

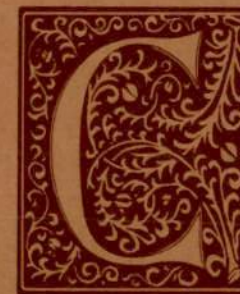
Jesús Delgado Echeverría, Joaquín Rams Albesa *Retos de la dogmática civil española*

26



Jesús Delgado Echeverría
Joaquín Rams Albesa

*Retos de la dogmática
civil española*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

JESÚS DELGADO ECHEVERRÍA. Doctor por Bolonia y catedrático de Derecho civil en la Facultad de Derecho de Zaragoza, de la que fue Decano. Discípulo de Lacruz Berdejo, se ocupa de poner al día sus prestigiosos "Elementos de Derecho civil", particularmente los tres volúmenes de Parte General. Cultivador del Derecho aragonés, preside la Comisión Aragonesa de Derecho civil. Distinguido con el "Premio Aragón" en 2002. En el último decenio ha centrado sus investigaciones en los grandes temas de la validez y la eficacia de normas y de actos jurídicos.

JOAQUÍN RAMS ALBESA. Catedrático de Derecho civil en la Universidad Complutense de Madrid. Se ha ocupado durante los últimos años de la dirección del Seminario de profesores del Departamento, de la participación y dirección de grupos de I + D, y del grupo permanente de investigación que dirige sobre los cambios sociales que están provocando modificaciones en la legislación y jurisprudencia del Derecho civil, en general, y, en particular, en el Derecho de familia.

ISBN 978-84-614-8841-4



9 788461 488414

Presidente

Ernesto Garzón Valdés

Secretario

Celestino Pardo

Secretario Adjunto

Ricardo García Manrique

Patronos

María José Añón

Manuel Atienza

Francisco José Bastida

Paloma Biglino

Alfonso Candau Pérez

Carlos Carnicer

Luis Fernández del Pozo

Jesús González Pérez

Vicente Guilarte

Liborio L. Hierro

Antonio Manuel Morales

Fernando Pantaleón

Antonio Pau

Juan José Pretel

Encarnación Roca

Carmen Tomás-Valiente

Fernando Vallespín

Juan Antonio Xiol

Gerente

María Isabel de la Iglesia

*Retos de la dogmática
civil española*

Jesús Delgado Echeverría
Joaquín Rams Albesa

*Retos de la dogmática
civil española*



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2011 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

© Jesús Delgado Echeverría, Joaquín Rams Albesa

I.S.B.N.: 978-84-614-8841-4

Depósito Legal: M-14169-2011

Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.

Manuel Tovar, 10

28034 Madrid

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

ÍNDICE

RETOS DE LA DOGMÁTICA CIVIL ESPAÑOLA EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XXI (*Jesús Delgado Echeverría*) .. 13

- I.- De Castán y De Castro al
(neo)constitucionalismo. La
elusiva Parte General 13
1. La tradición doctrinal y el
parteaguas de 1978 13
2. La civilística anterior a 1978 ... 16
3. Federico De Castro y Bravo
(1903-1983) 20
4. José Castán Tobeñas
(1889-1969) 25
5. Después de 1978. Tratados y
manuales 27
6. La "Parte General" 31

7. "El nuevo quehacer del Derecho civil" según Díez-Picazo y Gullón	33
8. Nuevas revistas, Comentarios...	37
9. Constitucionalización, positivismo y Derecho natural	40
10. Neoconstitucionalismo y autonomía del discurso jurídico	47
II.- Obligaciones y contratos: un (nuevo) Código civil	53
1. Un Código civil vertebrador del Derecho privado	53
2. ¿Por qué ahora?	57
3. ¿Es posible ahora?	59
4. Un nuevo Código, mejor que modificar el de 1889	62
5. ¿Cómo lo haremos?	65
6. Algunas ligeras observaciones sobre métodos e instrumentos ..	69
7. Cinco niveles de racionalidad de las leyes	73

III:- Cambios en la matriz disciplinaria y en la comunidad científica	82
1. Ciencias y ciencias. Paradigmas, matrices y cambio	82
2. Inmutabilidad del paradigma de la dogmática	87
3. Los elementos de la matriz	89
4. La matriz de la dogmática jurídica	93
5. Los argumentos morales en la deliberación jurídica	96
6. Los argumentos económicos y de eficacia	98
7. Ampliación de la matriz y la justificación de las leyes	100
8. Cambios en la comunidad científica	102
9. La comunidad jurídica (la sociedad)	104
10. La comunidad de intérpretes	106
11. La comunidad científica	109

12. La "vida media" de la disciplina 111
13. Campos especializados 113
14. Dos especializaciones basadas en métodos o teorías 116

MEDITACIÓN SOBRE QUÉ CAMBIAR PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NUEVA DOGMÁTICA PARA EL DERECHO CIVIL O PARA UN DERECHO PRIVADO GENERAL (<i>Joaquín Rams Albesa</i>)	121
I.- Introducción	121
II.- ¿Qué deberíamos hacer y por qué?	134
a) Constitucionalización del derecho privado	142
b) La revisión del Título preliminar del Código civil	157
c) Actualización y adaptación del derecho privado a las necesidades del presente	185

III.- Finalidad justificativa para re- dactar un nuevo Código civil que enmarque la generalidad del derecho privado de ámbito nacional	206
--	-----

NOTAS SOBRE LA EFICACIA SOCIAL DE DISTINTOS TIPOS DE NORMAS CIVILES (*Jesús Delgado Echeverría*)

1. Definiciones de eficacia y de efectividad de las normas	222
2. Eficacia como cumplimiento ...	225
3. "Cumplimiento" de normas distintas de las de mandato	230
4. ¿Es socialmente irrelevante la "mera coincidencia"?	232
5. "Invocar la ley": entre el cumpli- miento y la aplicación.	236
6. Normas de permiso y de com- petencia. Eficacia como éxito	240
7. Las normas dispositivas	252
7.1. Concepto de norma dispo- sitiva	252

7.2. Eficacia social y ejercicio del poder de desplazar la norma	258
7.3. Las normas sobre suce- sión intestada	260
7.4. Las normas sobre régimen económico matrimonial	264
7.5. Derecho de los contratos	267
8. Las normas que invalidan los actos de los particulares	272

RETOS DE LA DOGMÁTICA CIVIL ESPAÑOLA EN EL PRIMER TERCIO DEL SIGLO XXI¹

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA

I. De Castán y De Castro al (neo)constitucionalismo. La elusiva Parte General

1. La tradición doctrinal y el parteaguas de 1978

La dogmática civil española es hoy muy distinta a como era hace treinta o cuarenta años. Para empezar, es actividad que ocupa a un número varias veces superior de juristas,

¹ Leyerón un borrador de esta Ponencia y me hicieron valiosas observaciones las civilistas María Paz García Rubio, Isabel González Pacanowska y María Ángeles Parra Lucán, así como los filósofos del Derecho Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero. Les agradezco que me ayudaran a evitar algunos errores y me dieran ánimos para hacer públicas estas reflexiones, que no siempre comparten.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto DER 2008-01669/JURI.

mayoritariamente profesores de universidad, que se ocupan de normas e instituciones que o bien no existían hace unos decenios o bien han sufrido cambios sustanciales.

Podemos tomar como fecha parteaguas la de 1978. La fecha no es sólo relevante porque se aprueba ese año la Constitución (principio de una convivencia democrática que transforma la sociedad española y cuestiona todo el sistema jurídico, con desafíos particulares a la tradición del Derecho civil), sino porque en fechas cercanas se produjeron otros hechos o se iniciaron procesos centrales para la explicación de la situación actual de la dogmática civil.

Por una parte, la comunidad científica de los civilistas crece exponencialmente desde aquellas fechas y su actividad adopta muy preferentemente la forma institucional de "investigación del profesorado universitario", funcionarial, en el marco de las sucesivas reformas universitarias, que incluye complementos de investigación, luego evaluación sistemática de la misma, predominio de la dedicación a tiempo completo y modos de acceso a las plazas docentes con consecuencias directas sobre el tipo de trabajos doctrinales: junto a las tesis doctorales se amontonan "segundos ejercicios" de titularidades y cátedras.

Por otra, en 1974 se aprueba un nuevo Título Preliminar del Código civil que corona el final de una etapa del Derecho civil en España con una reformulación de las bases del sistema jurídico: las fuentes del Derecho, la interpretación de las normas, la analogía, la exclusión de la ley aplicable y la renuncia de derechos, la nulidad de los actos contrarios a normas imperativas, las consecuencias del fraude de ley, el ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe, la proscripción del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo. El Título Preliminar es de origen y elaboración puramente civilista, pero tiene la pretensión, generalmente aceptada, de conformar todo el ordenamiento jurídico. La cultura jurídica en la que nace el Título Preliminar es la de la dogmática civil de la época, que podemos personalizar en los dos grandes maestros de mediados del siglo XX: Federico De Castro y José Castán Tobeñas. Esta dogmática no cuenta para nada con las Constituciones políticas –más bien fomenta la idea de que los Códigos civiles son en realidad una Constitución, quizás la "verdadera" constitución- y no está en su horizonte la promulgación de una Constitución democrática en España. La Constitución de 1978 supone una ruptura de fondo en el ordenamiento jurídico -un nuevo fundamento de legitimidad- que la civilística española ha

tenido que ir asumiendo reinterpretando su propia tradición.

1978 es también el año en que Natalino Irti publica su artículo *L'età della decodificazione*, cuya recepción en España da buena muestra del desconcierto de los civilistas ante una nueva etapa en la que el Código civil de 1889 pierde su lugar central.

2. La civilística anterior a 1978

Pero antes de pasar el parteaguas de 1978 conviene hacer referencia a la civilística anterior a esa fecha. Unos pocos rasgos bastarán, aun con el riesgo de toda simplificación y la omisión de muchos nombres.

El estudio del Derecho civil -el estudio del Derecho, en general- no había brillado en España en el siglo XVIII ni en el XIX. La promulgación del Código civil en 1889 impulsó una actividad dedicada preferentemente al comentario y la exégesis, a la zaga de los comentaristas del Código francés.

Puede decirse que los métodos de la pandectística, la correspondiente sistematización del Derecho civil y la preocupación por el uso riguroso de los conceptos entra en España con Felipe Clemente de Diego (1866-1945), romanista, catedrático de Derecho ci-

vil, magistrado y Presidente del Tribunal Supremo (1939-1945), que elabora y estructura la parte general "a imagen y semejanza de la pandectística alemana"². Para Hernández Gil, "Don Felipe Clemente de Diego, en el orden científico, realizó una obra en la que el tratamiento del Derecho civil español se llevaba a cabo con igual grado de madurez y rigor que en otros países europeos"³. Era una novedad, pues de Diego había "impreso un nuevo giro al estado de cosas con que se encontró de forma que tras él aparece una nueva fase de los estudios jurídicociviles patrios". También era, de momento, una excepción, aunque muy prestigiosa: "Clemente de

² El texto sigue: "Su dominio del discurrir metódico y su culto al sistema encontraron aquí ancho campo donde manifestarse. El concepto de la relación jurídica, el mecanismo del nacimiento, extinción y modificación de los derechos y la teoría del acto jurídico son las ideas generales que supo tratar admirablemente y aplicarlas luego a las singulares instituciones". Antonio Hernández Gil, "Felipe Clemente de Diego (1886-1945)", en *Juristas españoles de nuestro tiempo*, Madrid, 1973 (originalmente, en el número de la *Revista de Derecho Privado*, XXIX, pág. 611, dedicado a de Diego, que fue su cofundador con Navarro de Palencia en 1919).

³ Para De Castro, "la personalidad que simboliza la ciencia jurídica española moderna es la de don Felipe Clemente de Diego", cuya valoración sintetiza así: "ha sabido aunar dos tareas: tomar de la ciencia alemana el instrumental técnico y señalar la importancia del estudio de nuestra doctrina clásica" (*Derecho civil de España, Parte General*, I, Madrid, 1995, pág. 323). De este modo lo convierte en un predecesor de su propia obra.

Diego sentía un poco la desolación del inmediato vacío". "Importa mucho advertir -dice Hernández Gil en otro momento, y añadido por mi parte que, en efecto, importa mucho- que tras esas conquistas científicas y técnicas que representa la aportación de Clemente de Diego a los estudios de Derecho civil, no hay el fondo positivista y formalista sobre el que de ordinario se produjeron", y hace notar su catolicismo y su preparación filosófico-escolástica. "Para él el Derecho no podía dejar de ser, ante todo, una disciplina moral". "De Diego fue un decidido defensor del Derecho natural".

La alternativa entre positivismo jurídico y iusnaturalismo se resuelve siempre en las manifestaciones expresas de los civilistas a favor del Derecho natural. Refiriéndose a la época final del siglo XIX, Hernández Gil apunta que "el positivismo jurídico, con la serie de negaciones que entrañaba, no gozó aquí del imperio que en otros países". Lo notable es que, sin pasar por el positivismo, al parecer lo hemos superado hace mucho tiempo. De creer a Hernández Gil -quizás el más agudo diseccionador de las ideas jurídicas de los civilistas españoles coetáneos suyos o que le precedieron-, ya Clemente de Diego "se incorporaba, al cabo, a esa corriente ultrapositivista que tan brillantes destellos ha tenido en lo que va de siglo".

"Ultrapositivismo" significa aquí, evidentemente, "más allá" del positivismo, un postpositivismo *avant la lettre* que Hernández Gil identifica en este caso con Geny, con cuya figura De Diego guarda, en su opinión, "gran correlativo".

Las consecuencias de la guerra civil en la civilística española no es cuestión especialmente estudiada ni sobre la que los civilistas expresen especial curiosidad. En todo caso, no hubo en el Derecho civil un referente alternativo en el exilio, como pudo ser Jiménez de Asúa en el penal. Demófilo de Buen quedó simplemente olvidado; tampoco representaba una dirección sustancialmente distinta a la de De Diego o del Castán anterior a 1936.

Desde los años cuarenta, los civilistas con mucho más influyentes fueron, cada uno a su manera, "juristas del régimen". Me refiero, naturalmente, a Federico De Castro y a José Castán Tobeñas. Nada sorprendente ni que aquí deba producir especial escándalo. Gracias a ellos la civilística española mantuvo un nivel muy digno en la larga dictadura franquista. Sin su vida y su obra no se entendería nada de lo que ha sucedido en el Derecho civil español hasta hoy ni, por tanto, podríamos aventurar lo que puede o debe acometer en el inmediato futuro la civilística española sin tener en cuenta su herencia.

3. Federico De Castro y Bravo (1903-1983)

Considero a Federico De Castro la mejor cabeza en el Derecho civil de mediados del siglo XX. Cabeza por su inteligencia, por su extenso y profundo conocimiento de las ideas jurídicas europeas de su época y por su liderazgo consciente y buscado, desde su cátedra en la Central, sus seminarios, el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos y el Anuario de Derecho civil, que fundó y dirigió.

Por eso me parece relevante traer aquí su manifiesto sobre las tareas que, en su insuperado volumen de *Parte General*⁴, atribuye a la civilística española. Que no se realizaran estas tareas era previsible, pues requerían, en la medida en que fueran viables (algunas, simplemente, eran imposibles) a la vez una inteligencia y un compromiso político

⁴ Publicada por vez primera en 1942, pero el texto que transcribo lo tomo de la tercera, de 1955. En 1984 se realizó una edición facsimilar, con prólogo de Díez-Picazo, sobre la de 1949 (con texto idéntico al que transcribo). Esta edición facsimilar se ha reimpresso varias veces, la última en 2008. También su *Negocio jurídico* (1968), además de reediciones en vida, se reprodujo facsimilarmente en 1985, con prólogo de Vallet de Goytisolo, edición que ha tenido varias reimpresiones, al menos hasta 2002. También se ha publicado la colección de sus estudios jurídicos en 1997, 2 tomos, por el Centro de Estudios Registrales.

como los suyos, difíciles de encontrar en suficiente número.

Tras un denso y crítico recorrido por "la ciencia jurídica española" desde los primeros años del siglo XIX (pp. 319-324) establece lo siguiente:

"Tareas actuales.

La tarea que corresponde a la ciencia española es tan alta como difícil; paralela a las diversas misiones que ha de cumplir España en nuestro tiempo.

Dentro del propio territorio: realizar la unidad jurídica de España. Que la Nación, una, tenga un Derecho civil único.

Dentro del Derecho Español: arrojar fuera influencias y modas extrañas. Que el Derecho de España sea Derecho español.

Dentro de la Hispanidad: lograr, unidos todos los pueblos hispanos, la depuración y restauración del Derecho común hispánico. Que la Hispanidad se refleje en un Derecho hispánico común.

Dentro de Europa: ante la crisis de la ciencia jurídica europea, de su materia-

lismo, positivismo y abstracción, levantar la ejemplaridad de un Derecho basado en la supremacía de los valores morales. Que la ciencia jurídica española conquiste el puesto que su tradición exige."

La redacción es perentoria y exigente. Semejan consignas patrióticas (España, Nación, Hispanidad, tradición, valores morales; frente a Europa, su materialismo, positivismo y abstracción, frente a "las influencias y modas extrañas").

Pero no es en modo alguno una formulación circunstancial y postiza. El mismo De Castro apostilla que son "tareas pensadas y emprendidas". Las que yo propongo para la civilística actual son distintas y en buena medida contrarias. De momento, valgan estos breves comentarios. De los cuatro llamamientos, los tres últimos no interpelan hoy a nadie. "Que la Nación, una, tenga un Derecho civil único", por el contrario, sigue teniendo cierto eco entre civilistas centralistas, quizás más como dolorida frustración que como propósito de lograr un objetivo que la Constitución hace imposible. La pretensión de "arrojar fuera influencias y modas extrañas", afortunadamente, no impidió que las mejores obras de los civilistas españoles de la época se basaran en la lectura y cita de libros extranje-

ros (italianos, franceses y alemanes), pero sí ha dejado un poso de desconfianza frente a ideas e ideologías de allende las fronteras y quizás cierto desinterés explicable más por desidia y pereza que por designio.

