

CODIFICACION Y CRISIS DEL DERECHO CIVIL

SUMARIO.—1. *Introducción: El significado de la Codificación.*—2. *Los fundamentos filosóficos e ideológicos:* A) Del Humanismo al Renacimiento. La secularización del Derecho Natural. El Derecho de la Razón; B) Individualismo y *mos geometricus*.—3. *Los fundamentos socioeconómicos:* A) El valor constitucional del Derecho civil codificado; B) Las mutaciones en la noción de derecho subjetivo. La llamada «técnica compleja» de codificación: el ZGB de la República Democrática Alemana.—4. *Crisis evolutiva del Derecho civil contemporáneo:* A) Dogmática tradicional y cambio social: la superación del individualismo de los Códigos; B) La adecuación del Derecho civil al tiempo presente. La protección de la persona como perenne punto de referencia.

1. INTRODUCCIÓN: EL SIGNIFICADO DE LA CODIFICACIÓN

La codificación supone un fenómeno histórico de amplio alcance en el que se suele residenciar la configuración del Derecho civil contemporáneo.

Señala Ascarelli¹ que el fenómeno codificador responde a dos motivaciones básicas: Una, la unificación legislativa, como instrumento de cohesión al servicio del Estado nacional centralizado; y otra, la necesidad de una sistematización y profunda renovación, sentida en Europa desde el Renacimiento como consecuencia de una concepción lógico-

¹ ASCARELLI: *L'idea di codice nel diritto privato e la funzione dell'interpretazione*, *Saggi Giuridice*, 1949, p. 49.



formal del Derecho que tiene sus raíces en el iusnaturalismo racionalista.

El punto de arranque debe centrarse en la influencia que el humanismo ejerce sobre el *ius commune*^{1 bis}, hasta dar lugar a un sistema jurídico alejado del iusnaturalismo teológico y escolástico. La consecuencia del impacto del humanismo en este campo es el desarrollo de las orientaciones lógicas y sistemáticas que marginan el Derecho vigente. La búsqueda de las *ratio naturalis* de todo hombre habrá de servir de base para un nuevo sistema jurídico, un *ius commune* racionalista que desplazaría al sistema anterior, fundamentado en la autoridad (que era entonces la razón suprema) de unos textos². Por otra parte, es preciso señalar que la idea de «código» que se maneja como un ideal en el siglo XVIII difiere totalmente de lo que en la Historia del Derecho anterior puede encontrarse bajo este título o el de «recopilación». Los textos poseen, como se ha dicho³, una interna razón en su ordenación o en su distribución, en aras, además, de una mayor simplificación e idoneidad en la expresión; los códigos jurídicos son, dice Díez-Picazo, como los otros códigos, sistemas de símbolos o señales que permiten representar y transmitir una cierta información⁴. Esa nueva concepción del Código la expone en España con claridad ya en 1754, Gregorio De Mayans y Siscar, cuando dice: «Todo en un código ha de ser muy sencillo, claro y metódico... Y el método que tomaría yo en trabajar sería éste: ante todas las cosas me propondría delante todos los principios del Derecho Natural, después iría sacando consecuencias respectivas a la sociedad humana, de la relación de aquellas a esta iría concibiendo leyes...»⁵.

A los juristas establecidos se les acusa de seguir un método escolástico que guarda servidumbre a las autoridades textuales y doctrinales sin discernimiento crítico alguno. La literatura institucionalista tratará de disimular esta servidumbre atendiendo más que a tales autoridades a la realidad de las instituciones vigentes, para encontrarse entonces ante la acusación de falta de método o —si se pretende seguir

^{1 bis} Influencia del Humanismo que en reciente opinión de HELMUT COING, ha de ser relativizada y reducida a sus justos términos, por ser mucho menor de lo que comunmente se le atribuye. *La contribución española al Derecho común europeo*. Conferencia pronunciada el 6 de mayo de 1985 en la Universidad de Murcia.

² ALEJANDRE: *Derecho del constitucionalismo y de la Codificación*, I, 1980, p. 12.

³ DÍEZ-PICAZO: *Experiencias jurídicas y teoría del Derecho*, 1973, p. 157.

⁴ DÍEZ-PICAZO: *Cit. ant.*, p. 156. V. también TARELLO: «L'idea della codificazione», en ROBOTTA: *Il sistema del Diritto Privato moderno*, 1969, pp. 42 y ss.

⁵ Tomado de CLAVERO: *Derecho común*, *cit.* p. 232.



el «científico»— de falta de consecuencia; lo que a su vez, intentará salvarse mediante una forzada adopción de principios racionalistas en las mismas materias; la incoherencia final entre tales principios y las instituciones expuestas puede resultar evidente, por ejemplo, en las «Instituciones» de Asso y De Manuel, de las que diría Jovellanos en 1795 que «su principal defecto... es no estar escritas en método racional y, por consiguiente, ni establecidos los principios generales del Derecho ni referidas a ellos las leyes como consecuencias suyas...»⁶.

La idea de Código que se materializará a partir del cambio de sistema que supone la Revolución Francesa responde, como explica Clavero⁷, en sus fundamentos doctrinales e institucionales, no ya al compromiso de tipo institucionalista, que, en definitiva, seguía anclado en el *ius commune*, sino en los propios imperativos del Derecho natural racionalista. En la inocente idea de código —cuerpo «simple», «breve», «metódico»...— vino, finalmente, a sintetizarse todo lo que este derecho natural, todo lo que el racionalismo, implicaba, con todo su potencial subversivo del sistema del *ius commune*.

La codificación va unida a una renovación ideológica, como dice Torralba⁸. Pero tal renovación que tiene sus orígenes, como ha quedado señalado, en los juristas de la Escuela del Derecho natural, no afecta sólo a los principios sino que va más allá de los esquemas puramente teóricos y afecta a la misma esencia jurídica y a su ordenación sistemática. La codificación supone a la vez una renovación del orden jurídico y una renovación en la forma de manifestación de tal orden: a partir del siglo XIX, el orden jurídico va a concretarse principalmente en los Códigos⁹.

Por otra parte, considerada desde el transfondo de la multiplicidad de una tradición del Derecho medieval, que permanece preponderantemente en una actitud conservadora, la idea de la codificación constituye un proceso revolucionario. La imagen de querer proyectar y coordinar todos los sectores de la convivencia humana mediante un sistema sin lagunas, que se deriva y se justifica lógicamente, emerge con el descubrimiento de la soberanía nacional y de la voluntad democrática de los pueblos. La idea del *Estado de derecho*, formulada programáticamente en los comienzos de la Ilustración por el inglés John Locke debe plasmarse en la realidad por medio de la codificación, que será el re-

⁶ Cfr. CLAVERO, cit. ant., pp. 234 y 232.

⁷ CLAVERO, cit. ant., p. 238.

⁸ TORRALBA SORIANO: «El Derecho civil desde la Codificación hasta el tiempo presente», *R.G.L.J.*, 1975, p. 242.

⁹ TORRALBA, cit. ant., p. 243.



sultado de someter a cálculo el sistema jurídico en una tendencia a alinearse con arreglo a valores transpositivos del Derecho natural¹⁰.

2. LOS FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS E IDEOLÓGICOS DE LA CODIFICACIÓN

A) *Del Humanismo al Renacimiento. La secularización del Derecho Natural. El Derecho de la Razón*

Durante la lenta transición del medievo a la Edad Moderna desempeñó un papel decisivo el movimiento que, surgido originariamente en Italia, habría de ser conocido como Humanismo¹¹. El Humanismo expresa entre los siglos xv y xvi la conciencia del fin de una época, y en nombre del redescubrimiento de la cultura clásica (*humanæ litteræ*) y de sus valores, generó un amplio movimiento de transformación artística e intelectual, que a través de una profunda evolución, preparó el paso a la civilización renacentista.

