ley”<sup>26</sup>.

En general, dada la importancia del Código Napoleón, que parecía un monumento jurídico insuperable, la actitud de los civilistas estuvo más bien orientada a la exégesis antes que a la creación.

Sin embargo, los desafíos actuales exigen una revalorización de la imaginación creativa de los juristas. En realidad, este dinamismo creador fue siempre una característica del Derecho Civil, salvo en las construcciones extremas de la modernidad a las que nos hemos referido. El desarrollo del Derecho en Roma se llevó a cabo, no anquilosando la norma a través de una lectura literal, sino liberando la capacidad creadora y la imaginación jurídica de los “hombres prudentísimos” –*virī prudentissimī*– de Roma<sup>27</sup>. Y el propio Justiniano, aun cuando pretende otorgarle la mayor permanencia a su propia compilación, exige a Triboniano que realice un trabajo creativo<sup>28</sup>: El Derecho no es un mero calco de disposiciones anteriores, sino una reflexión propia con ayuda de las fuentes anteriores.

Por otra parte, el mundo del mañana –que ya es de alguna manera el mundo de hoy– se presenta con características muy pragmáticas y técnicas: Las grandes palabras, aquellas cuya

inicial se escribe siempre con mayúsculas, ceden el paso a políticas, estadísticas y fórmulas. Esto significa que el civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a los instrumentos conceptuales y a la información clásica del Derecho Civil: Tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil.

En realidad, esta apertura hacia las cosas, hacia el mundo donde efectivamente suceden las cosas, no es tampoco un elemento extraño a la tradición civilista. A pesar de que la modernidad convirtió al Derecho Civil en un “paraíso conceptual de los juristas”, como lo llama Hart<sup>29</sup>, en Roma el Derecho estaba profundamente vinculado a los hechos. Dice Ulpiano que el Derecho es “*rerum notitia*”, es decir, conocimiento de las cosas<sup>30</sup>.

Y según explica Koschaker, en la Edad Media “los comentaristas [postglosadores] convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a su época, en parte viva del Derecho de sus tiempos...”<sup>31</sup>. Calasso también nos señala que los comentaristas “sintieron la necesidad de mantenerse adheridos a la realidad de la vida, para edificar sobre sólido”<sup>32</sup>. Más tarde, los juristas humanistas concibieron la *renovatio* del Derecho Civil como una *reformatio* de la sociedad y las costumbres<sup>33</sup>.

No pedimos entonces demasiado al Derecho Civil cuando planteamos que debe aproximarse a la realidad de nuestro tiempo con ayuda de los instrumentos de las ciencias sociales e incluso de las otras ciencias.

Y de hecho este acercamiento comienza a producirse: Escuelas aparentemente tan opuestas entre sí como *Law & Economics* y *Critical Legal*

<sup>25</sup> CHARLES DE SECONDAT, BARON DE MONTESQUIEU. “Del espíritu de las leyes”. Madrid: Imprenta de Villalpando. 1820. p. 53.

<sup>26</sup> En: NEUMANN, Franz. “The Change in the Function of Law in Modern Society”. En: MARCUSE, Herbert. “The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory”. Nueva York: Free Press. 1964. p. 37.

<sup>27</sup> Digesto: I, II, 4.

<sup>28</sup> Digesto: Proemio, 47.

<sup>29</sup> HART, Herbert. “The Concept of Law”. Oxford: Clarendon Press. 1961. p. 127.

<sup>30</sup> Digesto, I, I, 10, 2.

<sup>31</sup> KOSCHAKER, Pablo. Op. cit. p. 150.

<sup>32</sup> CALASSO, Francesco. “Introduzione al diritto comune”. Milán: Giuffrè. 1970. p. 64.

<sup>33</sup> Ibid. p. 199.

*Studies*, no son sino aspectos parciales de esta tendencia, al punto que constituyen dos caminos distintos, pero que conducen ambos hacia la postmodernidad.