Poco antes de las líneas transcritas se lamenta de que una de las direcciones señaladas por De Diego (el estudio de nuestra doctrina clásica) "ha sido desgraciadamente descuidada", mientras que en la otra dirección ("tomar de la ciencia alemana el instrumento técnico"), "del uso de términos técnicos y del material de trabajo extranjero, se ha pasado a la introducción de concepciones positivistas, tendencias jurídicas mercantilistas, de ideas extranjeras enemigas y contradictorias del espíritu del Derecho español". En el prólogo a la primera edición (1942) proclamaba el "retorno consciente a la pureza de la concepción hispana", representada especialmente por la escuela jurídica española de los siglos XVI y XVII, con la "convicción objetiva de que ella, al basar el Derecho en los fines últimos del vivir, dándole una base teológica, ha señalado el único modo de conocer la realidad jurídica". Consecuentemente, su propósito es hacer que la técnica jurídica vuelva a su posición subordinada e instrumental. De este modo, "liberadas de la esclavitud impuesta por el positivismo legalista, las disposiciones legales se animan en base a los

principios generales del Derecho y recobran su sustancia moral, tradicional y política; mientras que la labor de los juristas, de malabaristas vergonzantes de artículos, se eleva a la de colaboradores en la realización de la Justicia y de los fines nacionales".

El "Derecho civil de España" de De Castro es el Derecho civil del Nuevo Estado, católico y autárquico, enemigo declarado de "las teorías libero-democráticas" (que el autor personaliza en Kelsen⁵) y de "dar valor carismático a la legalidad constitucional" (pp. 20-21). Es también una obra que proclama "como evidente y necesaria la relación entre Derecho y política. El Derecho aparece -aunque sea unilateralmente considerado- dirigido a realizar un propósito político; la política, para lograr la cristalización social de sus ideales, ha de concentrarse en reglas jurídicas" (pág. 46)⁶.

⁵ Es posible que sea Kelsen el autor más citado (tras Francisco Suárez y a gran distancia del mismo) para combatirlo en todos los contextos: vid. págs. 20, 34, 35 (n. 7), 50 (n. 5), 96, 97 (n. 2), 101 (n. 4), 419 (n. 4) 457 (n. 2), 584, 636 (5).

⁶ "El Derecho tiene un doble fin que cumplir. El fundamental y mediato, reflejar en la vida humana la justicia divina; el inmediato e instrumental, *realizar prácticamente el ideal de vida de la dirección política del Estado*" (énfasis añadido). Con lo que, de paso, se legitima el poder estatal "por la gracia de Dios".

4. José Castán Tobeñas (1889-1969)

Castán, por contraste, es el "jurista del régimen" manifiestamente apolítico. Coherentemente apolítico, podría decirse, recordando la anécdota en que el general Franco aconseja a uno de sus ministros: "haga usted como yo, no se meta en política". Catedrático de Derecho civil (en excedencia), Presidente del Tribunal Supremo (sucedió a de Diego) y de la Comisión General de Codificación, ahorma la cabeza de generaciones de estudiantes de Derecho a través de su monumental obra "Derecho civil español, común y foral". Más importante quizás, proporciona a los aspirantes de los grandes cuerpos (notarios, registradores, jueces, fiscales) los conocimientos precisos para triunfar en su oposición, y esto hasta ahora mismo, pues el molde castaniano es el criterio con que van a ser juzgados. Para este fin nació la obra y ha cumplido perfectamente el objetivo. También porque no hay otra, anterior ni posterior, de la extensión, detalle y erudición del "castán".

Castán se proclamó seguidor del Derecho natural y contribuyó a la teoría general del Derecho y a la doctrina de las fuentes y de la interpretación con discursos y monografías que sobresalen en la civilística de la época (época en que todavía son los civilistas quienes construyen casi en solitario la "Parte

General" de todo el Ordenamiento jurídico). Pero su impronta duradera se impone mediante "el Castán" (que es también la obra española de Derecho civil más conocida y apreciada en Iberoamérica).

Todo en "el Castán" parece claro y en su sitio. Las divisiones y subdivisiones orientan al lector. La información está generalmente al día y es muy rica. Se citan opiniones de autores italianos, franceses, alemanes... aunque no siempre se advierte el contexto en que tales opiniones ("doctrinas") se originaron, ni se atiende a la diferencia de épocas y escuelas de pensamiento. Todo sirve, por acumulación de fichas, para enriquecer el tema que expondrá el opositor y también, no hay que minusvalorarlo, para preparar la formación de una opinión propia, bien por adhesión, bien por oposición, bien por propuesta de una "opinión intermedia" (típicamente castaniana). Las más de las veces, con criterio sensato. Utilizado "el Castán" para formación de civilistas, el método parecerá al neófito consistir tan sólo en la exposición de doctrinas ajenas -lo que supone un saludable "estar al día"- y, como coletilla, la conclusión propia, prudencial, de autoridad, basada en la experiencia -cuando se tiene-, sin apenas argumentación ni consideración de las consecuencias.

El neófito aprenderá, ante todo, que "hay en todas las instituciones que toca un concepto, una naturaleza jurídica, un fundamento, una evolución, un contenido, unos elementos, unos efectos y una extinción"⁷. Basta repasar los índices de los diversos volúmenes para comprobar como estos términos (junto con otros como definición, estructura, clases, doctrinas y teorías) organizan el discurso jurídico. Amueblada su cabeza con estos lugares comunes, el jurista se servirá de ellos toda la vida para diseccionar cualesquiera normas, actos o relaciones jurídicas con los que haya de enfrentarse.

5. Después de 1978. Tratados y manuales

No es posible representar esta época posterior a 1978 con dos o tres nombres ni fácil identificar sus rasgos y sus logros principales. La Constitución de 1978 y la pérdida de centralidad del Código incluso en el Derecho privado (no sólo como consecuencia de la Constitución) constituyen quizás los cambios más importantes en su campo de conocimiento.

Por primera vez se abordan y culminan unos ambiciosos comentarios al Código civil

⁷ Chico y Ortiz, "Castán y los derechos reales", *RCDI*, 1989, pág. 1421.

desde la Universidad. La gran obra dirigida por Manuel Albaladejo, en la que colaboran la mayor parte de los profesores de civil, es más brillante culminación de una época que inicio de una renovación. El mismo significado tienen los Comentarios al Código publicados por el Ministerio de Justicia con ocasión del Centenario del Código (1991), en los que participaron prácticamente todos los catedráticos de Derecho civil.

Para entonces ya habían fracasado dos intentos (tres, según se mire) de tratados extensos. El primero lo anunciaron Manuel Albaladejo y José Luis Lacruz (1921-1989) como obra exclusiva suya, con el título de *Tratado teórico-práctico de Derecho civil*. Se publicaron dos gruesos volúmenes, ambos obra de Lacruz (*Derecho de Sucesiones, Parte General y Derecho de familia, El matrimonio y su economía*, 1961 y 1963), que supusieron una importante renovación y la presencia de un modelo muy distinto del castaniano. Pero no hubo continuación, sino que Albaladejo y Lacruz continuaron su obra por separado en el terreno de la manualística.

Poco después apareció una primera entrega de un *Tratado Práctico y Crítico de Derecho civil* capitaneado por el propio Federico De Castro desde el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. Fue en 1967, era el autor Manuel

Peña y Bernaldo de Quirós y el título *La herencia y las deudas del causante*. Decía ser el volumen I del tomo LXI, dedicado a la herencia. En 1974 se publicaron, como Volumen LVIII del mismo Tratado, dos tomos de Juan Vallet de Goytisolo dedicados a *Las Legítimas*. Prescindiendo de la utilización contradictoria de los términos tomo y volumen, está claro que el tratado se proyectaba con la extensión de más de sesenta libros. Hubo sólo un total de seis: XLIII, *La transacción*, por Antonio Gullón Ballesteros; L-1, *La sociedad de gananciales*, por Alfonso de Cossío y Corral y X, *El negocio jurídico*, del propio Federico De Castro.

El tercer intento frustrado de tratado es también de Lacruz, en los años ochenta. Llegó a haber compromisos personales e instrucciones escritas, que dejaban plena libertad ideológica y metodológica a cada uno de los posibles autores. Producida la prematura muerte de Lacruz nadie podía dirigir ese proyecto.

Sí dejó Lacruz una obra distinta, los *Elementos de Derecho civil*, obra continuada por sus discípulos, que comenzó en 1974 como pequeño manual para atender una peculiar coyuntura de docencia y se convirtió en pocos años en la exposición sistemática más amplia y completa en el mercado español (en el que

sigue presente también, de otra manera, el Castán). Lo notable es que no se ha escrito luego, ni se anuncia, ninguna otra obra sistemática de parecidas proporciones. Puede pensarse que la explicación de esta ausencia se encuentra en las constricciones de los planes de estudios y el contexto de la enseñanza en nuestras Facultades. De hecho, hay competentes manuales, los más de autoría colectiva y utilización docente en las Facultades de sus autores, que por su orientación y tamaño no salen de las aulas y no pueden considerarse referencia indicativa de nuevos rumbos del Derecho civil. Pero quizás haya razones más profundas (de hecho, en los últimos treinta años se han publicado varios tratados, algunos innovadores, en Italia, Francia, Alemania). Un indicador puede ser la presencia reciente de un nuevo tipo de tratados monográficos extensos (tratado de responsabilidad civil, de servidumbres, de los derechos de garantía, de contratos) que no responden a un diseño previo de conjunto y que atienden a las necesidades de la práctica con una sistematización adecuada del contenido de los muchos artículos de revista y comentarios jurisprudenciales publicados en los últimos años sobre temas acotados. Veo en estos fenómenos un reflejo y una comprobación de la acentuada compartimentación de las actividades de los profesores de Derecho civil: docencia, investigación y orientación para la

práctica profesional son actividades que tiene sujetos, objetos y discursos cada vez menos comunicados. Muy lejos del "auditorio universal" que pudo imaginar en el siglo XIX, e incluso del formado por todos los juristas de su país, el civilista no aparece ya como sabedor de los fundamentos del Derecho por todos escuchado, sino en las figuras separadas de docente, de investigador y de publicista (en la acepción de "persona que escribe para el público)", en todo caso como especialista en uno de los campos acotados de la enciclopedia del Derecho.

6. La "Parte General"

Me parece que es también síntoma (y consecuencia) de la pérdida de centralidad en el discurso jurídico y de la dificultad de repensar sistemáticamente el Derecho civil la falta de iniciativas para construir la Parte General. Fue decisivo el influjo de Federico De Castro en la separación y configuración de un Derecho de la persona que los civilistas españoles cultivan profusamente. Todo lo demás quedó (también en los planes de estudios) como "Introducción", cada vez más reducida en los manuales de los años ochenta y noventa y de contenido variable.

En la obra de De Castro cien páginas se dedican al Derecho en general y a las divisio-

nes del Derecho objetivo. Tras otras doscientas centradas en el Derecho civil, su concepto e historia (desde "la doble influencia romana y germánica" hasta la historia de la codificación española), con particular atención a la dicotomía "Derecho común y Derecho foral", el resto, hasta las casi ochocientas, lo ocupan las fuentes del Derecho (ley, costumbre, principios generales), la realización del Derecho (la interpretación jurídica y la realización práctica del Derecho) y la eficacia de las normas civiles. Ambiguo enunciado bajo el que aborda ampliamente cuestiones tales como el deber jurídico general de obediencia, la sanción o reacción jurídica para el caso de incumplimiento, y la eficacia constitutiva de las normas (relación jurídica, derecho subjetivo, relaciones jurídicas secundarias). Por último, límites de la eficacia de las normas civiles, con simple mención de los problemas de Derecho internacional privado (en los que era especialista), y desarrollo de los límites temporales (normas de transición) en forma tal que estas páginas, como muchas de las anteriores sobre cuestiones de teoría general, siguen siendo hoy de referencia para los civilistas.

¿Qué parte general escribiríamos los civilistas actuales? ¿A qué renunciaríamos de buen grado, qué otros temas incorporaríamos, con qué enfoque? Difícil encontrar una

respuesta. Merece notarse que Luis Díez-Picazo, el discípulo más caracterizado de De Castro y el civilista vivo de mayor y merecido reconocimiento, orientó su obra expositiva sistemática a los "Fundamentos del Derecho civil patrimonial" (Derecho de obligaciones y Derechos reales) con omisión de la parte general del Derecho civil (no cubre el hueco la exposición convencional que, en la estela de su maestro, hace de estas materias junto con Gullón Ballesteros en el "Sistema", cuya primera edición es de 1975).

7. "El nuevo quehacer del Derecho civil" según Díez-Picazo y Gullón

En la obra que acabamos de citar se encuentra, en sus primeras ediciones, un apartado con el título "el nuevo quehacer del Derecho civil". Aunque se trata de un manual escolar, la difusión del mismo y el prestigio de sus autores aconsejan dedicar atención a su propuesta de un "nuevo quehacer", máxime cuando no se conocen otras similares en los últimos decenios. La propuesta se formula tras otro apartado, "el Derecho civil en la actualidad", en el que al Derecho civil actual se atribuyen las notas de desmembrado, patrimonializado, sometido a la influencia de una Administración Pública cada vez más potente (calificaciones todas ellas peyorativas), y comienza con la pregunta: "Frente a

este panorama, ¿cómo debe reaccionar el Derecho civil?". Se afirma que "el Derecho civil continúa poseyendo todavía una vigorosa propensión a ser aquella parte o sector del ordenamiento jurídico que tiene por objeto la protección y defensa de la persona y de sus fines dentro de la comunidad". El problema principal del Derecho civil, dicen, es de reajuste, que exige, "en primer lugar, una reacción vigorosa contra todas las tendencias que sean contrarias a su esencial finalidad de protección y defensa de los fines de la persona": contra la excesiva injerencia estatal, afirmación de la autonomía privada; frente al excesivo auge de los valores económicos y patrimoniales, defensa del valor de la persona. La huella de De Castro es evidente.

Llama la atención la ambigüedad, en estas páginas de Díez-Picazo y Gullón, del sujeto o entidad "Derecho civil", que denota simultánea o alternativamente, tanto a un sistema de normas como a la disciplina Derecho civil, en el doble sentido de campo de conocimiento y de comunidad científica.

La ambigüedad se mantiene en la frase: "el Derecho civil debe recobrar y reafirmar su puesto central en la organización jurídica moderna, pues este puesto le viene de su propio contenido y de su específica función", frase cuyo sentido se complementa con la

alusión al *valor constitucional* del Derecho civil y del Código civil, valor constitucional que "conviene acentuar". Siguen diciendo que para recobrar y reafirmar ese puesto central en la total organización jurídica "hay un quehacer que es el más necesario y urgente: revisar los principios jurídico-civiles", quehacer que hemos de suponer corresponde a los civilistas.

No es fácil entender el alcance y sujeto de otro quehacer exigido: "El reajuste del Derecho civil moderno exige también *la actualización del Derecho civil, que es quizás una de nuestras más ingratas tareas*" (énfasis añadido). Poco después la califica como "tarea penosa, que exige la persecución constante de la evolución social". Pero, ¿cómo puede ser ingrata, o penosa, nuestra tarea ("nuestra", habrá que entender, de los civilistas) de actualizar nuestro discurso doctrinal sobre el Derecho civil para adaptarlo a la realidad actual del Derecho civil? ¿O se quiere decir que lo que hay que actualizar son las normas, que la tarea de actualizar se cumple legislando? ¿Que ha llegado el momento de hacer leyes nuevas, en particular un nuevo Código civil? ¿Y que esa tarea es nuestra, de los civilistas? Es muy posible que a los autores del Sistema les pareciera que un nuevo Código civil era necesario, que la tarea de hacerlo era nuestra, y que era ingrata y penosa por lo que supone de

despedida de un cuerpo legal, el Código de 1889, que desde De Castro –tampoco antes– ha sido el tótem de la tribu de los civilistas.

Después de todo, el discurso sobre el "nuevo quehacer" nos deja insatisfechos, porque no permite identificar el sujeto del quehacer, ni los objetivos ni los medios. Pero sin duda es representativo de presuposiciones y convicciones compartidas por los civilistas, que narran su propia historia conforme con una mitología que los mantiene cohesionados como comunidad académica. Compararlo con las propuestas de De Castro es también ilustrativo, más por lo que se omite ahora que por lo que se recoge.

En el "Sistema", el epígrafe sobre el "nuevo quehacer" se mantiene edición tras edición hasta la novena. En la décima, de 2001, se suprime. Podemos verlo como un signo de incertidumbre y desconcierto, no de sus autores, sino de la dogmática civil española. También a partir de la edición de 2001 el epígrafe anterior ("el Derecho civil en la actualidad") se revisa y amplía: en particular, se insiste en las disgregaciones del contenido del Derecho civil (con citas de De Castro y de Irti), se proyecta un foco sobre las Constituciones (políticas) y, en particular, la española de 1978 y comparece por primera vez la Unión europea y la "globalización" (con cita

de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías). Quizás, de fondo, una rectificación parcial. En todo caso, se renuncia a una formulación explícita de tareas o quehaceres.

8. Nuevas revistas, Comentarios...

Los años ochenta propician la proliferación de obras de comentarios a leyes nuevas, en primer lugar las grandes reformas del Código civil: leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981, tutela en 1983, luego Ley de Propiedad Intelectual de 1987 (recuperando para el Derecho civil un campo hasta entonces prácticamente inculto), leyes de arrendamientos, de propiedad horizontal... También nacen nuevas revistas para un público profesional renovado (*La Ley*, *Actualidad civil*, luego *Aranzadi civil*...). La práctica de las profesiones jurídicas cambia. Los profesores de Derecho civil se ven requeridos para escribir sobre leyes y sentencias y acontecimientos de actualidad en medios nuevos que tienen como destinatarios preferentes a los abogados. No es que antes no fuera así (es decir, los escritos de los profesores aparecían en revistas jurídicas leídas también por profesionales del Derecho muy variados: *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, *Revista de Derecho Privado*), pero ahora las reglas de juego van cambiando, las imponen las editoriales en

atención a su clientela, y empieza a poder formularse la pregunta de para quién escribimos y a vislumbrarse la distinción entre artículos dirigidos a orientar a los profesionales del Derecho en su práctica diaria y escritos de investigación. Ni la pregunta ni la distinción son hoy todavía de clara respuesta o aplicación.