También en el campo del pensamiento jurídico el movimiento reformista tiene una enorme trascendencia: con la generalización de la *Ciencia de la Naturaleza* mecánico-matemática (Galileo, Newton) y con el enorme movimiento espiritual que abarcó a toda Europa, partiendo de los Países Bajos e Inglaterra, conocido por *Ilustración*, las ideas del Derecho Natural y de la autonomía de la razón, humana desplazaron en última instancia del Derecho y de la justicia, la idea imperante de la autoridad dirigida hacia el más allá. El hombre deviene el centro de su Mundo y la Naturaleza el objeto del señorío humano¹². Pero en realidad, es hacia la mitad del siglo xvii, en pleno triunfo del Renacimiento, cuando se desarrolla la idea de un sistema jurídico racional desligado de presupuestos y condicionamientos éticos y religiosos. El Derecho Natural, como derecho que en su contenido corresponde a la Naturaleza, constituía, explican Molitor-Schlosser¹³, la base de cada derecho fundamentado en lo religioso o en lo ético, y no sólo en el puro positivismo. Así, el pensamiento teocrático del viejo Testamento sobre el origen divino del Derecho se proyecta en la interpretación teológico-escatológi-

¹⁰ MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles de la historia del Derecho privado*, trad. esp. de MARTÍNEZ SARRIÓN, 1980, p. 61.

¹¹ A. VON MARTIN: *Sociología del Renacimiento*, 1974; DELAMEAU: *La civilisation de la Renaissance*, 1967; FERNÁNDEZ ALVAREZ: *La sociedad española del Renacimiento*, 1970.

¹² MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 47.

¹³ MOLITOR-SCHLOSSER, cit. ant., pp. 48-49.



ca de San Agustín y a través de Santo Tomás llega a los teólogos españoles Soto, Molina, Vitoria y Suárez.

El pensamiento jurídico medieval se apoya sobre los planteamientos de la filosofía tomista, de una orientación racional-metafísica de cualquier derecho positivo: Dios es la fuente primaria del orden natural y de la naturaleza humana; el Derecho positivo se manifiesta como ejecución tan sólo del Derecho Natural, luego aquél carece de valor cuando es opuesto a éste. Eide Won Reggow explica en el prólogo del *Espejo de Sajonia*: «*Gott is selber Recht, darum ist ihm Rech lieb*»¹⁴. *La secularización del Derecho Natural. El Derecho de la Razón*.

Wieacker ha destacado¹⁵ la influencia de la doctrina escolástica fundador de un nuevo Derecho natural y padre del moderno Derecho internacional. Grocio establece los fundamentos de la concepción del Derecho de gentes deducido exclusivamente de la condición natural de los individuos para formar comunidades, liberándolo así de las cadenas de la vieja filosofía y de la teología moral, a la vez que lo secularizaba. Pero tal formulación del Derecho natural seguía teniendo su fuente en la voluntad divina, «si bien los principios categóricos del Derecho deben ser válidos también suponiendo que Dios no existiese o simplemente que no le preocuparan los negocios humanos»¹⁶.

Grocio fundamenta toda su concepción del Derecho natural no tanto desde la fe como desde la *razón* realizando así indudablemente, según Molitor y Schlosser¹⁷, un dilatado y profundo avance en la secularización de las ideas jurídicas. Con ello eleva de nuevo al Derecho, que se encontraba amenazado de petrificarse en una nueva creencia ciega en su valor positivo (*ratio scripta*), al rango de ciencia autóctona. El Derecho romano pudo ser valorado desde entonces solamente con la medida de la razón humana y justificado nada más que con argumentos racionales.

El proceso de secularización del Derecho natural da un paso definitivo con la aportación de Samuel Puffendorf, que perfeccionó el Derecho natural convirtiéndolo en un impresionante sistema general de doctrinas¹⁸. Su obra *De iure naturae et gentium libri octo* supone la

¹⁴ «Dios es en sí mismo Derecho, por ello es querido el Derecho por El», tomado de MOLITOR-SCHLOSSER, cit., p. 50.

¹⁵ En la segunda edición alemana de su obra *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, 1967, pp. 287 y ss.

¹⁶ WIEACKER, cit. ant., p. 289; OTTEWALDER: *Zur Naturrechtslehre des Hugo Grotius*, 1950.

¹⁷ MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 52.

¹⁸ MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 53.

ruptura definitiva del Derecho natural de su conexión con la Teología revelada. Puffendorf construye *more geometrico* —esto es, mediante deducción lógico-matemática, a partir de una concepción del mundo que descansa en la regularidad mecanicista de Galileo—, un sistema racional de verdades racionales profanas de fácil entendimiento por aquellos que tengan conciencia de su responsabilidad¹⁹.

Sin embargo, la circunstancia de no poder disponer inicialmente de otro sistema jurídico idóneo determinó la conservación del Derecho común en todos aquellos lugares donde regía en la práctica, incluso en los países protestantes. Las formas e instituciones del Derecho romano y su terminología típica continuaron aplicándose, aunque no tanto por su valor intrínseco cuanto por su inherente utilidad y su adaptabilidad a la práctica²⁰.

Se produce así una relación coincidente entre los legistas y los racionalistas de la escuela del Derecho natural con los representantes del *usus modernus tardio*, especialmente Struve, Stryk y Bohmer en Alemania, Voet en Holanda y Domat en Francia, cuya obra *Les Lois civiles dans leur ordre naturel* contiene incorporados a la práctica los resultados adecuados del Derecho racional y sirve de introducción al siglo XVIII, donde brilla con luz propia el gran maestro del Derecho romano y del *Droit coutumier*, Pothier, último eslabón de una cadena que es inmediata ya al proceso codificador que dará al mundo el *Code civil*²¹.

B) *Individualismo y «mos geometricus»*

Se ha señalado por un sector de la doctrina italiana —Solari, Orestano²²— la influencia de la idea individualista en el sistema del Derecho civil codificado, que lleva a concebir el ordenamiento como un sistema de derechos subjetivos²³. En realidad, los antecedentes directos de esta concepción acaso haya de ir a buscarlos en el método de los clásicos alemanes del Derecho natural, singularmente Thomasius y Wolff.

Thomasius impregna, en su afán de separar el pensamiento jurídico de la Teología, de un vigoroso individualismo a la tendencia racio-

¹⁹ ROD: *Geometrischer Geist und Naturrecht*, 1970, pp. 70 y ss.

²⁰ V. WIEACKER: *Privatrechtsgeschichte...*, cit., p. 217.

²¹ MOLLATOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit. p. 55; BOEHMER: *Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung*, 1951, II, 1, pp. 24 y ss.

²² SOLARI: *Individualismo e Diritto privato*, 1959, pp. 162 y ss.; ORESTANO: *Diritto soggettivi e Diritti senza soggetto*, en *Ius*, 1960, pp. 150 y ss.

²³ ORESTANO, cit. ant., p. 150.



nalista. El Derecho natural es para él, esencialmente, tan sólo un precepto moral, cuyo contenido consagra en reglas el Estado, a tenor de las circunstancias.

Los continuadores de Thomasius van más allá y pretenden la elaboración de nuevos sistemas jurídicos de manera completamente abstracta, a través de un pensamiento lógico, parecido a la matemática. En oposición al método lógico-racional conocido como *mos geometricus*²⁴, cuyo centro es el individuo.

El principal representante de esta tendencia es Christian Wolff, discípulo de Leibniz; su método consiste en la deducción de las soluciones de los casos concretos mediante un sistema cerrado de premisas que, sin solución alguna de continuidad, se exteriorizaba después en nociones generales y en reglas concretas, de forma lógica y sucesiva.