Una tercera condición —que no puede cumplirse si no se verifican las dos anteriores— es que los civilistas sustituyan la estrategia del repliegue táctico por una estrategia de transformación y de fundamentación.

No es posible seguir perdiendo terreno y conformándose con retroceder a esos campos de la vida humana pretendidamente menos contaminados por la política, por la economía o por la ciencia moderna. No hay ya campos inmunes, y la búsqueda de un pequeño jardín florido y libre del mundanal ruido sólo puede conducirnos a la desaparición del Derecho Civil por encogimiento.

El deseo de asegurar la permanencia al Código lleva a renunciar a aquellas áreas que han adquirido demasiado dinamismo y que, en consecuencia —se piensa—, deben ser reguladas por leyes contingentes o por disposiciones administrativas, a fin de que la modificación constante de su régimen jurídico no afecte la majestad del Código. Pero el tiempo es un vengador implacable contra quienes tratan de paralizarlo: A pasos rápidos, el Código va quedando desactualizado y perdiendo importancia social. Evidentemente, los civilistas seguirán todavía escribiendo tratados de catorce tomos y dictando conferencias, pero la aplicación de su saber en la vida efectiva de la sociedad tendrá un alcance cada vez más limitado.

La única forma de recuperar el terreno perdido —y de conservar una presencia del Derecho Civil en la vida social— es adoptando la estrategia contraria: El Derecho Civil debe transformarse imaginativamente y orientar sus desarrollos a convertirse en un zócalo firme del pensamiento jurídico que regula las relaciones horizontales dentro de la sociedad, de manera que cumpla una función de fundamento permanente sobre el cual pueden construirse los derechos especializados y variables.

Es así como, por ejemplo, puede haber muchas formas de propiedad, con diferentes regímenes jurídicos específicos: Propiedad urbana, propiedad agraria, gran propiedad, pequeña propiedad, propiedad horizontal, etcétera. Pero es posible agrupar todas estas propiedades en una institución a la que llama-

mamos derecho de propiedad, cuyo diseño básico debe encontrarse no en cada una de las leyes especiales, sino en las normas generales del Código Civil. De la misma manera, la institución civil del contrato puede iluminar la interpretación de las normatividades más epistémicas sobre los distintos tipos de contratos especiales.

Quizá este esfuerzo integrador debería incluso alcanzar al Derecho Comercial, intentando recuperar dentro del marco fundante del Derecho Civil a este hijo pródigo que dejó la casa paterna del civilismo en la Edad Media: Italia ya se ha orientado en tal dirección en su Código Civil de 1942, y algunos países de América Latina están también estudiando la posibilidad de reunir el Código Civil y el Código de Comercio en uno solo.

Evidentemente, una tarea de esta naturaleza requerirá grandes dosis de inventiva y de creación, porque no se puede pensar que la integración debe producirse haciendo entrar a la fuerza los nuevos conceptos dentro de las viejas categorías del Derecho Civil que les quedan estrechas: La continuación de la tradición civilista sólo puede tener lugar a través de una gran transformación.

## V. CONCLUSIONES

El nuevo Derecho Civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad que le han otorgado un impulso tan grande durante los últimos siglos. Pero los concebirá en términos contemporáneos, sin las ataduras ni los lastres de las formas jurídicas del pasado. Tendrá que ser muy realista y muy imaginativo.

Particularmente, el Derecho Civil tiene que pensarse a sí mismo dentro de un orden económico fundamentalmente distinto del que inspiró los Códigos del siglo pasado. Como lo hemos dicho, ese primer liberalismo atomista y simple ha dejado de ser significativo en la economía actual, y hemos ingresado a un mundo donde la libertad se presenta estructurada y donde las relaciones son complejas. En ese sentido, la tarea actual del Derecho Civil es superar ese aire un tanto provinciano, doméstico, de pequeño propietario, al que lo redujo la mentalidad pequeño-burguesa, para volver a ser un Derecho común, una base —no solamente nacional, sino incluso internacional— de las relaciones privadas entre los hombres.