Surgen también revistas nuevas de carácter académico, por su dirección, orientación y autores. Son representativas de una época, como lo fueron en su momento la *Revista de Derecho Privado* (1913, fundada por Clemente de Diego y Navarro de Palencia) y el *Anuario de Derecho Civil* (1948, fundado por De Castro).

Los *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil* (1983), creados y dirigidos por Rodrigo Bercovitz⁸, están escritos íntegramente por profesores universitarios y publica en cada número comentarios académicos de docenas de sentencias (básicamente, del Tribunal Supremo), en un manifiesto intento de diálogo intelectual con la doctrina de los tribunales y la práctica en la jurisdicción civil.

⁸ También fundador, director y editor de *Pe.I* (propiedad intelectual).

La revista *Derecho Privado y Constitución* (1993), también iniciativa de Rodrigo Bercovitz (director), expresa el convencimiento de los civilistas (o la inmensa mayoría de ellos) de la primacía de la Constitución y la necesidad de construir el Derecho civil desde sus principios. La finalidad que se pretende atender con la revista, proclamada en la presentación firmada por su director, Rodrigo Bercovitz, es constituir "un foro institucional, específico y permanente, para el estudio de esta recíproca incidencia de la doctrina privatista y constitucionalista, enriquecedora para ambas". El objetivo es "ser un lugar destinado al estudio del Derecho Privado desde la Constitución y de la Constitución desde el Derecho Privado". La presentación no prejuzga cómo deba abordarse esta tarea, posiblemente en aras del respeto al pluralismo en las opiniones. Pero tampoco en sus páginas se ha teorizado sobre el método o los métodos con los que el civilista puede trabajar útilmente en la constitucionalización del Derecho civil. Prácticamente sólo civilistas han escrito en esta revista. Ni en ella ni fuera de ella se ha logrado interesar suficientemente a constitucionalistas y filósofos del Derecho por el "Derecho civil constitucional", cuando una relación intelectual fluida entre civilistas, constitucionalistas y filósofos sería sin duda fructífera para todos (y para la práctica del Derecho en España, que es lo importante).

La revista *Derecho Patrimonial* apareció en 1998 (Directores: Francisco Vicent Chuliá, José María Miquel González, Vicente Montés, Ángel López López, Francisco Capilla Roncero). Un amplio equipo de juristas académicos ofrece un producto de calidad para la práctica exigente de las profesiones jurídicas, junto con trabajos de investigación.

La revista electrónica *Indret* (2000) es un prestigioso medio para la investigación, el análisis y la actualidad en materia legal. No sólo del Derecho civil, pero sí de especial relevancia para éste. Primera revista jurídica española que contó con evaluadores externos, tiene especial preocupación por su difusión también fuera de la comunidad jurídica española y acoge con frecuencia análisis cuantitativos y cercanos a *Law & Economics*. Iniciativa de Pablo Salvador Coderch (Universidad Pompeu Fabra), que ha sido su director ejecutivo hasta 2010 (desde entonces, Fernando Gómez Pomar).

9. Constitucionalización, positivismo y Derecho natural

Los civilistas españoles aceptaron desde el primer momento la primacía de la Constitución, su aplicación directa, su fuerza derogatoria y la eficacia de sus principios para la interpretación de las normas civiles y la inte-

gración de sus lagunas. Las sentencias del Tribunal Constitucional con alguna implicación civil fueron de inmediato objeto de atención preferente. Las reformas de bloques normativos importantes en el Código civil (leyes de 1981, 1983, etc.) indujeron a tratar los nuevos preceptos como una especie de desarrollo constitucional, y con el mismo espíritu con que abordaban las leyes nuevas revisaban las antiguas. Quizás en ningún otro país el fenómeno de "constitucionalización" del Derecho civil sea tan evidente, rápido y masivo.

Contribuyó a esta actitud de los civilistas, proclive a repensar las normas civiles desde parámetros distintos a los de la codificación, el impulso dado en esta dirección por el Título Preliminar de 1974. Éste puede entenderse como el disparo de salida dado por el legislador para una revisión global de todas las normas civiles, contenidas o no en el Código civil; revisión o reforma que el legislador renuncia a hacer por sí mismo y que encomienda (o abandona) a la doctrina y a la jurisprudencia. De este modo pudo entenderse que la atención a las normas y principios constitucionales estaba comprendida en la consideración a la "realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas" las normas para la interpretación de las mismas, "atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de

aquellas" (art. 3.1 Cc.). El Título Preliminar hizo así de canal por el que vertían en el Código las aguas lustrales de la Constitución.

Por otra parte, es visible en las obras de muchos civilistas la sustitución de la referencia al Derecho natural, como premisa para sus argumentos morales, por la cita de artículos de la Constitución. El terreno estaba preparado y abonado. Transcribo un párrafo de De Castro, sobre lo que él mismo califica de "cuestión básica de la Ciencia del Derecho, que se resolverá de acuerdo con la idea que se tenga del Derecho". "Según la verdadera concepción del Derecho, el Derecho natural es, como atributo de legitimidad del Derecho positivo, fuente informadora de todo el Derecho y a la vez Derecho positivo inmediatamente aplicable, en forma de principios generales del Derecho. En este respecto las normas del Derecho natural -como los mismos principios políticos directores- alcanzan *a priori* una posición primaria en todo ordenamiento jurídico pensable". Vuelva a leerse ahora sustituyendo "Derecho natural" por Constitución. Todo cuadra y sería firmado como opinión común poco discutible por la mayoría de los civilistas (acaso la afirmación de constituir la "verdadera concepción" del Derecho sería evitada; también se preferiría evitar la referencia a "los principios políticos directores"). Curiosamente, ni siquiera es

raro encontrar en los civilistas actuales la dicción "Derecho positivo" referido a normas legales ordinarias, por contraposición a normas y principios constitucionales (Derecho positivo/Derecho natural, entonces; Derecho positivo/Constitución, ahora).

El reto actual no es la "constitucionalización del Derecho civil" –programa asumido sin fisuras y sin discusión–, sino una cuestión de método, de conciencia del método y de actitud de los civilistas ante la filosofía y la teoría del Derecho contemporáneas en torno principalmente al (neo)constitucionalismo y a la consideración del Derecho como un caso particular de la razón práctica.

Con todos los riesgos de una generalización, puede decirse que los civilistas españoles han practicado mayoritariamente un positivismo normativista no declarado –más bien en la línea castaniana–, encubierto bajo proclamas –es cierto que cada vez menos frecuentes– de iusnaturalismo y acompañado de una tendencia explícita a la moralización de las instituciones jurídicas. Sus referencias a la filosofía del Derecho y a la metodología jurídica parecen congelarse en los años sesenta, de manera que el último autor tenido en cuenta por muchos es Larenz.

Ciertamente, la dogmática civil española trabaja con principios mucho antes de que Dworkin publicara su obra más significativa al respecto (tampoco luego ha tenido muy en cuenta a este autor). La presencia de unos "principios generales del Derecho" en el Código civil de 1889 daba pie a sinceras o rituales manifestaciones de iusnaturalismo, si bien el papel residual que el Código atribuía a los principios –aplicables sólo en defecto de ley y de costumbre– llevaba en general a reconocerles escasa importancia en la interpretación y aplicación de las normas. De Castro, en posición minoritaria, defendió sin embargo que los principios tenían una función informadora y fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico y su opinión encontró acogida en la reforma del título preliminar del Código en 1974, con la expresión "sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico" (art. 1.4). Ciertamente, el carácter informador podía predicarse simplemente de los principios inherentes al sistema, ya incorporados a las normas legales –así lo sugiere la exposición de motivos del título preliminar de 1974– pero asimismo permitía entender que "informador" significa también "fundamentador" y que, por tanto, algunos principios son superiores a las leyes, puesto que éstas *deben* estar informadas por ellos. El debate doctrinal probablemente no hubiera alumbrado grandes consecuencias para la prác-

tica del Derecho si no fuera por la promulgación de la Constitución de 1978, una constitución rígida, con garantía jurisdiccional, fuerza vinculante directa y reconocimiento explícito de principios, derechos y valores superiores a cualesquiera otras normas y conforme a los cuales han de interpretarse todas. Los civilistas, sin excepción conocida, tardaron muy poco en incorporar a sus tareas habituales el dato constitucional y proclamar la existencia de unos principios constitucionales que eran superiores a las leyes, derogaban las anteriores contrarias a ellos (cuestión de tratamiento doctrinal y legislativo urgente en aquellos años), dirigían la interpretación de todas las demás y, si hiciera falta, colmaban sus lagunas. El reconocimiento por los civilistas de que los principios generales del Derecho (al menos algunos principios: los constitucionales) son superiores a las leyes y les sirven de fundamento puede considerarse un triunfo póstumo, y en un contexto distinto, de las concepciones De Castro, hasta entonces minoritarias y criticadas⁹.

⁹ Muy significativo el largo y enjundioso artículo de Antonio Gordillo Cañas "Ley, Principios Generales y Constitución: Apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las Fuertes del Derecho", *ADC*, 1988, págs. 469-515. Las citas de De Castro superan ampliamente la docena. Específicamente sobre lo que digo en el texto: "[L]a misma [función] que Castro [...]"

La facilidad con que la dogmática civil española asumió los principios constitucionales en su propia tradición doctrinal (posiblemente expresión del "eterno retorno" del Derecho natural) explica el éxito de la rápida y confiada constitucionalización del Derecho civil español.

denominaba como función fundadora de los Principios Generales del Derecho, y que el artículo 1.4 del Código reconoce hoy como su 'carácter informador del Ordenamiento jurídico'" (pág. 477, n. 13). En págs. 488 ss. expone la tesis de De Castro sobre los principios generales, tesis que "obtuvo pronto el amplio y generalizado reconocimiento que merecía"; pero que también fue objetada, como anota cuidadosamente: nada menos que por Castán y por Lacruz en distintas épocas, así como recibió muestras de escepticismo ("misteriosos principios") por parte de Díez-Picazo y de De los Mozos. Para Gordillo, "la Constitución aparece como el subrogado imprescindible, o la mediación necesaria, del Derecho Natural"; "la norma constitucional, sin proponérselo ni proclamarlo expresamente, cumple la función del Derecho Natural" (476). Es ésta una idea central en su trabajo, que entiende compartida por los civilistas: "Cualquiera ve que, desde este punto de vista, la Constitución juega hoy como el subrogado positivamente tecnificado del Derecho Natural. La función históricamente reconocida al Derecho Natural está hoy confiada a la Constitución" (502). Este sería el camino de la "superación más eficaz del positivismo legalista" (481), o del "legalismo positivista" (478).

10. Neoconstitucionalismo y autonomía del discurso jurídico

Pero el tiempo sigue pasando y lo que podría ser suficiente en los años ochenta muestra en el siglo veintiuno sus limitaciones. Puede decirse que los civilistas españoles hemos hecho "neoconstitucionalismo" sin saberlo. Ahora creo que un reto importante es profundizar en el debate del neoconstitucionalismo y precisar mucho más los cauces técnicos por los que la Constitución se introduce en la elaboración doctrinal del Derecho civil. La dialéctica entre principios (constitucionales) y reglas obliga a reconstruir la doctrina de las fuentes del Derecho y la de la interpretación y aplicación de las normas, antaño patrimonio de los civilistas que hoy compartimos sobre todo con los filósofos del Derecho.

Si pretendemos conservar un papel central —nunca en exclusiva— en la elaboración de conceptos jurídicos generales, al menos en el ámbito del Derecho privado, entonces los retos se hacen muy fuertes. Si queremos seguir trabajando en teoría de las fuentes y la interpretación, en la teoría de las normas jurídicas, su aplicación y eficacia y en la teoría de las relaciones jurídicas y los derechos subjetivos (los grandes temas del Título Preliminar del Código civil), entonces necesi-

tamos adquirir los instrumentos intelectuales que hoy se están haciendo en la filosofía y la teoría del Derecho.

El reto para los civilistas incluye escuchar y debatir con voces como las de Dworkin, Alexy, Nino, Habermas, MacCormick o Atienza. El elenco, naturalmente, es mucho más amplio y debe comprender también a otros autores que se muestran críticos con los anteriores y se mantienen en posiciones iuspositivistas, "inclusivas" o no. Francisco Laporta¹⁰ es una muy buena referencia para iusprivatistas españoles (y Commanducci, o Ferrajoli, éste en postura muy particular). Hemos de incorporar selectivamente instrumentos de análisis y conceptos elaborados en áreas ajenas –olvidar las áreas de conocimiento y hacer caso omiso de sus fronteras sería un presupuesto necesario muy conveniente por sí mismo- y dirigir con su ayuda nuestra propia práctica teórica, atendiendo a la diversidad de

¹⁰ Una sugerencia: Francisco J. Laporta, *El imperio de la ley: una visión actual*, Trotta, Madrid, 2007. "Menos neoconstitucionalismo y más neocodificación" (pág. 167) es un buen lema para civilistas. Al principio de la obra explica: "Creo que es hora ya de que abandonemos la explicable obsesión por la Constitución que nos ha presidido durante estos años y pasemos a ocuparnos de las leyes, su implantación real y su aplicación judicial. Todos ganaremos con ello; también la Constitución, que no se verá así puesta en aprietos por cualquier nadería" (pág. 14).

materias civiles y de contextos en que los principios (e incluso directamente el debate moral) son relevantes, a la vez que resguardando las exigencias de certeza y seguridad en la interpretación y aplicación de las leyes civiles.

Salvo para quien siga pensando que la alternativa al positivismo jurídico es el viejo Derecho natural de raíces hispanas y católicas, la superación del positivismo sólo puede venir por el camino de esa cultura jurídica europea frente a la que De Castro predicaba la instauración de un cordón sanitario. Hay que empezar por H. Kelsen y H. L. A. Hart y aprovechar al máximo las enseñanzas de la filosofía analítica¹¹ para seguir luego en la corriente central de la teoría y la filosofía del Derecho contemporáneas.

En el Estado constitucional de Derecho la labor de los juristas resulta realzada, puesto que colaboran en la formación del Derecho mediante su participación en el discurso práctico de manera mucho más visible que en épocas anteriores. Para realizar adecuadamente esta labor no podrán limitarse sus saberes y sus métodos a los estrictamente

¹¹ Otra sugerencia para civilistas: M. Atienza y J. Ruíz Manero, *Las piezas del Derecho: teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996 (2^a ed., 2004).

jurídicos en la tradición del positivismo normativista, vinculados a la interpretación de las leyes dadas. El Derecho ha perdido su autonomía frente a la moral y la política (no en el sentido de que no conserve ninguna autonomía, sino en el de que es permeable al razonamiento moral y político), por lo que ha dejado de ser acertado el *dictum* de Wincheid, según el cual "la reflexión moral, política o de economía política no es propia del jurista en cuanto tal". Los ordenamientos constitucionales requieren juristas competentes también en filosofía moral y política y en economía. Los civilistas, obviamente, también han de adquirir estas competencias, puesto que en su trabajo, especialmente en materias de Parte general y de Derecho de la persona, han de utilizar y utilizan argumentos morales y políticos, así como, especialmente en el Derecho patrimonial, argumentos económicos.

¿Quiere esto decir que los juristas han de hacer el papel de filósofos o de economistas? En modo alguno. Si la dogmática civil es imprescindible –y realmente lo es– es porque la sociedad, los ciudadanos particulares, necesitan tener a su disposición, elaborados por expertos, conocimientos fiables, simples y seguros sobre la existencia y alcance de normas que rigen los aspectos más generales de la vida; y los jueces, asimismo, interpretaciones y doctrinas contrastadas que les faciliten

aplicar aquellas normas con rapidez, seguridad y consistencia (los casos iguales han de ser tratados como iguales). En el centro de su trabajo, los civilistas se ocupan de interpretar disposiciones legales, señalar sus sentidos posibles y aquel que parece preferible, analizar sus condiciones de aplicación, indicar los casos genéricos que quedarían comprendidos en las mismas así como la existencia de excepciones. Se ocupan de ordinario de casos (genéricos) fáciles, es decir, en los que hay una regla legal aplicable (y no varias contradictorias, o una laguna) cuyo contenido prescriptivo no va más allá o más acá de su justificación subyacente (es decir, no procede ni la extensión analógica ni la reducción teleológica)¹². Cuando el caso no es fácil en este sentido (presencia de antinomias, lagunas, desajustes entre el aspecto directivo y el valorativo), habitualmente encuentran la solución con el arsenal tradicional de recursos metodológicos y argumentativos: *ratio legis*, *analogía iuris*, principios intralegales... Sólo excepcionalmente los casos son "difíciles" en el sentido de Dworkin, casos que requieren la invocación y ponderación de principios cons-

¹² Vid. Atienza, en J. Aguiló, M. Atienza y J. Ruíz Manero, *Fragmentos para una teoría de la Constitución*, Iustel, 2007, pág. 168. Otras precisiones sobre casos "difíciles" en Laporta, *El imperio de la ley*, cit., págs. 204-206.

titucionales y una argumentación moral basada en los derechos fundamentales.

También respecto de estos casos "difíciles" la dogmática contribuye a la seguridad y a la aplicación igual del Derecho mediante la discusión y depuración de las argumentaciones posibles y la diferenciación hipotética de casos genéricos. Para delimitarlos y proponer soluciones adecuadas habrá tenido en cuenta en el proceso interpretativo no sólo las normas que sistematiza, sino también los principios, incluidos los constitucionales, los valores y las directrices de políticas públicas, según corresponda. La "ponderación" entre principios es tarea también de la dogmática. Si ha hecho bien su trabajo, aportará a la solución de los casos individuales "difíciles" propuestas de tratamiento diferenciado basadas en distinciones para las que habrá tenido en cuenta principios y valores.