En lo fundamental, la concepción de Wolff constituye, a través de la jurisprudencia conceptual de la pandectística alemana del siglo XIX, el sustrato común de la actual ciencia del Derecho²⁵.

3. LOS FUNDAMENTOS SOCIOECONÓMICOS

A) *El valor constitucional del Derecho civil codificado*

Como dice Torralba²⁶, la Codificación se muestra en un movimiento de afirmación del individuo frente al Estado, respondiendo en el campo del Derecho privado a lo que fueron las declaraciones de derechos y las Constituciones en el campo del Derecho público. Los Códigos se proponen asegurar la libertad civil del individuo en su vida privada contra las ingerencias indebidas del poder político, al igual que la Constitución es garantía de la libertad política de los ciudadanos en las relaciones con el Estado.

Para ello los iusnaturalistas recurren, explica Solari²⁷, al Derecho romano; pero recurren a sus formas, no a su espíritu, que es nuevo. No podría explicarse de otra manera el hecho, en apariencia extraño, de que el Derecho romano haya podido servir a la causa de la libertad y a los fines del individualismo, después de haber sido invocado, durante

²⁴ MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 57.

²⁵ MOLITOR-SCHLOSSER, cit. ant., p. 58; V. también BOEHMER: *Grundlagen...*, cit., II, 1, pp. 43 y ss.

²⁶ TORRALBA: *El Derecho civil desde...*, cit., p. 247.

²⁷ SOLARI: *Filosofía del Derecho privado*, trad. esp. 1950, t. I, *La idea individual*, pp. 68 y ss.

la Edad Media y en el período de formación de los Estados modernos contra la libertad individual, a favor del Derecho de los príncipes y en apoyo del absolutismo.

En el fondo de la Codificación del Derecho civil late un interés concreto que es preciso destacar, como dice Alejandro²⁸, porque explica en gran medida el significado y función de los nuevos códigos; este interés no es otro que el de la burguesía como clase social.

Es la burguesía liberal la que, desde unos planteamientos laicos e individualistas —que confieren al Estado la misión fundamental de proteger y sancionar los derechos individuales de cada uno— habría de actuar como impulsora en la formación de los códigos europeos del Derecho privado.

Para entender la conexión entre burguesía y Código civil hay que parar la atención en el dato de que aquella ha sido inicialmente revolucionaria, en la medida en que habría de subvertir un orden político, social y jurídico que no le era favorable, para pasar a adoptar una actitud conservadora una vez conseguidos sus fines. Por ello, dice Alejandro, las grandes revoluciones no se han hecho a través de las Constituciones, sino a través de los Códigos de Derecho privado²⁹.

En realidad, es la concepción burguesa de la sociedad la que anima la formulación de la teoría racionalista, que trata de construir un sistema ordenado de derechos y un adecuado funcionamiento del sistema político, a través del principio de división de poderes, cuya práctica constituye la garantía de su propio *status*. La estructuración de la nueva sociedad se realiza sobre la base de los principios de igualdad y libertad, a los que hay que añadir el concepto de propiedad privada, que se convierte en uno de los pilares del sistema de Derecho civil codificado, y a juicio de los juristas del momento, dice Montés³⁰, constituye uno de los fundamentos inamovibles del orden social instaurado o consolidado por el Código.

Con base en estos planteamientos se ha podido decir por Orlando Cascio³¹ que la razón de ser de las codificaciones del Derecho civil en el siglo XIX hay que situarla en la tutela de los derechos fundamentales de la persona. En definitiva, la Codificación se basaba en la

²⁸ ALEJANDRE: *Derecho del constitucionalismo y de la Codificación*, cit., I, p. 110.

²⁹ Cit. ant., p. 111.

³⁰ MONTES PEÑADES: *La propiedad privada en el sistema del Derecho civil contemporáneo*, 1980, p. 51.

³¹ ORLANDO CASCIO: «Il "nuovo volto" del Diritto privato», *Riv. Diritto Civile*, 1964, pp. 66-67.



afirmación del individuo frente al Estado, sin cuerpos intermedios; el Código es un vehículo de transmisión y de vigorización de una ideología y de unas directrices políticas. Inicialmente fueron las aspiraciones y los ideales del tipo de vida liberal-burgués, aunque posteriormente hayan podido ser otros diferentes³².

De lo anterior cabe deducir que el significado constitucional del Derecho civil codificado aparece como consecuencia de que a este Derecho se le asigna como finalidad fundamental la de establecer el estatuto de los particulares, determinando no sólo cuál es la posición de éstos dentro del Derecho privado, sino en el campo más amplio de todo el ordenamiento jurídico, cuyo punto central es el Derecho privado³³.

La concepción liberal de la vida económica, asentada sobre un sistema de derechos subjetivos, singularmente la propiedad, y el contrato, en cuanto mecanismo jurídico puesto al servicio de aquella, queda de esta suerte, como dice Giorgianni³⁴, «constitucionalizada».

El mismo Giorgianni ha puesto de relieve³⁵ cómo es este significado constitucional del Derecho civil el que explica que los Códigos del siglo XIX regulen materias que una sistematización contemporánea hubiera excluido: así, disposiciones sobre las leyes, nacionalidad, etc.; lo que sólo se comprende en un sistema en el que el «Estatuto del ciudadano» se contiene en el Derecho civil, y, en consecuencia, en el Derecho civil hay que insertar los límites del poder estatal frente a los ciudadanos.

Frente a esta situación, en la que el Derecho civil se nos muestra como el Derecho de la persona, pero también como el Derecho de la organización económico-social, cristalizada en los Códigos, la evolución jurídica posterior determina, como consecuencia de los cambios sobrevenidos en las estructuras socioeconómicas, la elaboración de un nuevo Derecho que correspondiera y fuera reflejo de las nuevas estructuras³⁶, con lo que los Códigos, se dice, van a continuar siendo depositarios de los principios y reglas imperantes en el momento de la Codificación, mientras que los cambios se realizarán a través de los llamados derechos especiales. Fenómeno al que en la doctrina italiana se le ha lla-

³² Díez-FICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 1981, pp. 51-55.

³³ TORRALBA: *El Derecho civil...*, cit. p. 254.

³⁴ GIORGIANNI: «Il diritto privato ed i suoi attuali confini», *Riv. Trim. Diritto e Procedura Civile*, 1961, p. 399.

³⁵ GIORGIANNI, cit. ant., pp. 400-405.

³⁶ GIORGIANNI, cit. ant., p. 403.

mado «pérdida del significado constitucional», o «desconstitucionalización» del Derecho civil³⁷.

Conviene señalar, no obstante, que aun admitiendo como cierta esta «pérdida del significado constitucional» de que venimos hablando, habría que referir ésta al Derecho civil *codificado*, pero no al Derecho civil como categoría histórico-dogmática, pues lo contrario nos conduciría a la errónea afirmación de que no hay más Derecho civil que el que en el Código se encuentra.

El tema de la pérdida del significado constitucional del Derecho civil codificado adquiere hoy en España una nueva perspectiva, tras la Constitución de 1978. En efecto, la Constitución responde a una serie de principios ideológicos que son reflejo de la actual situación socio-económica, y, por supuesto, también política. Y algunos de estos principios constitucionales, que afectan al Derecho privado, han tenido ya su reflejo en la reforma del Derecho de familia llevada a cabo por las leyes de 13 de mayo y de 7 de julio de 1981, modificadoras del Código civil en tema de filiación, régimen económico del matrimonio, sistema matrimonial y procedimiento de nulidad, separación y divorcio.