La dogmática del Derecho es una condición de posibilidad de la práctica social del Derecho en el Estado constitucional de Derecho, más aún que en el Estado legislativo de Derecho. Sin ella, todos los casos individuales serían "casos difíciles" (y *hard cases make bad law*). La dogmática reduce al mínimo la eventualidad de los "casos difíciles" y hace posible así un enjuiciamiento habitual de los casos individuales como "casos fáciles" con

solución conocida. Si se admite una imagen, apenas se dedica a la alta costura, ni siquiera al *pret-a-porter*, sino que lo suyo es el mercado de masas (uniformadas).

II. Obligaciones y contratos: un (nuevo) Código civil

1. Un Código civil vertebrador del Derecho privado

Si respecto de la Parte General (teoría de la norma, de su interpretación y aplicación; teoría de la relación jurídica y el derecho subjetivo) y del Derecho de la persona nuestros retos son principalmente metodológicos y señaladamente relacionados con el paradigma del (neo)constitucionalismo, por lo que hace al Derecho privado del tráfico –sin que dejen de ser relevantes los anteriores aspectos– nos enfrentamos a un desafío distinto, concreto y de proyección directa hacia el exterior, hacia la sociedad: la necesidad de confeccionar un nuevo Código civil español. Es el momento de reformular los preceptos legales codificados sobre obligaciones y contratos (también las otras partes del Derecho civil), para ponerlos de acuerdo con las normas realmente vigentes en España –muy alejadas de la letra, del espíritu y aun del sentido posible de los artículos del Código civil de 1889– y tener en cuenta las propuestas de

normas europeas que, aun con diversas orientaciones, apuntan a un Código europeo de los contratos; de modo que el nuevo cuerpo legal español atienda pertinentemente a las necesidades del tráfico privado civil y mercantil antes del segundo tercio del siglo veintiuno.

Que la modernización del Derecho de obligaciones es hoy una tarea necesaria creo que es opinión muy extendida, aunque el debate apenas ha comenzado y se han oído hasta ahora sólo unas pocas voces. Es el momento de dar un fuerte impulso colectivo por parte de todos los cultivadores del Derecho privado del tráfico: mercantilistas y civilistas en el mundo académico y quienes más quieran sumarse; obviamente, también habrán de intervenir el poder judicial, las organizaciones de la abogacía, el notariado o los registros y, sin duda, otros muchos actores sociales. Un Código civil ha de ser obra de un esfuerzo colectivo nacional.

Lo que sigue son observaciones hechas desde la dogmática del Derecho civil y sus cultivadores, que entiendo han de tener un papel principal y directivo en todo el proceso hasta la fase puramente parlamentaria. Es obvio que la tarea de confeccionar un nuevo Código civil supondrá un cambio muy profundo en los presupuestos y la forma de razonar de la dogmática civil española. No se me

ocurre ningún otro suceso o proyecto con tan profundas consecuencias, y tan favorables, para los civilistas españoles.

Obviamente, no es la conveniencia de los civilistas la justificación de la tarea que propongo de redactar un nuevo Código civil. Se trata, en resumidas cuentas, de servir a una necesidad de la sociedad española.

El argumento principal se apoya en el hecho de que las normas aplicadas por los tribunales, decisivas para atender a los conflictos más frecuentemente exteriorizados en el campo del Derecho privado del tráfico, no son las escritas en el Código civil de 1889. En muchos casos porque las normas proceden de abundantes disposiciones extracodiciales muy difíciles de cohonestar con las del Código o directamente contrarias a sus principios (piénsese en buena parte del llamado Derecho del consumo). No es ésto lo principal, sino que las doctrinas con que los tribunales motivan sus fallos citando artículos del Código no son aplicación de éste, sino el producto de una evolución interpretativa de las disposiciones del mismo que sólo razonamientos artificiosos pueden hacer derivar de aquellas disposiciones, cuando no son fruto del puro y peligroso decisionismo judicial.

La cuestión no es si las doctrinas de los tribunales o de los autores, tal como se expresan en sentencias, tratados o monografías, son mejores o peores, suficientes y adecuada para las necesidades del tráfico. Creo que lo son en medida bastante aceptable. La cuestión es que el Código, el texto aprobado en 1889 y modificado parcialmente tantas veces, ha dejado de tener el papel vertebrador del sistema que conceptual, ideológica y pragmáticamente corresponde a un Código. Hoy en España la defensa del Código civil –tan cara a la mayoría de los civilistas–, como texto central y organizador del Derecho privado, portador también de conceptos y principios que se proyectan en todas las ramas del ordenamiento, requiere la derogación del texto de 1889 y su sustitución por otro que responda realmente a la idea y la función de un Código civil en una sociedad tan distinta de la decimonónica.

Siempre cabe no hacer nada. Pero no veo razones para preferir la situación actual, que se agrava aceleradamente, en que vemos una legislación del Derecho privado del tráfico dispersa, desorganizada, deudora de momentos y concepciones distintas, contradictoria no pocas veces, de eficacia social muy heterogénea, desarrollada y en buena medida superada y contradicha por elaboraciones teóricas y judiciales que, para realizar su función, se apartan de la voluntad conocida del

legislador y aun de todo sentido posible de las palabras de la ley. En definitiva, no soy partidario de la generalización de un Derecho de origen judicial. Tampoco de un "Derecho de profesores" elaborado en gabinetes de teóricos que construyen conceptos y principios, acaso novedosos y brillantes, partiendo de textos de incierta aplicación (como pudo ser el Derecho de Pandectas en la Alemania del siglo XIX). Ni el Derecho judicial ni el Derecho de profesores corresponden a nuestra tradición jurídica y, en todo caso, no aseguran suficientemente los principios constitucionales de legalidad y seguridad. Creo que el imperio de la ley, en nuestro ordenamiento constitucional, exige la existencia real y operativa de un Código civil; en todo caso, un Código civil asegura mucho mejor el imperio de la ley, la seguridad jurídica y el principio de legalidad. Por supuesto, no es preciso que todo el Derecho civil esté en el Código civil, pero sí sus reglas más básicas y estables.

2. ¿Por qué ahora?

Puesto que la razón principal para promover la elaboración de un nuevo Código civil es el paulatino alejamiento entre la práctica del Derecho y las normas del Código, es difícil señalar el momento a partir del cual el proceso de separación resulta intolerable y la necesi-

dad de un nuevo Código evidente. Más aún, cabría objetar, como se ha insinuado, que cualquiera que llegue a ser el grado de irrelevancia del Código, nunca resultará necesaria la promulgación de uno nuevo, pues el tráfico jurídico bien puede ser regulado en adelante sobre la base de un Derecho consuetudinario –usos del tráfico- elaborado por los jueces y la doctrina de los autores y que tal elaboración del Derecho sería suficiente o al menos tolerable y no contraria a la Constitución. Pues bien, aunque admitiéramos esto último –que es, por lo menos, dudoso, si tomamos en serio las exigencias del imperio de la ley- creo que, por las razones apuntadas, es preferible la existencia de un Código civil realmente vertebrador del Derecho privado. Esta es, creo, opinión mayoritaria entre los juristas españoles, que disentirán acaso sobre si es mejor conservar el antiguo o elaborar uno nuevo.

En todo caso, la carga de la prueba recae en quienes propongan para España un ordenamiento jurídico privado sin Código civil.

Si se considera preferible que las reglas básicas que efectivamente regulan las relaciones entre particulares sean las que el legislador democrático ha ordenado sistemáticamente en un Código, entonces procede elaborar otro Código cuando el antiguo formalmente vigen-

te no cumple de modo satisfactorio su función. Este es el caso del Código civil español y todo hace pensar que el movimiento hacia la irrelevancia del mismo se acelerará en los próximos años, de modo que, si fuera posible, sería deseable contar con una nueva regulación codificada del Derecho de tráfico privado cuanto antes.

3. ¿Es posible ahora?

En realidad, está en marcha. Muchos indicios señalan que en España es llegado el momento de redactar un nuevo Código civil. De los grandes códigos del siglo XIX, tras la Ley de enjuiciamiento civil de 2000 parece que llega a buen puerto una nueva Ley de enjuiciamiento criminal; en cuanto al Código de comercio, una Orden Ministerial de 2006 (24 de noviembre) constituyó en la Comisión general de codificación una Ponencia para la coordinación de las tareas de elaboración de un nuevo Código mercantil y hay en la sección segunda de la Comisión quince activos grupos de trabajo que se ocupan de las diversas partes del futuro Código. Todas las leyes civiles decimonónicas (aguas, minas, hipotecaria, registro civil, propiedad intelectual...) fueron hace tiempo derogadas en el siglo XX y sustituidas por otras, algunas de las cuales requerirían a su vez una nueva sustitución. ¿Y el Código civil? No hay duda de que la inercia

histórica es mayor, pero es signo de un cambio que en la página web de la Comisión General de Codificación se lea en portada que las "tareas importantes que afrontar en los próximos años" son la "preparación de un nuevo Código Mercantil o la *actualización de nuestro Código civil en prácticamente todos sus libros*" (cursiva añadida).

El año 2009 el Ministerio de Justicia publicó un libro con el título "Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos", del que es autora la Sección Primera de la Comisión General de Codificación. Prevé la sustitución de todo el articulado de los títulos I y II del Libro IV del Cc. (arts. 1088 a 1235 y 1236 a 1314), si bien en muchos de los artículos propuestos puede reconocerse el hoy vigente con variaciones más o menos incisivas. Además, propone una regulación totalmente novedosa de la compraventa, aunque lo haga con una técnica de "ley de reforma" (artículos que se modifican y otros que quedan sin contenido, junto a bastantes intocados). De fondo esta propuesta tiene un carácter innovador, que corta con la tradición romana de nuestro Código y se inspira sustancialmente en la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, cuyos principios sobre responsabilidad del vendedor están a su vez en la base de la Directiva

1999/44 de 25 de mayo, "sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo". Teniendo en cuenta que el de compraventa es el contrato más extensamente regulado en el Código y que puede considerarse el arquetipo de todos los demás onerosos y que proporciona también criterios para todas las obligaciones de dar cosas o dinero, se comprende que la deriva de esta capa tectónica ocasione movimientos sísmicos en todas las direcciones. Quizás haya sido éste un motivo principal para que la Sección Primera acometiera una revisión de los Títulos I y II del Libro IV Cc., después de presentar hace unos años la de la compraventa. Como quiera que sea, la prevista reforma de la compraventa, aunque no afectaría a todos los artículos, es sin duda sustancial y profunda. En palabras de la propia Exposición de Motivos, "ha sido necesario modificar la propia definición del contrato de compraventa, algunos aspectos de la determinación del precio, del sistema de transmisión del riesgo, el tratamiento de la imposibilidad inicial, el régimen de los gastos de entrega y de transporte, el momento en que se determina el estado en que debe ser entregada la cosa, el sistema de atribución de los frutos de la cosa vendida y las reglas sobre las diferencias de cabida" (pág. 26); además de lo que se considera la materia principal de la reforma, la responsabilidad del vendedor, en cuanto al

régimen de saneamiento por evicción y por gravámenes ocultos. "Los saneamientos, como regímenes especiales de responsabilidad contractual, desaparecen y son sustituidos por una nueva regulación de los problemas acorde con las reglas generales del Derecho de obligaciones. En este punto la reforma está presidida por la idea de unificación del sistema de responsabilidad contractual". Claro que esta "unificación" no podía hacerse sobre los preceptos del Código de 1889, sino que se hace en un marco teórico que no es el del Código.

4. Un nuevo Código, mejor que modificar el de 1889

Se observa una clara inadecuación entre los objetivos ambiciosos de la reforma y la manera de llevarla a cabo, mediante la modificación de ciertos artículos del Código. Sería deseable que una Memoria detallada elaborada por los autores de la Propuesta indicara, además de la finalidad, antecedentes, origen, contexto comparado y opciones posibles para cada artículo, las razones que abonan la técnica de reforma prevista¹³. Son evidentes las

¹³ La Exposición de Motivos no equivale ni sustituye a una Memoria. Más detallada la parte dedicada a la compraventa (págs. 24-44), las páginas introductorias y sobre obligaciones y contratos en general son exiguas y ligeras, en todo caso insuficientes para permitir formar

limitaciones y defectos inevitables cuando se elige esta vía: artículos desmesuradamente largos, artículos que quedan sin contenido, falta de numeración de los párrafos de cada artículo, ausencia de los titulillos o rúbricas de cada artículo que hoy prescriben las reglas de técnica legislativa. Puede pensarse que no pasan de ser cuestiones menores o de elegancia. En realidad, los defectos de técnica acaban teniendo consecuencias, imprevistas y casi siempre indeseables, en la interpretación y aplicación de las normas. Ni siquiera se conserva la ventaja de una numeración ya conocida, puesto que se trastoca toda.

Las razones para redactar un nuevo Código civil me parecen evidentes. La técnica podrá ser mucho mejor, podrían evitarse los defectos antes apuntados, así como términos, expresiones y distinciones socialmente arcaizantes o jurídicamente irrelevantes. Pero, sobre todo, aboga por la conveniencia de formular un nuevo Código civil que las reformas no pueden limitarse al campo delimitado por la Propuesta, con ser éste muy extenso y central. Es ineludible una regulación de nueva planta de la responsabilidad por daños (la propia Comisión trabajó en ello hace algún tiempo), la revisión a fondo de todos los

una opinión fundada sobre las virtudes o defectos de la Propuesta.

contratos típicos contenidos en el Código (la Comisión se ocupó del contrato de obra, cuya ausencia de regulación es clamorosa), de la gestión de negocios, del cobro de lo indebido y del enriquecimiento injusto (preferiblemente prescindiendo de la engañosa categoría del cuasicontrato). También la prescripción requiere nuevas reglas. En definitiva, todo el Derecho de obligaciones y contratos pide un nuevo Código. Eventualmente, podría ser un "Código de las obligaciones" que derogara los preceptos de esta materia en el actual Código civil, pero en cualquier caso como avanzada de un nuevo Código civil, que acabaría incluyéndolo con una nueva sistemática sin duda distinta de la actual: por ejemplo, refacción total del Derecho de la persona, el Derecho de familia no puede mantener la regulación de los regímenes matrimoniales entre la nulidad de los contratos y el contrato de compraventa, las sucesiones no aparecerán como medios de adquirir la propiedad y su contenido debe ser revisado profundamente.

Las anteriores observaciones creo que son suficientes para convencer de que para la sociedad española y para la administración de justicia será muy beneficiosa la redacción de un nuevo Código civil, que esta tarea es posible, que hay que abordarla ya y que es de prever que entre en la agenda política en los próximos años. En consecuencia, los civilis-

tas españoles haremos bien en plantearnos la redacción de un nuevo Código civil como objetivo central del próximo decenio.

5. ¿Cómo lo haremos?

Prescindiendo ahora de lo que puedan hacer otros juristas y los poderes públicos, por lo que a los civilistas respecta podemos señalar estas dos líneas principales: conexión con los trabajos de elaboración de un Código europeo de obligaciones y contratos, e inserción de la tarea en los proyectos de investigación financiados por instituciones públicas o privadas.

En cuanto a lo primero, un Código europeo, no sabemos como acabará el proceso, pero el proceso mismo tiene interés más que suficiente como para que la participación de civilistas españoles deba ser muy superior a la hasta ahora mostrada. Por ejemplo, el borrador de "Marco Común de Referencia" (DCFR) es un laboratorio de ideas en el que confluyen puntos de vista y tradiciones doctrinales distintas, que son examinados pormenorizadamente por expertos para comprobar su adecuación al tráfico jurídico privado europeo de nuestro siglo, con el objetivo de seleccionar los que parezcan más aptos para ser adoptados de algún modo o a algunos efectos por todos los Estados de la Unión. No

sugiero que el Código civil español deba acoger sin más el contenido propuesto en algún momento para el Código europeo; en principio, no se cuenta con que los Estados deroguen sus Códigos, y España seguirá teniendo el suyo propio. El suyo nuevo, formado eligiendo a su manera entre los mejores destilados del alambique europeo. La participación en este debate científico europeo ha de contribuir a revisar algunos rasgos del Derecho español, como el papel de la causa, en particular de la causa ilícita, o la libertad de forma. Más en general y en sus estratos más profundos, la concepción de la libertad de contratación y sus conexiones con otros principios básicos no habrán de ser muy distintas a las de los países europeos de nuestro entorno.

Por supuesto, los civilistas españoles no hemos de estar en este proceso de formación de un Código europeo sólo para aprender y adquirir experiencia para elaborar mejor nuestro propio Código. Debe cuidarse también la aportación española al Código europeo, para que acabe acogiendo las regulaciones más afines a nuestra tradición y conveniencias y también como expresión de la madurez y solvencia de la civilística española en el espacio europeo, en el que deberíamos aspirar a un papel digno en un liderazgo compartido.

En el DCFR confluyen, como es sabido, la continuación de los trabajos que condujeron a los "Principios de Derecho contractual europeo" con otra línea de orientación muy distinta, la del llamado *acquis communautaire*, que pretende sistematizar y simplificar el cúmulo de normas europeas, especialmente directivas, que tienen como fundamento y finalidad la protección de consumidores y usuarios. Cómo ensamblar una regulación general del tráfico jurídico privado, centrada en la libertad de contratación entendida como principio constitucional e instrumento necesario para el funcionamiento del mercado, de una parte, con, de otra, las reglas dispersas y especializadas pero en número creciente y vocación expansiva del Derecho comunitario es uno de los desafíos centrales para la construcción de cualquier Código actual de obligaciones y contratos. Los intensos y muy articulados debates europeos son de la mayor importancia para nuestro Código.

En cuanto a la inserción de las tareas en los proyectos financiados por el Ministerio de Educación, señalo simplemente que conviene partir de lo que hay. Las convocatorias llamadas "de promoción general del conocimiento" tienen sin duda limitaciones y defectos, pero son suficientes, al menos, para empezar. Podría bastar con que se presentaran dos o tres proyectos coordinados con entre diez y quin-

ce investigadores en total. También podría ser el doble, e incluso la mitad. Lo importante es que sean proyectos pragmáticos bien diseñados y gestionados. Al menos algunos de los investigadores habrían de formar parte de los grupos o redes europeos que trabajan en el contexto del DCFR. El resultado previsible consistiría en la propuesta articulada de regulación de una parte significativa del Derecho de obligaciones y contratos –acertar con el tamaño es una de las condiciones de éxito-, junto con una detallada Memoria indicadora de todas las fuentes posibles de inspiración (ordenamientos de países europeos, Derecho europeo, tratados internacionales, UNIDROIT, proyectos y propuestas de toda índole) y muy clara en cuanto a las opciones y las razones por las que se aceptan unas y se rechazan las demás. Puede ser sabio organizar el trabajo más o menos como se ha hecho en la elaboración de los Principios: equipos de juristas jóvenes (joven, en la Universidad, se es por lo menos hasta los cincuenta años) aportan los materiales y hacen una primera redacción; luego otro equipo de seniores dan a la propuesta la orientación definitiva y redactan en consecuencia el articulado¹⁴.

¹⁴ *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Full edition, prepared by the Study Group of a European Civil Code and the Research Group

En el proceso de elaboración de un nuevo Código civil antes o después habrá comisiones oficiales, encargos a expertos y participación de diversos organismos públicos, cuerpos consultivos y actores sociales. Entiendo que la dirección política de los trabajos ha de corresponder en todo caso el Ministro de Justicia: cosa desdichadamente no tan obvia en la práctica española si tenemos en cuenta la tramitación de algunas recientes reformas del Código y los cauces por los que se incorporan al Derecho español las directivas europeas de Derecho de consumo. Como quiera que sea, lo que me importa subrayar aquí es que los civilistas españoles no necesitamos ningún permiso o instrucción para ponernos a redactar un Código civil, y que si estamos convencidos de la necesidad de hacerlo y obramos en consecuencia, antes de diez años España puede tener el Código que se merece (al menos, un Código de obligaciones y contratos).

6. Algunas ligeras observaciones sobre métodos e instrumentos

Elaborar leyes no es lo mismo que interpretarlas y aplicarlas. Requiere una actitud y unos métodos en parte distintos y especializa-

on EC Private Law (Acquis Group), edited by Christian von Bar and Eric Clive, Sellier, Munich, 2009, volume I, págs. 25 ss.

dos. Ofrece mucha más libertad para elegir (en ningún caso puede decirse que haya una sola solución correcta) y, correlativamente, pide criterios específicos para justificar la norma propuesta. No hay un texto previo que interpretar. La ley nueva no es el resultado de la interpretación de la Constitución, ni del Código vigente, ni de ninguna otra ley (aunque la interpretación de leyes, en particular de la Constitución y de las disposiciones del Derecho europeo, sea elemento relevante).

Se admitirá, con todo, que redactar leyes es cosa de juristas, acaso como una prolongación ocasional de su actividad ordinaria de interpretar las leyes puestas, dado que las habilidades y competencias desarrolladas en la interpretación de las leyes son necesarias y centrales en la actividad de legislar. Permítaseme un símil. El virtuoso del piano no es hoy un compositor sino un mero intérprete, pero la misma teoría y el mismo lenguaje musicales que posibilitan la interpretación de obras ajenas son los que permiten componer al teclado¹⁵. Se trata de utilizar teoría y

¹⁵ Es interesante recordar que hasta entrado el siglo XIX no se entendería bien una disociación entre ambos papeles: ejemplos insignes de compositores e intérpretes fueron Bach, Händel, Mozart, Beethoven, Chopin. Sólo más tarde los virtuosos del piano fueron exclusivamente intérpretes de obras ajenas y los compositores dejaron de dar conciertos.

lenguaje de otra manera, por así decir, en sentido inverso.

El jurista bien formado como intérprete posee los medios técnicos que posibilitan redactar leyes, pero ha de utilizarlos de otro modo y atender también con otros medios a problemas nuevos que se le plantean en la actividad de legislar. "Redactar leyes", he dicho antes, es cosa de juristas. Con "redactar" no me refiero sólo a la actividad de poner por escrito en forma de preceptos algo ya pensado (por el redactor o por otros), sino al diseño total de las normas, desde la fijación de sus objetivos, la deliberación sobre los valores y principios que incorporan, el cálculo sobre su cumplimiento y las previsiones de sanción e implementación, hasta la anticipación de la eficacia social que se pretende, así como de los impactos indeseados. En estas tareas el jurista actúa como experto, participante caracterizado en un discurso práctico en el que intervienen también otros actores políticos, sociales o técnicos, y que concluye con una decisión de la autoridad (el poder legislativo). De modo similar –aunque, naturalmente, pueden señalarse también diferencias– a como actúa en su actividad de interpretar las leyes dadas, que brinda criterios de decisión a quienes han de tomarlas –señaladamente, los jueces–, criterios doctrinales de decisión dotados de gran autoridad, pero no obligato-

rios para nadie, basados en una argumentación justificativa que no reposa únicamente en razones literales o formales, sino también en consideraciones sobre la finalidad de las leyes, los valores constitucionales, los principios que las animan y aun las consecuencias de aplicarlas de uno u otro modo.

Afirmo, en consecuencia, que el trabajo intelectual de los juristas y su proyección en la sociedad, tanto al interpretar leyes dadas como al proponer leyes nuevas, es sustancialmente el mismo. No pudo ser visto así desde el positivismo normativista, como nos recuerda el *dictum* antes citado de Winscheid ("Reflexiones éticas, políticas o de economía no son asunto del jurista como tal"). En aquel contexto doctrinal e histórico (el Estado liberal de Derecho) la participación del jurista (al menos, del jurista "como tal") en la elaboración de las leyes habría de consistir, a lo más, en la fijación por escrito de las deliberaciones ajenas (éstas sí basadas en razones éticas, políticas o económicas). Los sistemas jurídicos de los Estados constitucionales de Derecho amplían la función de los juristas -y obligan a éstos a ampliar sus conocimientos y competencias- como intérpretes (mediadores) de las leyes y también como intérpretes (mediadores) del Derecho que ha de ser legislado: tanto al formular propuestas dirigidas a los jueces, para la

determinación de los casos particulares, como al formular propuestas a los legisladores, para la determinación de los casos genéricos.

La innegable simetría entre ambas tareas no quita que la de formulación de propuestas de nuevas normas tenga rasgos específicos o una ponderación distinta de los elementos y criterios que han de ser tenidos en cuenta. Me sirvo en lo que sigue de la conocida distinción de cinco niveles de racionalidad de las leyes formulada por Manuel Atienza¹⁶ para hacer respecto de cada uno de ellos algunas observaciones desde el punto de vista de la elaboración de leyes nuevas.

7. Cinco niveles de racionalidad de las leyes

En el nivel 1, de la racionalidad lingüística, el criterio es el de comunicación eficaz, para que el mensaje llegue con la mayor nitidez a sus destinatarios. Vaguedad, ambigüedad, oscuridad, son los defectos más significativos que hay que evitar. Los juristas suelen ser sensibles a estos problemas y los detectan y critican cuando los encuentran. Más difícil es evitarlos. Al redactar un nuevo Código, habrá que considerar la conveniencia o no de que el tono general del lenguaje se

¹⁶ Manuel Atienza Rodríguez, *Contribución a una teoría de la legislación*, Civitas, Madrid, 1997.

asemeje al del vigente, que suele ser alabado por su sencilla elegancia, salvados naturalmente todos sus arcaísmos. Pero posiblemente es percibido como arcaísmo por lectores del siglo XXI el mismo registro del lenguaje en que está escrito. Basta con ver las reacciones de los estudiantes cuando lo abren por primera vez. Creo, por tanto, preferible una redacción que pretenda sobre todo la claridad y utilice los medios más sencillos, aun a costa de la elegancia: por ejemplo, repetir la misma palabra cuantas veces haga falta para decir lo mismo, en lugar de buscar sinónimos o perífrasis. Sacrificar el futuro de subjuntivo –a pesar de su exquisita precisión jurídica- y el subjuntivo en general tanto como se pueda. Evitar las oraciones subordinadas, introducir tantos apartados y enumeraciones separadas como parezca útil, numerar párrafos. No sigo: pueden verse estas y otras muchas indicaciones en los manuales de técnica legislativa del grupo GRETEL (dirigido, por cierto, por civilistas) y otras obras posteriores, así como en las Directrices de Técnica normativa, aprobadas mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (las hay también de las CCAA). En cualquier caso, hay que fijar criterios y mantenerlos consistentemente a lo largo de toda la obra.

El nivel 2, de la racionalidad formal, sistemática o técnico-jurídica, es el campo de

predilección del jurista: control de la coherencia con normas superiores, de lagunas y de antinomias, utilización adecuada de reglas y de principios, previsión del alcance de las cláusulas generales, uso de definiciones, clasificaciones y remisiones, estructura en partes generales y especiales... Sin duda todos los avances de la dogmática del Derecho privado y de la teoría general del Derecho se reflejarán en la forma de abordar estos problemas en el nuevo Código. Tiempo habrá de debatir sobre estos aspectos, que por ser los propios del trabajo habitual de los civilistas de un modo u otro serán adecuadamente atendidos.

No ocurre lo mismo con el nivel 3, de la racionalidad pragmática, es decir, de las previsiones de cumplimiento de las normas o, mejor, de su capacidad para motivar la conducta de los destinatarios. Desde este punto de vista los preceptos de un Código no son valorados como expresión de un orden ideal, moral o conceptual, o de un equilibrio o armonía entre principios o institutos, o como determinaciones más o menos afortunadas de supuestas "naturalezas jurídicas", sino como instrumentos para orientar conductas humanas, motivando eficazmente ciertos comportamientos o abstenciones. Conductas de cumplimiento que, si se realizan, producirán en la sociedad los resultados pretendidos por el

legislador: estas últimas consideraciones corresponden al siguiente nivel, de la racionalidad teleológica, pero ya se entiende que ambos (el 3 y el 4) están íntimamente relacionados y ambos requieren acercamientos empíricos, sociológicos y económicos poco frecuentados por los juristas en general y los civilistas en particular.

En el Derecho civil, identificar la eficacia de las normas por su cumplimiento (o, en caso de incumplimiento, aplicación de la sanción) es claramente insuficiente, pero no deja de ser imprescindible al proponer normas de conducta (de obligación o de prohibición) reflexionar sobre la posibilidad de que sean cumplidas y el grado de cumplimiento previsible –problemas acaso de implementación, o de conflictos con otros sistemas normativos, morales, sociales o de usos del tráfico-; así como sobre los medios –sanciones, incentivos- para motivar el cumplimiento. Análisis de este tipo son necesarios, aunque insuficientes, pues en el Derecho civil (y en el de obligaciones y contratos en particular) la mayor parte de las normas son dispositivas (no imperativas), o bien normas de competencia, que atribuyen poderes a los particulares (y establecen los requisitos y límites para su ejercicio), junto con los correspondientes permisos. En otro lugar he escrito sobre eficacia social de distintos tipos de normas civiles: no

me repetiré aquí¹⁷. Para un Código de obligaciones y contratos un aspecto muy importante es observar las consecuencias empíricas de las interrelaciones entre normas que atribuyen poderes (libertad de contratación genérica y su concreción en contratos típicos) y las dispositivas. Una dimensión necesaria de éstas es su eficiencia en términos económicos. La inadecuación económica de las normas dispositivas (y las imperativas que establecen requisitos o prohibiciones) llevará previsiblemente a la inutilización de ese tipo contractual y a la utilización preferente de otros, tipificados o no por la ley.

En estas últimas observaciones no me importa tanto la corrección del análisis propuesto como enfatizar la necesidad de hacerlo, es decir, de analizar las consecuencias empíricas de las normas: antes de promulgarlas, como previsión y parte de la justificación de las mismas; a *posteriori*, para evaluarlas en cuanto a su efectividad o eficacia social. En el primer momento, hay que considerar las conductas previsibles de los destinatarios de las normas, que las tomarán en cuenta para orientar sus actos, pero no necesariamente en el

¹⁷ Jesús Delgado Echeverría, "Notas sobre eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), págs. 195-218. Artículo que se publica de nuevo ahora en este volumen.

sentido pretendido por el legislador. Un ejemplo para ilustrar este tipo de problemas puede proporcionarlo la regulación del contrato de alimentos en el año 2003 (arts. 1791-1797 Cc.), en que la buscada seguridad del alimentista (a través de una fuerte facultad resolutoria) se plasma en términos tales que es de temer que no se celebren muchos contratos con este contenido; otro ejemplo puede ser el de la llamada "hipoteca inversa", que tampoco parece que haya tenido gran éxito¹⁸.

Estos dos ejemplos pueden servir también como punto de partida para otras consideraciones en el terreno de la racionalidad pragmática y teleológica. ¿Cuál es la finalidad social pretendida al regular un nuevo contra-

¹⁸ Hasta dónde pueda o deba llegar la utilización instrumental de las normas civiles, en particular las de un Código, para la consecución de concretos objetivos de política económica o social ha de ser objeto de especial reflexión. Como advierte Ruíz Manero, "la restauración del ideal codificador –el ideal de un Derecho *compuesto centralmente por reglas* legisladas con vocación de *larga duración*– es con seguridad incompatible con el uso de la legislación como instrumento de política cotidiana y, lo que va más allá, con la concepción de la legislación como instrumento idóneo para lograr cualesquiera objetivos sociales" (Juan Ruíz Manero, en F. Laporta, J. Ruíz Manero y M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, págs. 118-119). En todo caso, doy por supuesto que habrán de quedar fuera del nuevo Código muchas normas civiles, quizás las más.

to? En primer lugar, el legislador expresa un permiso (indica que ahora se puede contratar con tal contenido), pero es un permiso en sí mismo innecesario (salvo que se deroguen normas imperativas anteriores), dado el principio general de libertad de contratación. En los Códigos decimonónicos, podría decirse que la regulación de los contratos típicos se limita a poner a disposición de los sujetos los marcos normativos o haces de derechos y obligaciones que la experiencia histórica ofrece ya configurados, sin prejuzgar para nada la conveniencia de que se celebren pocos o muchos contratos de cada tipo (por lo demás, son tipos tan genéricos y elementales, como la compraventa, el arrendamiento o el préstamo, que su uso masivo es inevitable). En el Estado social de Derecho, las más de las intervenciones en el Derecho de la contratación son para proteger a una parte –señaladamente, el consumidor– en contratos que el tráfico ya practica masivamente. Las consideraciones, entonces, sobre la eficacia social de las regulaciones vienen a primer plano, incluidas, naturalmente, las consecuencias económicas. Conviene recordar que, en su origen, las directivas europeas de protección de consumidores nacieron como instrumento para preservar la libre competencia en el mercado europeo.

Pero hay también nuevas regulaciones estatales sobre ciertos contratos –como puede ser los casos citados del contrato de alimentos o de la "hipoteca inversa"- en que la finalidad perseguida es precisamente fomentar la celebración de tales contratos. Puede haber adicionalmente incentivos de otra índole (fiscales, como en el caso de los "patrimonios protegidos" de las personas con discapacidad), pero, en todo caso, parece que, de una parte, la mera exteriorización del permiso (aun innecesario) mueve a su utilización y, de otra, las normas imperativas y dispositivas que regulan su ejercicio proporcionan mayor seguridad jurídica que propicia, asimismo, la utilización del nuevo tipo contractual: es más segura su validez y son más seguras sus consecuencias. Pues bien, si la finalidad pretendida es favorecer la celebración de tales contratos, parece un dato muy relevante para evaluar la racionalidad de la ley la comprobación del número y condiciones de los contratos realmente celebrados.

Por supuesto, las cosas no son sencillas. Puede concurrir la finalidad de fomentar ciertos contratos y la de proteger a una de las partes. En general, la previsión de las consecuencias requiere conocimientos y métodos tomados de las ciencias sociales y de la economía que no siempre están a disposición y que resultan de difícil manejo para los juris-

tas. ¿Qué métodos se han utilizado para calcular las consecuencias en el mercado de la vivienda de alquiler de la Ley 19/2009, "de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler y de la eficiencia energética de los edificios"? La finalidad expresada –a costa de mermar defensas de los inquilinos- es "fomentar el incremento de la oferta en el mercado de alquileres", es decir, incentivar a los propietarios a poner en alquiler una parte de la escandalosa cifra de viviendas desocupadas que hay en España, contribuyendo de este modo a paliar el pavoroso problema del acceso a la vivienda; se supone que también, consecuentemente, el aumento de la oferta hará bajar el precio de los alquileres. ¿Qué cálculos se han hecho para estas previsiones? ¿O son sólo justificaciones aparentes, falsas o simuladas, de una reforma que tiene otros motivos? Sinceramente, no lo sé. Lo que trato de poner de manifiesto es que los juristas no podemos desentendernos del análisis de estas finalidades y justificaciones, tanto en el contexto de la interpretación y de la crítica a las leyes una vez promulgadas, como en el proceso de propuestas de nuevas leyes, para controlar estos análisis (hechos por nosotros o por los expertos adecuados) de diferentes aspectos de la eficacia social prevista.

La preocupación, en especial, por el impacto económico de las normas (en el sentido

más amplio: para empezar, el impacto sobre la competencia en el mercado) es hoy asumida tanto por las autoridades españolas como por las de la Unión Europea. Es buen exponente de ello el contenido de la "Guía Metodológica para la elaboración de la Memoria del Análisis del Impacto normativo" aprobada por el Consejo de Ministros el pasado 11 de diciembre de 2009, en cumplimiento de lo dispuesto en la Disp. Ad. 1ª del R. D. 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis del impacto normativo. En esta guía se hace especial hincapié, junto al impacto económico y presupuestario, en el impacto por razón de género, que no puede dejar de interesar a los civilistas.