En lo que ahora interesa destacar, la reforma del Derecho de familia, responde a diversos principios y mandatos constitucionales, singularmente el principio de igualdad de los cónyuges en el matrimonio y de no discriminación por razón de nacimiento (art. 14, 32.1 y 39.2 del texto constitucional). De donde cabe afirmar que el Derecho civil español —y más precisamente en este caso, el Código civil— sigue ostentando un valor constitucional. Razones de técnica legislativa podrán determinar que en otros casos, el cumplimiento de los mandatos constitucionales se haga utilizando la vía de la ley especial; así ocurre con la tutela de determinados derechos —atributos— de la persona: honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, cuya garantía básica se encuentra en el art. 18 de la Constitución, y su desarrollo en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 (B.O.E. de 14 de mayo)³⁸. Pero es acertado el camino emprendido por el legislador español de hacer el esfuerzo de reformar el articulado del Código civil en vez de recurrir a la más cómoda vía de la ley especial.

Asistimos así a una suerte de fenómeno de retorno del Código a

³⁷ ORLANDO CASCO: *Il «nouvo volto»...*, cit., p. 67; GIORGIANNI: *Il Diritto privato...*, cit., p. 405; entre otros, TORRALBA: *El Derecho civil...*, cit., pp. 256-257.

³⁸ Su carácter de Ley Orgánica es una exigencia del art. 81-1 de la Constitución, al desarrollar un derecho fundamental, como es el garantizado en el art. 18, comprendido en la Sección 1.ª del Cap. II, del Título I de la Constitución.



ese puesto central en el Ordenamiento jurídico que originariamente tuvo, como consecuencia de la «constitucionalización» a que ha sido sometido. Conviene insistir, no obstante, en que esta recuperación del significado constitucional del Código civil no es correlativa a una total adecuación del Derecho civil a la actual demanda socioeconómica, aun cuando pueda afirmarse sin temor que sus principios fundamentales proporcionan una utilísima fuente de soluciones a numerosos problemas, inimaginables en la época de su promulgación.

En conclusión, puede afirmarse que aun cuando haya que convenir con Giorgianni³⁹ que el Derecho civil en nuestros días, en ciertos aspectos no conserva, desde luego, el significado que tuvo en el tiempo en que fue codificado, por haber sido rebasado por las circunstancias socioeconómicas, en otros, sin embargo, mantiene su pujanza y se manifiesta en su más amplia dimensión de Derecho privado.

B) *Las mutaciones en la noción de derecho subjetivo. La llamada «técnica compleja» de codificación: el ZGB de la República Democrática Alemana*

No puede tampoco perderse de vista el hecho de que lo que se ha llamado «crisis del individualismo» y «crisis del derecho subjetivo», pronosticados por Leon Duguit⁴⁰ a principios de este siglo, así como otras concepciones negatorias de la existencia del derecho subjetivo, fundamentalmente a partir del normativismo kelseniano⁴¹, acaso han producido a lo largo del tiempo una reacción de signo contrario al esperado, en cuanto que ciertos atributos o bienes de la personalidad, en la terminología de De Castro⁴², hoy en especial peligro por las innovaciones técnicas, han merecido atención preferente del legislador que tiene que dispensarles una especial protección convirtiéndolos en auténticos derechos subjetivos, como muestra la citada Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, haciéndoles salir del marco genérico de protección que tiene su base en el «deber general de respeto» a la persona.

³⁹ GIORGIANNI: *Il Diritto privato...*, cit. p. 399.

⁴⁰ DUGUIT: *Las transformaciones generales del Derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. esp. de POSADA, s.f.

⁴¹ KELSEN: *Teoría pura del Derecho*, trad. esp. de NILSE, 1963; SCHREIER: *Grundbegriffe*, p. 150; MAIORCA: *L'oggetto del Diritto*, 1939. Cits. por DE CASTRO: *Derecho civil...*, 1.ª ed., I, p. 479, notas 4 y 5.

⁴² DE CASTRO: *Temas de Derecho civil*, 1972, pp. 7 y ss., y *Los llamados derechos de la personalidad*, A.D.C., 1959, pp. 1237 y ss.



La proyección práctica de las corrientes filosóficas que niegan la existencia del derecho subjetivo, o que llevan a sus últimas consecuencias lo que Radbruch llama «penetración de la facultad privada por un contenido de deber social»⁴³, permitió en su día la derivación doctrinal que los teóricos soviéticos realizaron de las ideas de Duguit, para llegar a la supresión de los derechos subjetivos (art. 4.º Código Civil URSS de 1923)⁴⁴. Y acaso la más reciente ejemplificación pueda encontrarse en el nuevo Código civil de la República Democrática Alemana, de 1975, que entró en vigor el 1.º de enero de 1976, sustituyendo a las partes del B.G.B. que seguían vigentes. El derecho civil se considera como un «instrumento del Estado socialista» que debe ser utilizado en el interés de «ejercer activamente una influencia sobre el desarrollo y la formación de las condiciones de la sociedad socialista conforme al plan»⁴⁵. De aquí derivan algunas consecuencias capitales, por ejemplo, la sustitución de la parte general, según la clasificación tradicional, por los «principios del Derecho civil socialista», en cuyo sentido tienen que ser interpretadas y aplicadas todas las reglamentaciones particulares del *Zivilgesetzbuch*.

Frente al modelo de «técnica analítica de Codificación», usual entre los legisladores e intérpretes de tradición codificadora, parece que fue preocupación central entre los «Comités de la Cámara Popular» (*Volkskammerausschüsse*) que debatieron el proyecto, la utilización de la llamada «técnica compleja» (*nach Leben Komplexen*). La «técnica compleja», explica Kellner⁴⁶, supone un método que no *fracciona* sino que *agrega* o superpone varios factores entre sí, a fin de crear una íntima correlación entre diversas relaciones (o también entre los distintos aspectos de una misma situación) sobre la base de un determinado fenómeno de la vida de relación, observado y disciplinado en su unidad. Así, la técnica compleja parece colocarse sobre dos distintos planos de operatividad: en un primer nivel, la descomposición de las varias ramas del Derecho se realiza asignando al Derecho de la Economía un aspecto, mientras que al Derecho del Trabajo se reserva el sector de la empresa, y al sector del Derecho civil las relaciones de consumo de los ciudadanos. En el interior de este último, por el contrario —y es el segundo plano—

⁴³ RADBRUCH: *Filosofía del Derecho*, trad. esp., 1959, p. 167.

⁴⁴ Cfr. DE CASTRO: *Derecho civil...*, cit., p. 480, nota 1.

⁴⁵ Tomado de MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 121.

⁴⁶ KELLNER: «Probleme des Gegenstandes des sozialistischen Zivilrechts», *Neue Justiz*, 1974, p. 200. V. también, en la misma revista y año, BRUNNER: «Erläuterungen zum Entwurf eines Zivilgesetzbuches», pp. 665 y ss.

los diversos apartados deben reagrupar aquellas relaciones que afectan a un concreto sector de consumo, sin preocuparse si en la reglamentación intervienen y se funden elementos de Derecho civil y de Derecho administrativo. Los elementos manejados, dice Juga Markovits⁴⁷, reducen el Derecho civil a un derecho económico que ha sido su contenido tradicional, y que subsiste en el ámbito occidental. En concreto, el Código civil de 1975 de la República Democrática Alemana se compone de siete partes. La primera, al a que nos hemos referido, consta de 16 párrafos que contienen los *principios del Derecho civil socialista*. La segunda parte trata de *la propiedad socialista y la propiedad personal*, entendiendo por esta última el resultado del trabajo realizado para la sociedad. La tercera parte constituye el núcleo esencial de la ley y versa sobre *Contratos realizados para la formación de la vida material y cultural*, singularmente compraventa, el alquiler de vivienda y los servicios. La cuarta parte se refiere al *Aprovechamiento de fincas y edificios para la vivienda y recreo de los ciudadanos*; aquí figura, por ejemplo, la propiedad individual de las personas privadas en los predios, como una de las posibles maneras de aprovechamientos del suelo. La función protectora del Derecho civil socialista se concreta en la quinta parte, sobre *Protección de la vida, de la salud y de la propiedad frente a los datos irrogados*. La sexta parte regula el *Derecho sucesorio*, y la séptima y última reúne todas las *Disposiciones especiales sobre relaciones particulares del Derecho civil*, entre ellas, la pluralidad de acreedores y deudores, contrato a favor de tercero, prenda, fianza e hipoteca⁴⁸.