III. Cambios en la matriz disciplinaria y en la comunidad científica

1. Ciencias y ciencias. Paradigmas, matrices y cambio

Al parecer, en las ciencias "duras puras" los "temas centrales del presente están determinados por los del pasado reciente y sirven para identificar los problemas a abordar en el futuro cercano"¹⁹. Ello corresponde al carác-

¹⁹ Tony Becher, *Tribus y territorios académicos. La indagación intelectual y las culturas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 2001, pág. 123 (1ª ed. en inglés, 1989). Hay

ter acumulativo del conocimiento "duro puro", que se desarrolla en una secuencia restringida y relativamente definida con claridad. Si esto es así, cualquier físico conocedor del estado actual de su ciencia podría indicar cuáles son los problemas que en el futuro se presentarán como retos –consecuencia de los avances en los problemas actuales- y sus indicaciones gozarían de amplio consenso en toda la comunidad científica.

Es obvio que las cosas no ocurren de este modo en el conocimiento del Derecho y en la dogmática civil en particular. En las clasificaciones utilizadas por Becher (ciencias duras/blandas; puras/aplicadas), al conocimiento del Derecho le corresponderían aproximadamente los calificativos de blando y aplicado. En las ciencias duras se observa un crecimiento acumulativo sostenido, de modo que cada poco tiempo se entiende superado el conocimiento anterior y sustituido por otro (las "revoluciones científicas" hipotizadas por Kuhn sólo tendrían lugar en estas ciencias duras, como la física, en las que periódicamente podría haber un "cambio de paradigma"), a la vez que se consideran claros los

segunda edición en inglés, Tony Becher and Paul R. Trowler, *Academics Tribes and Territories*, 2001 (después de varias reimpresiones), con un nuevo capítulo, una puesta al día global y adiciones).

criterios para establecer o refutar el nuevo conocimiento. Mientras que en las ciencias blandas (en ellas estaría el Derecho, junto a la historia y la sociología, entre otras) el patrón de desarrollo es predominantemente recursivo o reiterativo, de modo que las cuestiones básicas siguen siendo las mismas de una generación a la siguiente (Becher, 31).

En este mismo Seminario "Coloquio Jurídico Europeo" tuvo lugar hace algunos meses un interesantísimo debate entre dos de los grandes cultivadores actuales de la teoría del Derecho, Aulis Aarnio y Francisco J. Laporta, sobre "¿Cambio o evolución?" en la ciencia jurídica (entendida como dogmática)²⁰. Laporta entiende que la posición de Aarnio –ciertamente compleja y quizás no del todo bien expresada en este texto, por lo demás denso y rico en sugerencias- es que la ciencia jurídica evoluciona, pero no cambia (Laporta, 127). Por su parte añade muy atinadas aclaraciones e insinúa que algunos cambios que podemos observar en las presuposiciones y compromisos compartidos por los cultivadores de la ciencia jurídica en diversas épocas son sustanciales: no serían los mismos los objetivos, los criterios de interpretación, los valores

²⁰ Aulis Aarnio, Manuel Atienza, Francisco J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2010.

compartidos, los principios metódicos de, digamos, los juristas romanos de la época clásica, los glosadores, los seguidores de la escuela de la exégesis, los pandectistas alemanes ("positivismo científico") o los juristas teóricos que hoy se ocupan del contenido de las normas de un sector del ordenamiento en los Estados Constitucionales de Derecho.

En particular, observa que si la matriz disciplinaria de la ciencia del Derecho incluye –como quiere Aarnio– el compromiso sobre las "fuentes jurídicas aceptables" para la toma de decisiones, entonces "es preciso afirmar que *cuando cambia la regla de reconocimiento*, es decir, aquella regla que nos informa de qué normas pertenecen al sistema jurídico y han de ser tomadas en cuenta para la elaboración teórica o la decisión práctica, *tiene forzosamente que cambiar la matriz o el paradigma* de la ciencia jurídica" (Laporta, 132; vid. 136; cursiva añadida). Poco antes había recordado que la Constitución de 1978 llevaba a muchos (la referencia indirecta a Ferrajoli se ve al trasluz) a expresar que estamos ante un "nuevo paradigma", usando precisamente el concepto que puso en circulación en 1962 Thomas S. Kuhn en "la estructura de las revoluciones científicas", que es precisamente el trasfondo del ensayo de Aarnio (Laporta, 123).

Como es sabido, posteriormente Kuhn, respondiendo a sus críticos, introdujo el concepto de "matriz disciplinaria", que puede sustituir con ventaja al de paradigma en ciertos contextos. Para lo que sigue luego, me basta con advertir que estoy de acuerdo con Aarnio en que el paradigma de la dogmática jurídica no ha cambiado ni es de esperar que cambie –veremos inmediatamente por qué–, sino que la evolución es debida a que se producen cambios en los elementos de la matriz disciplinaria. Qué cambios se están produciendo en la matriz de la dogmática civil, cuáles serían las consecuencias y cómo parece útil orientarlos (u orientarnos nosotros) o adaptarnos a ellos es el objeto de esta parte del presente ensayo. También haré algunas observaciones sobre los cambios en la organización y funcionamiento de la comunidad científica que se ocupa del dominio del Derecho civil, partiendo de la hipótesis, que considero útil, de la existencia de correlaciones entre las características epistemológicas de un dominio científico y las características sociales de la comunidad científica que lo cultiva. Este es el punto de partida y leitmotiv de la obra de Becher *Tribus y territorios académicos: la indagación intelectual y las culturas de las disciplinas* (vid nota 19); pero ya Kuhn había relacionado estrechamente las fases de una ciencia, la evolución de la teoría y la formación de la comunidad científica: en

Aarnio, 95, puede verse un cuadro que ilustra el cambio y ruptura de la ciencia (revolución científica) según el pensamiento de Kuhn, en el que una de las columnas recoge cambios en la comunidad científica, si bien ni Aarnio ni Laporta se ocupan luego de esta dimensión al debatir sobre cambio o evolución en la ciencia del Derecho.

2. Inmutabilidad del paradigma de la dogmática

Para Aarnio, como he dicho, no es pensable un cambio externo del paradigma de la dogmática, es decir, una sustitución de un paradigma por otro. Su ensayo se abre con cita del iusfilósofo danés Jörgen Dalberg-Larsen según el cual no se han producido cambios sustanciales en la ciencia jurídica durante siglos (y que, por tanto, el modelo de Kuhn no puede aplicarse a la ciencia del Derecho), opinión con la que acaba asintiendo: "la dogmática jurídica no ha llevado a cabo un cambio de matriz en toda su historia" (Aarnio, 111).

Esta afirmación se basa en una definición del objetivo de la dogmática que podemos compartir y completar. El objetivo de la dogmática no tiene sus raíces en la propia dogmática jurídica (el conocimiento por el conocimiento), sino en la sociedad: en el

interés o necesidad de la sociedad de conocer el contenido de las normas válidas por las que se rige. Es este interés social del conocimiento "el que mantiene a la ciencia jurídica como dogmática jurídica". "Si la dogmática jurídica abandonara su papel de investigadora de normas, pronto llegaría otra disciplina diferente que asumiría para ella esta misma tarea. Esto es así porque el interés en saber algo sobre el contenido de las disposiciones legales no va a desaparecer de la sociedad por una mera redefinición teórica del papel de la dogmática jurídica" (Aarnio, 98). Añado que la dogmática no proporciona simplemente conocimiento de las normas, sino específicamente de lo que hay que hacer de acuerdo con normas que la propia dogmática contribuye a configurar.

La verdad de la afirmación de Aarnio sobre la inmutabilidad –en el sentido de cambio por otro distinto– del paradigma de la dogmática jurídica es, por una parte, analítica: llamamos dogmática jurídica a la ciencia que tiene como objetivo satisfacer el interés de la sociedad por conocer las normas que la rigen; un paradigma que no tenga este objetivo no será dogmática jurídica. Pero también encierra una afirmación sobre estados del mundo: este interés de la sociedad existe y previsiblemente se mantendrá y exigirá satisfacción mediante la actividad intelectual de estudiosos especializados.

Los cambios -que sin duda los hay- no responden a un cambio (externo) del paradigma, a su sustitución por otro, sino a cambios internos, "cambios de las interpretaciones que se dan a la matriz dominante (113), cambios en los elementos de la matriz: podrán "entrar y salir" algunos elementos, modificarse su peso relativo, variar la intensidad o características de cada uno de ellos.

Las modificaciones y sustituciones de elementos de la matriz puede resucitar la reflexión filosófica sobre la nave de Teseo, que los atenienses conservaron durante siglos "quitando madera gastada y poniendo y entretejiendo madera nueva; de manera que esto dio materia a los filósofos para el argumento que llaman aumentativo, y que sirve para los dos extremos, tomando como ejemplo esta nave y probando unos que era la misma y otros que no lo era" (Plutarco, citado muy pertinentemente por Laporta, 124).

3. Los elementos de la matriz

Para averiguar qué cambios se están produciendo en la matriz de la disciplina del Derecho civil hemos de contar con alguna enumeración y descripción de los elementos de la misma. Partiendo de los planteamientos de Kuhn, tanto Aarnio como Laporta nos

ofrecen una versión propia de los elementos de cualquier matriz disciplinaria.

Para Aarnio (96), los elementos de la matriz serían:

1. Generalizaciones simbólicas,
2. Compromisos comunitarios sobre modelos estructuradores de objetivos,
3. Compromisos comunitarios sobre valores que mantienen unida a la comunidad científica y a las normas e instituciones que dirigen la ciencia,
4. Soluciones paradigmáticas.

Laporta prefiere ver la teoría de Kuhn como una arquitectura de cuatro niveles:

- a) La *matriz* de la disciplina,
- b) Una teoría o conjunto de teorías (entre ellas un *paradigma* como momento ejemplar),
- c) Una compleja "caja de herramientas", usualmente llamada "conceptos",
- d) Los enunciados observacionales o interpretativos de la correspondiente ciencia.

Hay, naturalmente, una correspondencia aproximada entre los elementos enumerados por Aarnio y por Laporta. Las "generalizaciones simbólicas" del primero equivalen a la "caja de herramientas" del segundo. Las "soluciones paradigmáticas" se integran sin dificultad en "una teoría o conjunto de teorías". Los "compromisos comunitarios" (sobre objetivos y valores compartidos) parecen constituir la matriz de la disciplina en el sentido (más estricto que el de Aarnio) en que utiliza el término Laporta. Quedarían fuera de la matriz dibujada por Aarnio los "enunciados observacionales o interpretativos de la correspondiente ciencia", que cambian de ordinario sin necesidad de alteración alguna de los elementos de la matriz.

Los enunciados observacionales e interpretativos de la dogmática civil se modifican, aparecen y desaparecen, principalmente y de ordinario como consecuencia de las modificaciones y novedades de los enunciados normativos del sistema jurídico de referencia: simplificando, si cambian las leyes cambian los enunciados que las interpretan (y, consecuentemente, también han de cambiar las teorías que tratan de sistematizar estos resultados interpretativos). Basta hojear los manuales, monografías y artículos de Derecho civil publicados en los últimos años y compararlos con las publicaciones anteriores

a 1978 para advertir grandes diferencias de temas y contenidos. Es natural que esto ocurra en una ciencia "interpretativa". Ahora bien, siendo estos cambios en los temas y contenidos de las publicaciones de Derecho civil muy visibles, no indican por sí los movimientos más profundos de los presupuestos, convicciones compartidas, métodos, paradigmas y objetivos desde los que la dogmática civil realiza hoy su tarea.

Para columbrar cuáles sean los retos es importante sin duda anotar la existencia de leyes nuevas y las correlativas novedades en los enunciados interpretativos, pero mucho más observar los cambios ocurridos en la matriz de la disciplina: el "conjunto de aquellas generalizaciones simbólicas, creencias, estipulaciones y soluciones ejemplares a problemas" que hacen a la dogmática jurídica ser lo que es, como algo distinto de, digamos, la sociología jurídica o la historia del Derecho (Aarnio 130). Una definición como ésta resulta todavía insuficientemente detallada para nuestro propósito. Acudiendo a Courtis²¹, podemos añadir que los elementos de la matriz disciplinaria que caracteriza a las comu-

²¹ Christian Courtis, "El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática", en Cristian Courtis, ed., *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pág. 141.

nidades dogmáticas son las "teorías, distinciones, clasificaciones y categorías de la dogmática existente que constituyen el marco de socialización de los juristas". Hay un "marco conceptual común que establece algunos criterios generales para identificar el material relevante, para fijar puntos de partida argumentativos, para elegir estilos de argumentación".

4. La matriz de la dogmática jurídica

Pero el propio Aarnio nos ofrece una descripción más detallada de la matriz de la dogmática jurídica que toma en cuenta sus características especiales. La primera es su propio objetivo, al que antes hemos hecho referencia: satisfacer el interés de la sociedad por el conocimiento de las normas válidas que la rigen. Este objetivo condiciona todos los demás rasgos de la dogmática. Los otros cinco elementos serían (cfr. Laporta 130):

2. Un punto de partida positivista. La dogmática estudia ciertas normas dadas.

3. La hipótesis de que los valores juegan un papel en la deliberación jurídica.

4. Compromisos lingüístico-conceptuales para interpretar y sistematizar el material jurídico.

5. Compromisos sobre las fuentes jurídicas.

6. Principios metódicos, es decir, principios que señalan los argumentos aceptables en la deliberación jurídica.

Este despiece de la matriz de la dogmática jurídica me parece directamente aplicable a la dogmática civil. El análisis de la matriz propuesto por Aarnio nos es de utilidad de dos maneras. En el "contexto de descubrimiento", suscita preguntas sobre cómo se concreta o plasma cada uno de sus elementos en la dogmática civil, qué casos circunstanciados pueden proponerse como ejemplos, cómo se diferencian de los de hace algún tiempo y hacia dónde parece que se dirigen o adónde podemos dirigirlos los civilistas. En el contexto de justificación, ayuda a interrelacionar las piezas y a mostrar asociaciones plausibles entre fenómenos que, apareciendo en principio como inconexos, pueden acaso responder a un mismo impulso o tener de alguna forma un sentido unitario.

Laporta apunta algunas observaciones a la lista de elementos de Aarnio. Hemos recogido antes la relativa al punto 5 (compromiso sobre las fuentes jurídicas aceptables y el posible cambio de paradigma al cambiar la regla de reconocimiento). Nos interesan ahora otras

dos observaciones tuyas, relacionadas entre sí. "Respecto del componente 2 –dice Laportano estoy muy seguro que la ciencia jurídica se haya situado siempre en este punto de partida positivista, o, como después se afirma, no basado en el Derecho natural". Mientras que "el punto 3, es decir, la hipótesis de que los valores desempeñan un papel en la deliberación jurídica, no será aceptada tan fácilmente por muchos de los cultivadores de la jurisprudencia actual". Pues bien, tal como yo lo veo, por lo que se refiere a la dogmática civil española ocurre que, a lo largo de todos el siglo XX, las manifestaciones expresas de iusnaturalismo han sido dominantes, cualesquiera que hayan sido luego las formas de traducirse este proclamado iusnaturalismo en la interpretación de las leyes positivas y los métodos e instrumentos intelectuales realmente utilizados (es decir, con independencia del contenido relativo a los puntos 4 y 6). Aun sin profesión iusnaturalista, pocos serán los civilistas españoles que no afirmen que el positivismo está superado. Clarificar esta situación es uno de los retos de la dogmática civil española, no en el sentido de que se produzca el triunfo de una parte de la comunidad científica sobre otra, con la consecuencia de una ruptura (un cambio de paradigma tras una revolución científica en el sentido de Kuhn, que no es aplicable a ciencia como la nuestra), sino en el de una mayor deliberación

y autocomprensión respecto de los conceptos, criterios y argumentos admitidos que mejore la comunicabilidad y posibilidad de crítica de las opiniones individuales.

5. Los argumentos morales en la deliberación jurídica

Que los valores desempeñan un papel en la deliberación jurídica de la dogmática civil española es un hecho indudable y de primera magnitud. La existencia de la Constitución de 1978 no sólo lo explica sino que, al reconocerse su carácter de norma superior que garantiza los derechos fundamentales y que expresa los valores y principios compartidos por la comunidad jurídica, sirve de justificación y propiamente exige la introducción de argumentos morales en la deliberación jurídica. Puesto que todo reto puede verse como una amenaza (de hecho, este parece el significado originario de retar), la introducción de argumentos morales (como, por otra parte, los de eficacia y eficiencia) en el discurso jurídico podría considerarse en efecto una amenaza que movería a la defensa de un positivismo de corte legalista o formalista. No es esperable tal reacción en la dogmática civil española. Ni, en mi opinión, deseable: la introducción de argumentos morales no es una elección libre de la ciencia, sino una exigencia que los cambios en el Derecho

(tanto en las normas estatales y supraestatales como en la práctica social del Derecho) plantean a la dogmática jurídica.

Aarnio observa que "la dogmática jurídica continúa siendo dogmática incluso si se aceptan razonamientos no jurídicos en su grupo de argumentos". Afirmación que creo debe relacionarse con su descripción del objetivo de la dogmática: ésta habrá de incorporar los argumentos y métodos que sean adecuados para satisfacer la necesidad de la sociedad de conocer el contenido de las normas jurídicas por las que se rige. De este modo el Derecho deja de ser una ciencia autónoma (que reclama su aislamiento, tal como quiso el positivismo), no arbitrariamente o por convención de los dogmáticos, sino porque han cambiado los sistemas normativos jurídicos.

La dogmática es hoy una ciencia "no restringida" ("*unrestricted*", por oposición a *restricted*) en el sentido en que utilizó este concepto Pantin al analizar las relaciones entre las ciencias²². En las ciencias "no restringidas" sus investigadores siguen los problemas, cuando les parece necesario, en otras ciencias (como hacen la biología o la geología, por oposición a la física o la química).

²² C. F. A. Pantin, *The relations between the sciences*, 1968 (sobre ello, Becher, 25-27).