Hay que tener en cuenta que mediante leyes especiales habían sido excluidos del BGB en 1961 el Derecho del Trabajo y en 1965 el Derecho de Familia, que plasmaron, respectivamente, en un «Código del Trabajo» y un «Código de la Familia».

Más importancia tiene, sin embargo, para el objeto de nuestro estudio, el destacar como la función clásica del contrato, como instrumento ordenador del tráfico jurídico se ha visto sustituida de hecho en la República Democrática Alemana por el plan. Para ello se utilizó la vía de extraer los principios fundamentales del Derecho de la contratación en una ley especial (*Ley sobre el sistema de contratación en la economía socialista*, de 1965), reguladora de *los contratos económicos para la producción y el comercio*. Resulta evidente, como se ha señalado, que

⁴⁷ MARKOVITS: *Il diritto civile tra socialismo e ideologia borghese*, trad. italiana de PERLINGERI, 1978, pp. XVII y ss.

⁴⁸ MOLITOR-SCHLOSSER: *Perfiles...*, cit., p. 121. Cfr. *Annuaire de Législation Française et Etrangère*, 1975, pp. 72 y ss.

junto a esta nueva forma de contrato económico que sirve exclusivamente para la preparación y concreción del plan, el contrato privado que queda reservado a los ciudadanos «tiene tan sólo una importancia subordinada para la vida jurídica»⁴⁹. Los contratos privados continuaron siendo regulados por el BGB hasta la entrada en vigor, en 1976, del nuevo Código civil, en cuya parte tercera, como he dicho anteriormente, se regulan los *Contratos realizados para la formación de la vida material y cultural*.

Las anteriores referencias acaso sirven para llamar la atención; más que sobre el horizonte donde puede derivar el Derecho civil, sobre la decisiva influencia que las bases socioeconómicas tienen —han tenido siempre— sobre el quehacer, y por tanto el contenido de lo que se entiende por Derecho civil en cada momento histórico.

Seguramente en España estamos asistiendo más que a una pérdida de valor del sistema de Derecho civil codificado, a una sustitución de esas mismas bases socioeconómicas, más claramente desde la Constitución de 1978 y, por tanto, a un cambio en los condicionamientos de algunos de los pilares del sistema. Cambio que no implica, por supuesto, una desaparición del concepto del derecho subjetivo, pero sí al menos una mutación en su significado⁵⁰.

Se ha puesto de relieve cómo el derecho subjetivo no aparece actualmente como señorío de la voluntad, ya que la voluntad no puede ejercitarse libremente ni siquiera en el ámbito de poder reconocido por los propios derechos subjetivos⁵¹. Pero esa falta de libertad no proviene, al menos exclusivamente, de un aumento de las limitaciones legales, como en el sistema del Código español sino, según se dice, de la «función social» que cumple o debe cumplir el instituto de que se trate (el supuesto más típico, la propiedad), según unos⁵², o, desde la perspectiva de quienes sustituyen el concepto de derecho subjetivo por el de «situación jurídica subjetiva», como Natoli⁵³, trasladando el núcleo del concepto de derecho subjetivo a la configuración de tipos de derechos subjetivos, en función de las características del bien sobre el que recae

⁴⁹ MOLITOR-SCHLOSSER, cit. ant., p. 120.

⁵⁰ V. COMPORTI: «Formalismo e realismo in tema di diritto soggettivo», *Riv. Diritto Civile*, 1970, pp. 442 y ss.

⁵¹ TORRALBA: «El Derecho civil desde...», cit., p. 347.

⁵² Entre otros, RODOTA: «Note critique in tema di proprietà», *Riv. Trim. Diritto e Procedura civile*, pp. 1280 y ss.; FUENMAYOR: *La propiedad privada y su función social*, Estudios SERRANO, 1965, I, pp. 221 y ss.; TORRALBA: *El Derecho civil...*, cit., p. 347.

⁵³ NATOLI: *Il diritto soggettivo*, 1943, pp. 5 ss.



el contenido de cada derecho subjetivo y en interés de la comunidad⁵⁴. Mas, con todo, parece que la Constitución española, en su art. 33,1 y 2, en relación con «el derecho a la propiedad privada y a la herencia» da pie para mantener la consideración de la propiedad como un derecho subjetivo privado⁵⁵, sin que ello implique desconocer el contexto en que la propia Constitución encuadra tal declaración, que hay que poner en relación con el art. 128, cuando dice que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuese su titularidad está subordinada al interés general», así como con otras declaraciones, entre las que cabe destacar, por ejemplo, la del art. 47, 2.º párrafo, que afirma que «la comunidad participará en las plusvalías que genere la acción urbanística de los entes públicos» y la referencia a la «solidaridad colectiva» que se contiene en el art. 45⁵⁶.

En conclusión, cabe afirmar, con Michaelides-Nouaros⁵⁷, que las limitaciones al poder jurídico que la norma otorga al titular de derechos subjetivos provienen de la presencia y tutela de intereses no individuales, con el fin de conciliar el espíritu individualista y los deberes sociales de cada individuo.

Mas esta necesaria tutela del interés colectivo no debe llegar nunca a significar la pérdida de libertad de la persona, ya que como dice Coing⁵⁸, la dignidad humana sólo se realiza en el orden jurídico cuando el Derecho asegura a los hombres una esfera en la que pueden obrar como seres independientes y autorresponsables moralmente, en la que no estén sometidos al poder de otros hombres, no convertidos en meros instrumentos al servicio de la comunidad.

4. CRISIS EVOLUTIVA DEL DERECHO CIVIL CONTEMPORÁNEO

A) *Dogmática tradicional y cambio social: la superación del individualismo de los Códigos civiles*

El tema de la crisis del Derecho en general y del Derecho civil en particular es ya antiguo. Entre nosotros, en 1895 Durán y Bas⁵⁹ dedi-

⁵⁴ V. PUGLIATTI: *Il trasferimento delle situazioni giuridiche soggettive*, 1964, p. 50; COMPARTI: *Formalismo e realismo...*, cit., p. 464.

⁵⁵ Así lo entiende, entre otros, ALBALADEJO: *Derecho civil*, III, 1977, I, pp. 247 y ss.

⁵⁶ Un detallado análisis del art. 33 de la Constitución, en MONTES: *La propiedad privada...*, cit., pp. 135 y ss.

⁵⁷ MICHAELIDES-NOUAROS: «L'évolution de la notion de droit subjectif», *Revue Trim. Droit Civil*, 1966, p. 233.

⁵⁸ COING: «Signification de la notion de droit subjectif», en *Le droit subjectif en question*, *Archives de Philosophie du Droit*, IX, 1964, pp. 8 y ss.

⁵⁹ DURÁN Y BAS: *Escritos*, 2.ª serie, Barcelona, 1895, pp. 356 y ss.



caba uno de sus escritos a la crisis actual del Derecho, mientras que, en 1926, SÁNCHEZ GALLEGRO dedicaba su atención al descrédito del Derecho⁶⁰. Hoy, con mayor fuerza, y, desde ángulos diferentes, se habla de «crisis» e incluso, con alarma, de los peligros que acechan al Derecho civil, cercado por el intervencionismo estatal, la tendencia a reducir su materia al área económica y a la desmembración⁶¹.

Por otra parte, el proceso de aceleración en el cambio de las circunstancias socioeconómicas, que, de un modo general y en todos los sectores, se ha producido en el mundo de hoy, ha dado lugar a la preocupación general por la «crisis», y en lo que a nuestra disciplina corresponde, en España también ha tenido lugar un profundo cambio, como consecuencia de las mismas circunstancias y del consenso político plasmado en los nuevos principios constitucionales, que han tenido ya, en algunos fundamentales aspectos, expresión legislativa modificando esencialmente los criterios de nuestro ya viejo Código.

Sin llegar a esa impresión «sobrecogedora», y de «sobresalto», que a los juristas privatistas de no hace muchos años atribuye García Valdecasas⁶², ante el cambio de la situación del pensamiento jurídico de los años treinta respecto al de hoy, acaso sea certera, por más mesurada, la expresión que utiliza E. Forststoff, cuando ante las actuales transformaciones dedica un ensayo al «jurista incómodo»⁶³. Porque es posible que esa sensación de incomodidad se produzca al plantearse la pregunta, no ya del «por qué» de la crisis, sino cuál será su desenlace, ya que en el panorama actual unas veces se achaca la crisis a una decadencia del Estado de Derecho, o del principio de legalidad otras a crisis de la ciencia jurídica, o del sentimiento de justicia, e incluso del funcionamiento de la justicia, siendo abundantísima la bibliografía sobre estos temas.

A ello hay que agregar que no parece fácil lograr una concreta y precisa determinación de los hitos entre los que se pueda comprender la variación experimentada en el curso de las ideas y los valores, a la que obedece la transformación, porque parece cosa cierta que el comienzo de una época nueva tiene siempre sus gérmenes en la anterior, cuando las bases éticas e ideológicas comienzan a conmoverse y erosio-

⁶⁰ LAUREANO SÁNCHEZ GALLEGRO: *El descrédito del Derecho*, discurso apertura, Murcia, 1926.

⁶¹ Díez-PICAZO GULLÓN: *Sistema de Derecho civil*, I, 4.ª ed., p. 55.

⁶² ALFONSO GARCÍA VALDECASAS: «La crisis del Derecho», en *Sulla crisi del Diritto*, Padova, 1975, pp. 90 y ss.

⁶³ E. FORSTHOFF: *Stato di diritto in trasformazione. A cura de G. Almirante*, Milano, 1973, pp. 71 y ss.



narse y se va formando una voluntad política que, aun partiendo de posiciones radicalmente opuestas, asumen puntos de contacto y de recíproca influencia. Por eso, ante la transformación cabe hablar de inquietud, mas no de sobresalto, si se tiene en cuenta que, al fin y al cabo, la propia formación histórica en nuestra disciplina la pone en permanente crisis, porque es materia viva.

Y así, acaso pueda considerarse que en las llamadas épocas de transición social se encierra una tendencia un tanto disolvente, pero también el inicio de otra fuerza integradora que se va consolidando.

Si el Derecho, como producto social, está condicionado por esta metamorfosis, es lógica la consecuencia de que el jurista —sobre todo el práctico— se encuentre efectivamente incómodo, porque actúa sobre la firmeza que le procura la dogmática tradicional que se va desconectando poco a poco, en muchos aspectos, de la realidad presente. Ya en estas áreas más amplias del tráfico económico internacional se habla de una «hipótesis del no Derecho», partiendo de que el contexto social y económico, en perpetua y acelerada evolución, nos sitúa ante un Derecho «que se busca», aún no adaptado a una sociedad «que se hace».

Carbonnier dará incluso, como una aproximación al concepto, la idea de que es «la ausencia de Derecho en un cierto número de relaciones humanas en las que el Derecho habría tenido la vocación teórica de estar presente», lo que «exige un esfuerzo creador, multidisciplinar, a fin de elaborar un Derecho nuevo, para una sociedad nueva, más compleja, más exigente y con una metodología nueva»⁶⁴.

En otro plano, los hechos obligan también a buscar soluciones meramente prácticas, y en principio circunstanciales, como de remedio de la contingencia histórico-social, mediante la proliferación de leyes especiales. Técnica que puede conducir a un cierto caos legislativo, a una especie de tejer y destejer, que convierte al jurista práctico, enfrentado diariamente con la realidad, en una especie de archivador de disposiciones y criterios jurisprudenciales que, a la velocidad del cambio, también pueden resultar desconectados de la realidad del momento en que se invocan⁶⁵.

Una ojeada al ponorama que se ofrece al jurista de hoy, y singularmente al civilista, acaso presenta muy pocos paisajes en los que no se

⁶⁴ V. MARMOL, P. GOTHY y otros, en *L'hypothèse du non Droit*, XXX Seminaire organisé à Liège, 21-27 octobre 1977. Faculté de Droit, D'Economie et de Sciences sociales de l'Université de Liège.

⁶⁵ V. PRIETO CASTRO: «El Derecho en peligro», *A.D.C.*, 1951, p. 875.



advertan transformaciones relevantes, obligándole a repensar no pocos temas.

Ya en 1952, observaba Savatier⁶⁶ que las ciencias físicas, al aumentar constantemente el dominio de las fuerzas materiales, han progresado más rápidamente que las ciencias humanas, que se han quedado atrás y buscan orientarse con una dolorosa ansiedad; y más concretamente se afirma también que las transformaciones del mundo actual han creado un desacuerdo entre el estado social y las reglas de los Códigos⁶⁷. Mas también se ha escrito⁶⁸ que el progreso técnico y científico ha deslumbrado a muchos juristas que han cedido al deseo de ver desaparecer las normas consagradas para crear un Derecho nuevo, preguntándose, sin embargo, como hace Ripert, hasta qué punto son susceptibles de impulsar la creación de ese Derecho, a veces denominado «el Derecho de la sociedad industrial»⁶⁹.

Ante todo, ese nuevo Derecho es proclive a florecer en microsistemas normativos, cada uno con su propia lógica, incluso son su propio lenguaje, porque como observa Wandruszka⁷⁰ las materias reguladas hasta «contaminan el léxico tradicional».

Se habla, por otra parte, de que estamos ante una «edad de la descodificación», en el sentido de que las leyes especiales no se sitúan ya junto al Código, sino que lo vacían de contenido, dejándolo como sede de disciplinas generalísimas; que se ha producido un proceso de consolidación de leyes que aparecieron como especiales y excepcionales, convirtiéndose en régimen estable de algunos institutos, y que el fondo histórico de este fenómeno es una distinta relación entre los Códigos y la sociedad civil, puesto que la ley ya no mira al «ciudadano», al destinatario neutro e indiferenciado, sino a grupos específicos y a definidas categorías de intereses programáticamente protegidos por la Ley Constitucional, pasando —como escribe Irti— del «monosistema» al «polisistema», cuyo centro es la Constitución⁷¹.

⁶⁶ SAVATIER: *Les métamorphoses...*, cit., 1952, núm. 48.

⁶⁷ COLLIARD, cit. pp. 115-117.

⁶⁸ RIPERT: *Les forces créatrices du Droit*, 1953, p. 36, núm. 13.

⁶⁹ V. TRIMARCHI: «Il giurista nella società industriale», y FROSINI: «L'aspetto tecnologico del giurista nella recente esperienza», ambos en *Riv. Dir. Civile*, 1980, I, *El Derecho en la sociedad industrial*, fue enunciado del tema del Congreso de la Società italiana di Filosofia giuridica e politica, Perugia, 1972.

⁷⁰ V. M. WANDRUSZKA: «La lingua quale polisistema culturale», en *Italiano d'oggi - Lingua non letteraria e lingue speciali*, 1974. También IRTI: *Introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, 1976, pp. 125 y ss.

⁷¹ Así, IRTI: «Leggi speciali (Del mono-sistema al poli-sistema)», en *Riv. Dir. Civile*, 1979, part. I, pp. 141 y ss.