Becher entiende que estas características (restringida, no restringida) se corresponden básicamente con la distinción entre ciencias duras y ciencias blandas, mejor que con la de ciencias puras y ciencias aplicadas. La dogmática no es una ciencia pura (como pretendió el positivismo científico y teorizó Kelsen) al estilo de la física, sino que, además de otros muchos caracteres que la diferencian de las ciencias puras y duras, incluye en su matriz argumentos y métodos que comparte con otros campos del saber o toma de ellos, sin dejar por ello de ser dogmática jurídica.

6. Los argumentos económicos y de eficacia

Entre los argumentos y métodos que hoy acoge la dogmática civil –el reto consiste en depurarlos e integrarlos en el conjunto fijando su lugar relativo– se encuentran los económicos y de eficacia. Datos empíricos y comprobación y pronóstico de consecuencias sociales fácticas forman parte de los argumentos admitidos. Sin embargo, no está claro el estatus de métodos tales como el análisis económico del Derecho (*Law & Economics*), sociología del Derecho (*Law & Society*) o estudios empíricos, acaso estadísticos (*Empirical Legal Studies*). Si admitimos que afirmaciones tales como "se han constituido *tantos* patrimonios protegidos de personas con discapacidad" en el último año, se han otorgado *tantos* poderes

anticipados, *tantos* documentos de autotutela, *tantos* testamentos, o se han contraído *tantos* matrimonios en forma religiosa y *tantos* en forma civil, y así sucesivamente sobre cada uno de los hechos o actos de que se ocupa el Derecho civil; si entendemos que afirmaciones del tipo de las apuntadas pueden formar parte de argumentaciones legítimas en la dogmática civil (para mostrar la inadecuación de las normas vigentes o la forma en que los ciudadanos las utilizan, sugerir estímulos positivos o negativos, señalar efectos sociales deseables o perversos), entonces necesitamos incorporar a la dogmática métodos traídos de otras ciencias sociales o empíricas. Si nos importa el costo social de los accidentes, o los costos de transacción o de vigilancia y ejecución en la contratación, o las asimetrías informativas (y de todo ello escriben hoy los iusprivatistas españoles), entonces los métodos del análisis económico del Derecho parecen relevantes. Si entra en nuestro estudio la perspectiva de género, entonces tendremos que incorporar además herramientas de crítica ideológica (la referencia a los *Critical Legal Studies* parece ineludible).

En realidad, la idea central que trato de transmitir es muy simple: que hagamos mejor lo que ya hacemos, con más reflexión, mejores instrumentos y mayor calidad del discurso intersubjetivo, esto es, que nuestras

formulaciones sean comunicables y las afirmaciones puedan ser comprobadas y debatidas por todos.

7. Ampliación de la matriz y la justificación de las leyes

Podría objetarse que la invocación de argumentos y métodos más allá del discurso normativo formal responde a modas pasajeras, caprichos de amateur o curiosidades frívolas (especialmente cuando se alude a ellas en inglés, como he hecho deliberadamente). Veleidades acaso perdonables o muestras de erudición posiblemente inútil, no propias "del jurista en cuanto tal". Pero dejando aparte que el seguimiento de modas intelectuales y sociales es uno de los caminos de evolución y enriquecimiento de todas las ciencias (aunque sea mediante "ensayo y error"), entiendo que la recepción en la dogmática civil de instrumentos nacidos en otros campos del saber es hoy congruente con el objetivo mismo de la dogmática y necesaria para alcanzarlo. El interés o necesidad de conocer las normas que rigen la sociedad se ha extendido, desde el interés por saber cómo deben resolverse los casos individuales (por los jueces) y justificarse la decisión conforme a normas dadas, al interés por conocer la justificación de las normas (del legislador) que determinan los casos genéricos. De la jurisprudencia a la

legisprudencia²³. Se produce una ampliación de la matriz de la dogmática civil, para su adecuación al mundo –en particular, al Derecho del Estado constitucional y social- y a los ampliados intereses de conocimiento de los ciudadanos.

En el Estado liberal de Derecho para el que la dogmática adaptó sus objetivos y métodos, y especialmente por lo que se refiere a la dogmática civil, el interés social de conocimiento del Derecho es predominantemente individual, con la finalidad de conocer cada sujeto cuáles son sus derechos y obligaciones con arreglo a las leyes. En este contexto la dogmática se expresa típicamente mediante formulaciones interpretativas de las leyes que sirven como recomendaciones o consejos a los jueces para la determinación de los casos individuales: el *quid iuris* significa entonces cómo deben decidir los jueces los casos individuales que juzgan, justificando sus decisiones con arreglo a las leyes interpretadas por la dogmática.

Pero hoy a la anterior necesidad social de saber se añade la de saber qué fines tienen las leyes de las que los ciudadanos son autores y

²³ Wintgens, Luc J. "Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación". *Doxa*. N. 26 (2003). Accesible en <http://hdl.handle.net/10045/10076>

cómo se cumplen, qué principios las animan, con qué valores están acordes: en general, el interés por conocer la justificación de las leyes, incluida su justificación ética. Es un conocimiento social necesario para controlar a los representantes políticos y contribuir ilustradamente a la formación de la voluntad general, a la vez que para la defensa de los intereses de los diversos grupos y colectivos sociales. En este contexto, la dogmática se expresa también mediante críticas y recomendaciones al legislador, comprobando en todo caso su discurso de justificación. La dogmática civil sigue de este modo dirigiendo su actividad a satisfacer la necesidad de conocimiento del Derecho por parte de los individuos, pero amplía esta actividad en dos sentidos: satisfacer el interés de conocimiento de la justificación de las leyes y atender al interés de los actores sociales colectivos por las normas que les afectan más directamente.

8. Cambios en la comunidad científica

En las páginas anteriores han aparecido algunas referencias a cambios en la comunidad científica, en particular a su crecimiento y a su inserción institucional en la Universidad.

Conviene antes de seguir introducir algunas distinciones y precisiones.

Llamo "comunidad jurídica" a la sociedad que vive en el sistema jurídico de referencia (hombres y mujeres, instituciones), regida por las normas que la dogmática (las comunidades "de intérpretes" y "científica") interpreta y contribuye a configurar.

La "comunidad de intérpretes" está integrada por el conjunto de los juristas de una comunidad jurídica; es decir, los profesionales que en la división social del trabajo se han especializado en la argumentación jurídica, la interpretación de las normas y su aplicación a los casos individuales, tanto en situaciones de conflicto manifiesto (que ha de ser resuelto mediante una decisión justificada de acuerdo con las normas) como cautelarmente para evitarlo: jueces, abogados, notarios, registradores...

La "comunidad científica" (o investigadora, o académica) tiene como ocupación la dogmática jurídica, es decir, la elaboración de los argumentos admisibles en el sistema, la interpretación de las normas para la determinación de los casos genéricos, la construcción de conceptos y sus relaciones, las teorías mediante las cuales sistematizan las normas.

El objetivo de estas páginas finales es señalar algunos cambios en la organización y funcionamiento de la comunidad científica de

la dogmática civil, que contribuyan a identificar y valorar los cambios en la matriz disciplinaria. Pero serán útiles algunas observaciones previas sobre las otras dos comunidades y las relaciones de la comunidad científica con ellas.

9. La comunidad jurídica (la sociedad)

La comunidad jurídica viene hoy determinada principalmente por el alcance del poder estatal, es decir, está constituida por las personas destinatarias de las normas a las que un Estado dota de fuerza obligatoria. La dogmática civil española sirve a los intereses y necesidades de los españoles: del mismo modo que, correlativamente, la francesa o la mexicana. La dogmática civil es, en este sentido, nacional-estatal.

Recordar que no siempre ha sido así ayuda a pensar que puede ser de otra manera, y que lo es en cierta medida. Los civilistas asumimos como parte de nuestra tradición gremial la experiencia secular del Derecho común europeo, formado en las Universidades (empezando por la de Bolonia desde el siglo XI) en la forma de un *ius commune* que tiene como referencia toda Europa (al menos, la continental) por encima de los poderes locales, e incluso pretensiones de validez universal. Con posterioridad, también en la Europa

y el mundo dividido en Estados nacionales la dogmática civil ha mantenido siempre alguna referencia o pretensión de universalidad. Además, me parece de interés señalar aquí que existen comunidades jurídicas no estatales que también son –o deben ser– una referencia para la dogmática civil. La comunidad jurídica europea es el ejemplo obvio para españoles (y franceses, etc.). Puede decirse que de modo paralelo a como los jueces de cada Estado de la Unión son jueces del ordenamiento jurídico europeo, los juristas de los respectivos países no están sólo al servicio de su "comunidad estatal", sino del conjunto de ciudadanos que forma la "comunidad europea". Así ocurre, por ejemplo, cuando tomamos parte en los trabajos de un futuro e hipotético Código civil europeo (en principio, de obligaciones y contratos), pero también cuando trabajamos sobre normas e instituciones para las que el Derecho europeo proporciona el impulso y la dirección, como es el Derecho del consumo (o el Derecho de la competencia).

No deberíamos olvidar tampoco nuestra posición en la comunidad iberoamericana. Muchos de sus Códigos del otro lado del Atlántico nacieron del nuestro o de sus precedentes, están escritos los más en castellano y en castellano escriben los civilistas que los comentan. No es seguro que podamos o deba-

mos asumir ningún liderazgo intelectual: lo que hoy podemos enseñarles me parece que quedaría bien compensado por lo que podemos aprender, incluso de sus experiencias codificadoras de los últimos decenios, cumplidas (como Portugal o Perú) o, de momento, frustradas (como Puerto Rico y Argentina).

Las declaraciones de derechos y los convenios internacionales que las contienen conforman también comunidades jurídicas mucho más amplias que las estatales, universales en casos muy destacados. También otros tratados o convenios de contenidos variados configuran comunidades jurídicas propias: la referencia de un jurista de cualquier país al trabajar, por ejemplo, sobre propiedad intelectual es –ha de ser– una comunidad jurídica prácticamente mundial. Hay también un Derecho privado del tráfico, no estatal (*lex mercatoria*), que la dogmática civil no puede dejar de tener en cuenta.

10. La comunidad de intérpretes

En cuanto a la comunidad de intérpretes (o de juristas prácticos, *Practitioners*), podemos empezar notando que es de su seno de donde surge la comunidad científica (*Academics*), en principio como una parte no claramente diferenciada. La comunidad –o comunidades– de intérpretes o juristas prácticos ha sufrido

en los últimos decenios cambios de gran importancia (como el espectacular aumento del número de jueces y de abogados, su progresiva especialización y fragmentación en formas muy distintas de organizar su actividad) de los que aquí poco hemos de decir, pero que a su vez son uno de los condicionantes o inductores de cambios en la actividad de la comunidad científica. Si los productos de la dogmática tienen como destinatarios a los jueces en cuanto que decisores de los casos individuales y a los abogados que argumentan en los conflictos judicializados, las transformaciones en la actividad de jueces y abogados modifican los requerimientos que desde la práctica se hace a la dogmática.

Hace un siglo el Derecho civil –con el penal– era el centro indiscutido del ejercicio de la jurisdicción y de la atención en los despachos de abogados. Todo jurista era un civilista (que acaso se ocupaba también de otros asuntos) y la comunidad científica estaba constituida por los abogados y jueces (también notarios y registradores) que ocasionalmente escribían algo sobre Derecho (preferentemente, civil). La relación con la Universidad era muy tenue. El catedrático de Universidad era casi necesariamente abogado, notario, juez o funcionario de otros ramos de la Administración. No es seguro que publicara trabajos doctrinales con más fre-

cuencia –o solvencia- que otros colegas de las profesiones jurídicas, aunque sí podía añadir a su prestigio profesional el haber ganado la cátedra, lo que podía influir en la solicitud de dictámenes por sus colegas de la abogacía. Derecho público y Derecho privado se van configurando como dominios de conocimiento académico separados (es el paso que representa la aparición de la Revista de Derecho privado respecto de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia).

Damos un salto. Los catedráticos de Derecho civil en los años sesenta del siglo XX siguen siendo muy mayoritariamente jueces, abogados, notarios o fiscales (o funcionarios de otros ramos) hasta que se introduce la dedicación exclusiva y, luego, las incompatibilidades rígidas. Las áreas de conocimiento (tantas como asignaturas) se convierten en compartimentos estancos, en los que crece apresuradamente el número de profesores, ahora ya no sólo funcionarios catedráticos, sino también funcionarios profesores adjuntos, luego titulares, junto con un número superior de "penenes" que aspiran a la estabilidad. Las exigencias de la carrera docente apartan a los profesores del ejercicio de las profesiones jurídicas (también ocurre que algunos vienen a la Universidad después de haber fracasado en las oposiciones o en la abogacía), si bien una minoría pueden traba-

jar como abogados durante algunos años una vez alcanzada la cátedra (o la titularidad). Otros imperativos contextuales de la carrera docente, los "sexenios" (técnicamente, incentivos), ocasionan la multiplicación de publicaciones doctrinales (en forma de monografías o artículos de revista) por profesores de Derecho civil que no tienen ninguna participación personal en la práctica del Derecho: son investigadores, dogmáticos, científicos... pero no juristas, puesto que no dicen el *ius* de los casos individuales ni toman parte en los procesos en que se deciden; o juristas puramente teóricos, si se prefiere. Creo que es una novedad histórica. Nunca hasta ahora la comunidad científica estaba institucionalmente separada de la actividad de las profesiones jurídicas.

11. La comunidad científica

La comunidad académica que se ocupa del campo de conocimiento "Derecho civil" en España es notablemente convergente en sus criterios de aceptación de argumentos y teorías, en el estilo y lenguaje de las publicaciones de sus miembros, en su actitud de prevención hacia las ideas radicalmente nuevas, en las pautas de iniciación y socialización de los nuevos civilistas y, en general, en las exigencias de cumplimiento de los "usos de la tribu".

No hay en ella rupturas o fracturas internas que puedan atribuirse a concepciones distintas sobre métodos, objetivos o teorías. Reina general aceptación de los elementos de la matriz disciplinaria y de los criterios de evaluación del trabajo académico de sus miembros. En esto nos parecemos más a los físicos que a los sociólogos o los geógrafos. Tengo la impresión de que en otras disciplinas jurídicas el nivel de convergencia es menor. Por supuesto, se aprecian también entre nosotros algunas diferencias internas que pueden ser indicio de retos de adaptación organizativa.

Por otra parte, es una comunidad investigadora de escasa densidad de investigadores por problema ("rural", en las clasificaciones de Becher), en la que cada investigador se dedica a lo suyo sin prisas por publicar (si las hay no son debidas al ritmo interno de las novedades en su campo, a la exigencia de "ser el primero" en publicar resultados, sino a requerimientos exteriores, en particular fechas en la promoción en la carrera docente). Normalmente trabaja en solitario, sin comunicación intelectual con sus compañeros cercanos ni lejanos sobre lo que está investigando durante el proceso que termina con la escritura y publicación de un texto, que se publicará preferentemente como monografía o como artículo de revista sin evaluación

editorial previa, y que no dará lugar a ningún debate público posterior.

Algunas de estas pautas –como la evaluación por pares en las revistas– están cambiando muy deprisa, aunque no sé si profundamente, por imperativos contextuales institucionales (procedimientos de acreditación del profesorado, evaluación para los "sexenios").

¿Qué es lo que se está moviendo en el fondo? ¿Qué cambios son indicadores de retos que requieren respuesta? Es aventurado tratar de responder. Me centraré en dos aspectos: pautas de comunicación y diferenciación interna (especialización).

12. La "vida media" de la disciplina

El concepto de "vida media" de una disciplina (mejor, de la literatura de un campo de conocimiento) lo acuñaron Burton y Kebler²⁴ en 1960 y es utilizado en muchos estudios de historia y sociología de las ciencias y de biblioteconomía. Su definición: "el tiempo durante el cual fue publicada la mitad de la literatura activa circulante sobre un tema

²⁴ Burton, R. E. y Kebler, R. W., "The 'half-life' of some scientific and technical literatures", *American Documentation*, 11, págs. 18-22.

determinado", entendiéndose por literatura activa aquella que se cita en la bibliografía o es solicitada a un centro de documentación. Diversos estudios indican que, por ejemplo, en física o en genética la vida media no pasa de tres años (es decir, la mitad de toda la bibliografía relevante se ha publicado en los tres últimos años), mientras que en gran número de disciplinas incluidas en humanidades puede llegar a los veinte años. Fisiología o química estarían en posición intermedia, entre siete y diez años.

No conozco estudios sobre vida media de literatura jurídica. Serían sin duda del mayor interés. Los civilistas tenemos la impresión de que una cita del Digesto, de Acursio, de Donatello, de Covarrubias, de Antonio Gómez o de Pothier puede todavía ser pertinente en ciertos casos, aunque cada vez menos. Seguimos citando obras del XIX o de la primera mitad del XX que pueden incluso parecernos imprescindibles. Este uso de la bibliografía es reflejo de la característica de la dogmática —puede que exacerbadamente la civil— como ciencia no acumulativa, sino recursiva y reiterativa, renovación de reflexiones sobre temas de siempre, en la que nada de lo escrito hace siglos está necesariamente superado. Esta característica explica también nuestra preferencia tradicional por el libro, la monografía o el gran tratado, frente al artículo de

revista. En fin, me parece que la vida media de nuestra literatura no es inferior a los veinte años que suele atribuirse a la de humanidades y puede superar ampliamente esta cifra.

Ahora bien, hay temas o subcampos cultivados por civilistas en que las cosas ocurren de manera muy distinta. En Derecho del consumo, Derecho de menores o propiedad intelectual (muy distintos entre sí por contenidos y acercamientos metodológicos) tenemos la impresión de que es imprescindible y difícil "estar al día". Quizás la vida media no sea muy superior a los tres años de la física, al menos en algunos tópicos novedosos especialmente debatidos ("riesgos de desarrollo", "custodia compartida", "copia privada digital", pueden ser algunos ejemplos). Quienes trabajan en Derecho del consumo, en Derecho de menores o en propiedad intelectual siguen pautas que se acercan a las de los investigadores de campos como la física en cuanto a citas bibliográficas, publicación en revistas o convocatorias de congresos especializados.