Cabe pensar, sin embargo, que ella es producto simplemente de la técnica de adaptación a la contingencia, acaso inducida por el respeto a la perfección técnica de los textos codificados, y a la impresión de que esas leyes especiales extravagantes, se dictan en principio con cierto carácter experimental, para sufrir rectificaciones y terminar en textos refundidos.

Y es que en fondo asistimos a una pendulación de los principios de personalidad y comunidad: desde la evolución de las antiguas organizaciones sociales, caracterizada, en primer término, por una gradual dependencia del individuo hacia la familia, aquél, el individuo, toma el puesto como unidad social, y de una situación en la que todas las relaciones entre sujetos que compendaban en relaciones familiares, se pasó a unas normas de organización en las que las relaciones nacen de la libre determinación individual, permitiendo que pudiera señalarse —así lo hace Summer Maine⁷²— que el rasgo característico fue el paso del «status» al «contrato».

La *tendencia individualista* del iusnaturalismo, que, a través fundamentalmente de la obra de Domat, estuvo muy presente a la hora de la Codificación, dio como resultado en el pensamiento continental que el Derecho privado se haya caracterizado por el absoluto predominio de la autonomía individual y la protección de la persona. El concepto clave es la «persona», pero expresando un significado igualitario, un tanto abstracto, en el que no aparecían las desigualdades humanas: Manfred Rehbinder⁷³ dice que persona era tanto el sujeto propietario como el no propietario, el débil particular como la potente asociación, y que el término «persona» expresaba igualdad jurídica, igual libertad de todos para ser propietarios y contratar, aunque en realidad esa libertad era esencialmente diversa, según que estuviera en manos de un sujeto potente en el plano social y económico, o en las de un pobre.

«Los hombres son libres e iguales en Derecho», proclamaba la Declaración francesa de los Derechos del Hombre. Pero la equiparación de los principios de libertad e igualdad produjo, como señala Waline⁷⁴, una grave confusión: la del *individualismo*, referido a la persona libre, con el *igualitarismo* entre personas libres, cuando realmente el individualismo no admite más que una igualdad: la de los medios para que todo individuo pueda desenvolver su propia personalidad. Igualdad de

⁷² SUMMER MAINE: *Ancien. Law*. Tomado de la traducción de STEFANO RODOTÁ (extracto), MURRAY, 1906 (*Il Diritto private nella società moderna*, Bologna, 1977.)

⁷³ MANFRED REHBINDER: *Status, contrato y sociedad opulenta*, 1971, pp. 947 y ss.

⁷⁴ V. WALINE: *L'individualisme et le Droit*, 1949, p. 11.



puntos de partida, pero que conduce siempre a una desigualdad de hecho y de resultados. Laffite⁷⁵ hablará de las «paradojas de la igualdad» y sobre la base de que el primero de los derechos del hombre es la libertad, poseída por todos los hombres igualmente, dirá que «los ciudadanos, iguales en aptitudes, iguales en derechos, frente a un Estado omnipotente, y *nada entre ellos*, es el individualismo».

Sobre tales bases ideológicas, la Codificación francesa «considerando útil —según la frase famosa de Portalis— conservar todo lo que no es necesario destruir», mantuvo esencialmente las instituciones del *ius civile*, pero racionalizándolas de conformidad con las ideas revolucionarias. Y así, individuo y libertad, partiendo de un principio meramente formal de igualdad entre los hombres, fueron los ejes que articularon las instituciones del *Code Napoléon*: Protección meramente formal a la persona; plena libertad de actuación sin más que genéricas limitaciones, bajo pie de igualdad; poder creador de la voluntad libre, etc., construyendo con el Código un admirable monumento de la cultura occidental que ha influido decisivamente en todos los códigos latinos. Y así, el Derecho civil se condensa en los Códigos, considerados en gran medida como expresión técnica y racional, simplificada, de los ideales de carácter económico y social imperantes, y consecuencia inmediata de una voluntad política, que aun recogiendo la tradición jurídica siguió la tradición burguesa e individualista —en el sentido dicho— y que, a su vez, había movido el proceso revolucionario francés.

De aquí que la abstracción parificante del término «persona», eje y punto de referencia, se haya ido debilitando al adquirir preponderancia el principio «social», que hace evidentes las diferencias individuales, y en la concepción política, la idea del Estado liberal haya ido pendulando a favor de una especie de «Estado del bienestar», que parte de considerar a la persona según su posición en el sistema, como poseedor de un específico «papel social», apareciendo en primer plano, posiblemente, más que la persona en sí, lo que de actuación en la escena lleva implícito el vocablo «persona».

Así parece haberse forjado como una mística de lo social y colectivo, que tiende a dejar muy poco espacio reservado a la libre determinación individual, favorecida en cierta manera por una casi politización integral que lo resuelve casi todo. Su reflejo aparece en que cada vez es más fuerte la crítica a la propiedad privada, e invocando la «función social», se traduce en una diversificación de su régimen conforme a la

⁷⁵ PIERRE LAFFITE: *Le paradoxe de l'égalité*, p. 147 (cit. por WALINE, *loc. cit.*).



valoración social del objeto sobre el que recae y en las fuertes limitaciones a su ejercicio; más fuerte también la tendencia al control administrativo sobre los poderes atribuidos a los particulares, y más estrecho el cerco alrededor de la autonomía del empresario. La figura misma del negocio jurídico —símbolo de la existencia de una esfera de intereses sustraída al imperio de la autoridad pública— se pone en tela de juicio. ... Y es que parece cosa evidente que el hombre de hoy es menos autosuficiente que antes desde el punto de vista económico, mientras que el mercado es cada vez más poderoso; la producción y el consumo de masa han producido una standarización y racionalización de las transacciones, de manera que el contrato individualmente negociado va cediendo en muy grande medida ante los modelos contractuales y los contratos de adhesión, impuestos por las grandes organizaciones. Y acaso pueda decirse que del mismo modo que el desarrollo de la técnica industrial ha transformado la manufactura a la medida de una producción de masa, la standarización ha producido una especie de sistema de contratación de masa, adecuado al mercado masivo.

Parece lógico y justificado que se hable del envejecimiento de los Códigos ochocientistas, y aun de los más recientes, y se hable incluso del «ocaso de la Codificación»⁷⁶ que se califica a veces, no sólo de «envejecimiento» técnico, o de ofrecer grandes lagunas (pero que pueden obviarse, como siempre se ha hecho, utilizando el instrumento interpretativo), sino de un envejecimiento más íntimo y sustancial, que depende del cambio cultural de la sociedad en que el Código opera hoy, respecto al vigente cuando el Código fue elaborado. Acaso porque —como escribe Giorgianni⁷⁷— el individuo debe necesariamente añadir una «cualificación» que exige el grupo económico al cual pertenece: el individuo es valorado —dice— como «productor», como «trabajador» o como consumidor, y la tutela que el individuo reclama a la sociedad organizada está cualificada para el grupo en que se integra, dando lugar a ese nuevo problema de la protección de los así llamados «intereses difusos», que se considera no pueden protegerse por medio de las normas contenidas en los Códigos, sino, acaso, como efectos reflejos del ordenamiento.

⁷⁶ V. la serie de estudios bajo el título *Tramonto della Codificazione*, por M. GIORGIANI, F. PIGA, P. SCHLESSINGER, en *Riv. Dir. Civ.*, 1980, I.

⁷⁷ GIORGIANI, cit. ant., p. 53.



B) *La adecuación del Derecho civil al tiempo presente. La protección de la persona como perenne punto de referencia*

Creo, sin embargo, que aun siendo motivo de preocupación el observar la evidente alteración de las bases doctrinales de las instituciones civiles, reguladas en los Códigos como sistemas de derechos subjetivos privados, al expresarse la preocupación por la crisis de envejecimiento de los Códigos, hay una especie de exageración, porque llega a confundirse el problema de la renovación de los Códigos, en muchos aspectos necesarias, con una degradación del valor perenne del Derecho civil, cuando posiblemente puede reducirse la cuestión a determinar en el actual momento de fuerte evolución de los factores sociales, el valor efectivo que como Derecho común mantiene el Derecho civil, y los instrumentos técnicos de adaptación y renovación.

Respecto a lo primero, no parece dudoso que la persona humana, desprovista de cualquier papel profesional, o que tenga asignado en las organizaciones sociales, queda siempre como punto de referencia inderogable para el Derecho civil, como lo es el reducto familiar, o el patrimonio (llámese «privado» o «personal») y que el interés privado de los particulares y de las organizaciones privadas permanecerá siempre como objeto de protección, aunque la masa de los intereses públicos vaya creciendo en la medida en que el Estado extiende su intervención o su disciplina a otras relaciones sujetas hasta hoy a la sola autonomía privada. Autonomía que por otra parte parece estar y permanecer en el fondo de todo el proceso, si se piensa en el régimen parlamentario y en los principios constitucionales, que en la orientación de las instituciones obedecen, directa o indirectamente, a un «consenso» entre los diversos sectores sociales.

Escribe Mortati⁷⁸ que gobernar exige hoy una doble actividad político-jurídica, de mediación entre las partes sociales, adquiriendo el previo consenso de las fuerzas políticas representadas en el Parlamento, y que aun siguiendo el proceso de formación de la voluntad de la ley una línea formal, según las normas constitucionales que la regulan, desde un punto de vista sustancial deben armonizarse con los principios que emergen de un nuevo orden de valores, que procede de un pacto social, entendido con todo su significado de regla primaria. Y en efecto, si consideramos los artículos 28, 32, 37, 38, 39, etc. de nuestra Constitución, que reconocen la libertad de sindicación y el derecho de huelga, el dere-

⁷⁸ MORATI: *La legge di provvedimento*, Milano, 1968.



cho a la negociación colectiva laboral, los colegios profesionales, la plena igualdad jurídica de los cónyuges, el expreso reconocimiento de la función social de la propiedad privada y la herencia, la igualdad jurídica de los hijos con independencia de su filiación, etc., son muestra de esa especie de pacto sobre valores sociales, que al pasar de la especulación al pensamiento común de los ciudadanos como ideales a realizar, han plasmado en la Constitución, traduciéndose en una sustancial reforma del Código civil, que adopta así la forma de un Derecho *constituido*, dirigido a la tutela de intereses generales, mientras que quedan fuera por ahora —acaso por razones técnicas—, y con el carácter de leyes civiles especiales, las que toman en consideración además, intereses sectoriales, en los que la persona —pero siempre la persona— desempeña un papel dentro de la organización social.

Se crea así una especie de particularismo jurídico-civil, característico de las épocas de transición, que exigirá la integración del sistema en el futuro.

Burke⁷⁹ y Draper⁸⁰, en sus respectivos estudios sobre el desarrollo histórico de los pueblos, apuntaron la influencia que en éste tienen las transformaciones que poco a poco se han ido realizando en sus condiciones intelectuales, y si esto es así, aunque la variedad necesaria de las ideologías en orden a la organización social haya alcanzado un punto común de concordia, y se hayan determinado en la Constitución los valores en los que parecen coincidir las fuerzas político-sociales, al jurista le aguarda una misión difícil en el desarrollo técnico de esos principios, ya que siempre habrá lucha ideológica y conflicto de opiniones que, en lo que a nuestra disciplina concierne, exigirá para superarles no apartarse como base firme, de la misión permanente que le corresponde: tener muy en cuenta que el Derecho privado, dentro de la unidad esencial del Derecho, contempla un sector que sustrae a la intervención directa del Estado una zona en la que se reconoce la legitimidad de intereses particulares, materiales y morales de los individuos y de ciertos grupos sociales, insertos en la propia naturaleza humana, y que son base de la libertad misma en la concepción ya secular de Occidente; pero que también el Derecho civil, como Derecho privado general, es una categoría histórica, centro de regulación de las más comunes relaciones de convivencia humana y que hay que defender del peligro de que llegue a desvirtuarse su perenne misión: la de ser —como escribe

⁷⁹ BURKE: *histoire de la civilisation en Angleterre*, s.f.

⁸⁰ DRAPER: *Histoire du développement intellectuel de l'Europe*, 1868.



Santoro-Pasarelli ⁸¹— «la expresión fundamental de la libertad humana».

El peligro puede venir en dos frentes: uno, consiste en que a través de la realidad de que existen cada vez mayores exigencias comunitarias, que la lógica de los particulares no puede satisfacer en absoluto —sobre todo en el campo económico—, se piense que la «función social» asignada por el artículo 33 de la Constitución a dos de los pilares básicos de los ordenamientos civiles occidentales (el derecho a la propiedad privada y a la herencia) les haga perder su carácter de derechos subjetivos privados convirtiéndolos en «funciones», en lugar de mantenerlos como núcleo central, aunque con límites, cargas y deberes, indispensables para que la función social se cumpla. El otro peligro puede provenir de los espectaculares y sorprendentes avances de la tecnología, que en la «mano pública» —y también en la privada— puede tejer una red que se introduzca en la esfera más íntima de la persona. Signo de este peligro es el haber sido detallado, como principio constitucional, la garantía, como «derechos», de la intimidad familiar, de la propia imagen, del honor, del secreto de las comunicaciones y la limitación del uso de la informática (Const., art. 18) como una proclamación de la necesidad de mantener una esfera privada inviolable de la persona humana, en cuanto tal, tendiendo a transformar en derechos individuales algo que está incluido en el deber general de respeto a la persona. Deber que alcanza a todos, incluido el Estado.

Dijimos antes que la adecuación del Derecho civil a la sociedad actual, obra de los juristas, precisa firmeza en la convicción de la misión perenne que le corresponde y, por tanto, que en el desarrollo de los nuevos principios constitucionalmente consagrados, es precisa, ciertamente, una crítica de las ideas básicas que han venido siendo aceptadas en el pasado de la vida social, pero sin que, movidos por la idea —que hoy predomina por fortuna— de lograr justicia sustancial, en lugar de mera igualdad formal ⁸², sacrifiquemos otros valores indispensables a la libertad humana. Se trata de lograr una coordinación de los principios ya formulados, y por encima de meras y contingentes tendencias políticas, lograr la adecuación del Derecho civil al tiempo presente.

Dos textos de Durán y Bas, en el escrito ya aludido, me parecen suficientemente claros: de una parte señala la «incertidumbre congajosa» que experimentaba respecto a la dirección que tomaría el cambio

⁸¹ SANTORO-PASARELLI, en «Note conclusive: Il Codice e il mantenimento dei valori essenziali», *Riv. Dir. Civile*, 1980, I, pp. 85 y ss.

⁸² FERRI: «Antiformalismo, democrazia, Codice civile», *Riv. Dir. Comp.*, 1978.



que había de sobrevenir; de otra, señala también que el progreso «no consiste en repudiar los elementos sociales y jurídicos que son fundamento inmutable de las instituciones, sino «en armonizar con ellos lo que los siglos van introduciendo en su carrera», concluyendo que «en el orden de los hechos la conquista de la paz social exige una transacción entre la autoridad y la libertad», pero que el principio de libertad, que unos ven únicamente como germen de indisciplina social, se defiende como principio de dignidad y de progreso cuando «no aspira a la supremacía y a desenvolverse sin regla moral que la restrinja y sin condiciones sociales que lo circunscriban»⁶³.

JUAN ROCA GUILLAMÓN

Catedrático de Derecho civil

⁶³ Escrito citado de DURÁN Y BAS, pp. 358, 357 y 434.