13. Campos especializados

En campos especializados como estos comienza a haber barreras de entrada –gastos de inversión en adquirir conocimientos y "puesta al día"- y estímulos para permanecer (capital

intelectual acumulado, reputación, más difíciles de transferir luego a otros campos). La formación de equipos para conseguir financiación de proyectos o el reconocimiento administrativo de los grupos de investigación contribuyen asimismo a la formación de comunidades y redes de civilistas especializados, con perspectivas de permanencia. Esto no significa, ni de lejos, una correspondencia biunívoca entre investigadores y especialidades dentro de la disciplina "Derecho civil". Cada civilista comprometerá previsiblemente sólo una parte de su tiempo de trabajo en un subcampo, mantendrá redes científicas personales fuera del mismo y cultivará simultáneamente otros terrenos de investigación.

Las especialidades y subespecialidades fragmentan la estructura interna de una disciplina, tanto en el campo de conocimiento como en la comunidad científica que lo explora, pero no producen compartimentos estancos en ninguno de los dos planos (si así fuera, darían lugar a fracturas y nuevas disciplinas). También mediante nuevas especializaciones pueden extenderse los límites de la disciplina ocupando terrenos poco cultivados de otras áreas, o asociándose con investigadores procedentes de ellas. Las especialidades también desaparecen o se transforman (Derecho agrario, Derecho hipotecario). En general, estas transformaciones son mecanismos de adapta-

ción a los requerimientos cambiantes del "mundo", en particular a cambios en el sistema jurídico, en la práctica social del Derecho y en las necesidades de conocimiento de las normas por parte de la sociedad.

No es posible ni adecuado aquí intentar una exposición general de estos procesos. Me limitaré a dos anotaciones particulares.

1. La especialización (temas y grupos de investigadores) propicia relaciones con instituciones y colectivos sociales concernidos particularmente (como destinatarios o aplicadores) por las normas que aquellos especialistas investigan. Por ejemplo, asociaciones de consumidores y autoridades administrativas competentes y Derecho del consumo; compañías aseguradoras, colectivos profesionales o asociaciones de víctimas y Derecho de daños; administraciones competentes sobre menores, asociaciones interesadas en el bienestar de la infancia y Derecho del menor; aproximadamente lo mismo respecto de personas con discapacidad; sociedades de gestión, productores, editores, y propiedad intelectual; Derecho hipotecario y Colegios de registradores. Los casos son muchos y las relaciones variadas. Pueden implicar financiación (para publicaciones, congresos, másteres), pero también participación en congresos y seminarios y otras formas de comu-

nicación de intereses y puntos de vista por parte de los agentes sociales que formulan explícitamente sus necesidades de conocimiento –o de cambio- del contenido de las normas que les afectan. En alguna medida, pueden aportar a los investigadores universitarios el conocimiento de la realidad social que no adquieren a través de la práctica (vedada para ellos) de las profesiones jurídicas.

2. Hasta ahora he hablado de especialidades o especializaciones relacionadas con contenidos temáticos. Pero también pueden estar basadas en una teoría, un "modo de mirar el mundo", o en alguna técnica o método. Es posible que las especialidades basadas en teorías o en métodos se asocien particularmente a ciertos contenidos temáticos.

14. Dos especializaciones basadas en métodos o teorías

En la situación actual de la civilística española, observo dos especializaciones de este tipo:

a) Análisis económico del Derecho, como especialidad basada en un método ajeno a nuestra cultura jurídica tradicional. Ignorado por los más, rechazado sin conocerlo y también con razones argumentadas (en mi opi-

nión, no decisivas), tiene cultivadores respetables que pueden aportar mucho, al menos, en el estudio de los incentivos para el cumplimiento de las normas y el análisis de las consecuencias previstas o comprobadas de su aplicación.

b) La perspectiva de género, que sería una especialidad basada en un "modo de ver el mundo", ha entrado recientemente, pero con fuerza. Vista en general con elegante indiferencia y por algunos (y algunas) con aprensión disimulada a veces con la ironía, despier-ta también simpatías y cuenta con apoyos culturales e institucionales muy considerables. Tiene importantes problemas de método (con el consiguiente peligro de trivialización). Un camino podría ser incorporar la perspectiva de género a un discurso más amplio sobre la igualdad: contra toda forma de desigualdad y discriminación.

Tanto el análisis económico como la perspectiva de género pueden aplicarse en toda la extensión de los temas o materias de Derecho civil (y no sólo del civil, por cierto: su transversalidad es asimismo un rasgo relevante de estas especializaciones), si bien parece que interrelacionan mejor con el Derecho patrimonial, el primero, y con Derecho de la persona, familia y sucesiones, el segundo.

Ambos tienen, en mi opinión, el mayor potencial transformador de la matriz del Derecho civil y de las pautas de trabajo académico de sus cultivadores. Digo potencial: los actos y sus consecuencias se irán viendo. Más acentuado el potencial en la perspectiva de género, porque sacude presuposiciones y convenciones profundas y arraigadas.

En particular, la perspectiva de género supone o incluye de algún modo los siguientes elementos transformadores:

1. Práctica del razonamiento moral, basado en principios y valores.
2. Crítica ideológica a las formas jurídicas, como encubridoras de situaciones discriminatorias.
3. Atención a la eficacia social o efectividad de las normas y, consiguientemente, a los datos empíricos (estadísticas, indicadores, análisis de impacto).
4. Necesidad de leer en inglés (leer o no en inglés es ya criterio de clasificación –no digo, necesariamente, de jerarquización– en la civilística española). Leer en inglés supone, para un civilista, ponerse en contacto con formas y tipos de trabajo académico muy distintos de los practicados entre nosotros.

5. Inserción en redes, comunidades y asociaciones, nacionales o internacionales, en las que la referencia al Derecho civil es poco relevante²⁵.

²⁵ *Law & Economics* compartiría los puntos 3, 4 y 5 (y no es incompatible con los dos anteriores).

MEDITACIÓN SOBRE QUÉ CAMBIAR PARA LA CONSTRUC- CIÓN DE UNA NUEVA DOGMÁ- TICA PARA EL DERECHO CIVIL O PARA UN DERECHO PRIVADO GENERAL*

Joaquín RAMS ALBESA

I. Introducción

Resulta grato participar en este foro (y en sus publicaciones) mucho más al seguir mi aportación a la ponencia del Dr. Delgado. No esperen de mi una contraponencia, más bien una continuación sobre el mismo tema, si bien desde otra perspectiva. Voy a seguir un camino señalado que empezó hace ya veinte años con la continuación de los Elementos de Derecho civil y sirve para constatar, tras todo ese tiempo de colaboración leal, amistosa y fecunda, la realidad de las muchas coincidencias que nos unen, tantas que las diferencias sólo sirven para dar una realista perspectiva a aquéllas.

* Este trabajo ha sido realizado en el marco de las actividades del grupo de investigación de la UCM 9310183 dirigido por Joaquín Rams Albesa.

Somos condiscípulos, nos hemos formado en lo básico a partir de las enseñanzas del Maestro Lacruz Berdejo, a quien esta coincidencia nada fortuita hubiera entusiasmado. Tal vez esto sea lo más importante, porque él marcó una ruta que hemos tenido que seguir por nuestra cuenta y que nos ha conducido no sólo hasta aquí, sino también a cimentar el pensamiento que ahora manifestamos.

Somos amigos, aragoneses de nación, según el significado más clásico de este término (esto no nos reporta la más mínima ventaja, ni teórica, ni práctica, aunque según parece, ningún inconveniente) este simple hecho nos proporciona por tradición una visión decididamente pactista del Derecho y el convencimiento de la clara relevancia política y constitucional que aporta el derecho privado, y el civil, de forma especial.

Estudiamos el bachillerato en el mismo Colegio, en distinto curso, si bien a la distancia de medio siglo no es posible encontrar grandes diferencias, cursamos la licenciatura de Derecho en la misma Facultad y Universidad, y tuvimos prácticamente los mismos profesores.

Soy consciente de que el Derecho civil no me debe demasiado, aunque sí algo, y de que yo si le debo mucho a esta disciplina, aunque

el término suene a pasado de moda, tanto que será preciso rescatar la voz para dar nuevos aires a su estudio bajo nuevas reglas.

El más importante de los acuerdos que me une con Delgado tiene que ver con que estimamos que hay que replantearse el qué hacer con los estudios del Derecho civil, más bien del privado en general, revisar y renovar su dogmática, así como emprender una nueva codificación, partiendo de la base de la Constitución y con los ojos puestos en las realidades política, social y económica propias de nuestro tiempo.

El saber transmitido escolásticamente, por reiteración, en el contexto propio de una cerrada sociedad de dirección clerical (en el sentido inglés del término), más bien autoritaria y nada democrática, sencillamente ha dado de sí todo cuanto podía hacerlo, se ha acabado y es conveniente, más bien imprescindible, reinventarse nuestra función y nuestro quehacer.

Debemos ocuparnos en descubrir, incluso inventarse, el qué y el cómo de todo aquello que sirva de contenido material del nuevo Derecho privado desde sus antecedentes, a los que no hay por qué renunciar (no es cuestión de modernidad), hasta sus consecuencias y efectos que debemos medir, contar y sopesar

cuantas veces sea preciso, no hay que seguir modas por el mero hecho de serlo. Por lo que se refiere al cuándo, para mi está clarísimo, hay que comenzar la tarea ahora mismo, pues ya estamos en el después (hace treinta y dos años de la promulgación de la Constitución).

Si los nuevos aires constitucionales han servido, en el concreto mundo de los derechos civiles especiales o forales y de forma muy especial para los de Aragón y Cataluña, para dinamizarlos y modernizarlos, así como para darles un nuevo y sugestivo brillo a partir de sus propias raíces una vez limpiadas, podadas de sequedades y oreadas con un proceso que trae causa de un trabajo prelegislativo impecable y acabado en la técnica, que ha contado con el respeto y estima de los respectivos cuerpos legislativos que han sabido reconocer una obra bien hecha y mejor fundada y se han mostrado las dos instancias, por lo que a mi forma de ver y entender el proceso, asombrosamente cercanas a los problemas de los ciudadanos vistos estos en su individualidad y a la vez como grupo que vive sus problemas en presente.

Entiendo que esos mismo aires y mimo en la técnica de legislar y en la apreciación de una obra acabada por parte de las Cámaras legislativas deberían servir, asimismo, para renovar el Código civil español y convertirlo

en un factor si no aglutinante, sí determinante de una forma de coordinar y cohesionar elementos diversos y acreditados a fin de alcanzar la consecución de una obra nueva que hace mérito de su propio pasado, se instala bien cimentada en el presente y facilita el ingreso y tránsito en el futuro sin sobresaltos innecesarios e inútiles.

Desde el centro de la España constitucional y en el corazón de Castilla estas vitales "particularidades" de la conformación de las dos citadas Comunidades y también de otras, se ven y explican como insoportables privilegios y, a veces, como deseos de disgregación y disolución en el vacío de logros alcanzados en común e incluso como parte de un estudiado y premeditado proceso de balcanización de España. Entiendo que no es así. Esos alegatos poco razonados y nada razonables tienen mucho que ver con el trasnochado ensueño de ejercicio de una autoridad y superioridad, inexistentes y no reconocidas y con el irracional deseo de ver impuesta una uniformidad vertical que ya no es de este tiempo, sino de otro, aunque reciente, periclitado, que en rigor y razón no debió haberlo sido antes. A estos efectos es indiferente que el autoritarismo que rechazo provenga de los programas de la derecha o de la izquierda, en este y otros puntos nadie tiene el monopolio de la razón y menos de la rectitud del deber ser. Esta

negativa posición tiene que ver con el "qué inventen ellos" y la falsa ilusión de vivir de viejas rentas. Cuando la verdad de la historia presente (probablemente también de la pasada) es que ya no hay viejas rentas y que el poco capital acumulado que nos resta sería conveniente revisarlo, evaluarlo, cribarlo y en muchos de sus elementos sustituidos por otros nuevos y de diferente factura, para que lo que se decida conservar debidamente transformado y recompuesto forme parte del capital nuevo libre de cargas capaz de rendir los frutos tan esperados como debidos.

El profesor Delgado Echeverría ha venido siendo el coordinador natural de dos grupos de estudiosos, uno de investigadores que indagan y tratan de construir unas nuevas dogmática y didáctica del derecho civil aragonés a partir de las ideas del maestro Lacruz, amén de otras nuevas y otro, oficial, de legisladores técnicos que con la elaboración de nuevos proyectos que con raigambre del pasado y visión amplia de futuro (convertido en leyes) han rejuvenecido el derecho civil aragonés. Jesús Delgado es, sin la menor duda, el más destacado cultivador de este Derecho y el responsable de que se nos presente hoy como un derecho civil moderno, adecuado a la sociedad aragonesa actual y, en su consecuencia, como uno de los posibles modelos a seguir para proceder a la inmensa, intensa y

dura labor, que inspirada en la previsión constitucional para los derechos civiles forales y especiales, nos conduzca tras los trabajos y disgustos a la conservación, modernización y desarrollo del derecho civil de España que, con toda evidencia, está necesitado de una vigorosa revisión constructiva.

Tras leer con diligencia la ponencia del Profesor Delgado y estudiar con la atención y el detenimiento que merece la suscribo en su totalidad, sin ninguna reserva. Así que mi intervención, no se funda en una contraponencia ni formal ni material; a lo más, me propongo dejar una puntualización y alguna matización de orden menor, para pasar a formular unas concisas propuestas referentes al campo de actuación en la reforma de la dogmática civil y la revisión del Código.

La puntualización hace referencia a D. José Castán Tobeñas y su obra. Castán era también aragonés y licenciado en Derecho por la Universidad de Zaragoza, y designado Magistrado de la Sala 1^a del Tribunal Supremo por el gobierno de la II^a República, ya en esa etapa de su vida ya había visto la luz su *Derecho civil español, común y foral*, pensado y preparado como contestaciones al temario de civil en el programa de oposiciones a notarías, poco después su utilización se extendió de forma preferente por los opositores a

registros, también y con la misma predilección por los aspirantes a ser jueces y fiscales, así como por los candidatos a otros muchos cuerpos de funcionarios.

Hasta la postguerra, "el Castán", no se convirtió en manual universitario y esto se debió probablemente a que los estudiantes desmovilizados que cursaban los planes acelerados dictados al efecto, pensaban ya en reacomodar lo estudiado para emplearlo inmediatamente después en las oposiciones "patrióticas" en las que se proponían participar. Este efecto se producía a pesar de que era público y notorio que el autor del texto se encontraba incurso en un procedimiento de depuración, que fue archivado. También ayudó considerablemente para que su presencia dejase huella en la dogmática de después de la guerra civil el hecho de que la docencia universitaria estuviese igualmente en manos de jóvenes desmovilizados sin adscripción a escuelas establecidas.

No ofrece duda que este texto marcó el contenido del Derecho civil tanto para los profesionales del derecho como para los profesores del mismo; ahormó su pensamiento y se les grabó a cincel en sus mentes durante algo más de cincuenta años, piénsese que el texto estaba construido de forma buscadamente

repetitiva con la finalidad de ser memorizado, no analizado y menos discutido.

A su lado las restantes influencias resultaron periféricas y tangentes, incluida la de Don Federico De Castro, al menos fuera de la Universidad Central. En ésta, su *Compendio* era estudiado como si de un obligado catecismo se tratara, en este caso el memorismo se empleaba como recurso frente a la dificultad de entendimiento y dureza del texto.

El pensamiento De Castro llega con posterioridad a las mentes de los juristas españoles y lo hará por la vía de las citas de Castán al "Derecho civil de España"¹, en las ediciones posteriores a 1950 del Tomo I Volumen I (Introducción y Parte general) del "Castán", y por tanto la referencia se presenta descontextualizada, lo cual atenúa considerablemente su fuerza. La atenuación del mensaje de D. Federico De Castro también se produce como consecuencia del carácter personal de D. José Castán, hombre poco dado a ningún género de planteamiento radical, incluido el de la dogmática del Derecho civil y

¹ Las referencias al Derecho civil de España son numerosas y presentadas como otro tipo de discurso, no se rebaten, pero tampoco y por lo general se hacen propias. El pensamiento jurídico de Castán será siempre poco beligerante, amable y liberal en la medida en que permite serlo las enseñanzas y la moral católicas.

por la naturaleza del texto, ya que no estaba destinado ni en su confección ni presentación a formar una opinión jurídica², sino autolimitado a dar una suma de textos normativos y de referencias interpretativas de los mismos desde una perspectiva exquisitamente neutral: la finalidad del aprendizaje era aprobar unas oposiciones y no discutir sobre temas jurídicos con los tribunales de selección.

El pensamiento jurídico español en el momento de los años cuarenta y cincuenta del siglo pasado es ligero y marcadamente paternalista, repetitivo y aficionado a las síntesis clasificatorias, duro en las consecuencias políticas pero revestido de una expresión amable, casi sin impronta personal debido a la general aplicación del eclecticismo que profesará Castán y que se impone por su sentido atinado y pertinente, las más de las veces.

Este pensamiento laxo, que se extenderá a otras disciplinas como el Derecho administrativo³ y su legislación⁴, propició el que los

² Choca vivamente al lector entendido en la materia la desproporción de las citas incorporadas al texto respecto de la bibliografía que se ofrece para quien esté interesado en ampliar la materia. Todavía produce más efecto cuando se verifican las referencias y se observa que D. José Castán había bebido y manejado en directo aquel gran volumen de referencias.

³ Así en la obra más extendida en la época, la del profesor García Oviedo.

profesionales del derecho permaneciesen alejados de las cortantes aristas del agudo pensamiento De Castro que de faltar "el Castán" se hubieran impuesto, al menos, en el periodo álgido del remedo de fascismo que se generalizó en las primeras etapas del Régimen anterior al actual constitucional.

La larga duración de esta influencia se refuerza por la proclividad de los profesionales del derecho de aquella época a distinguir y separar el tiempo de formación respecto del de ejercicio de la profesión. Si para el primero "el Castán" fue la única fuente con la que se amueblaron los cerebros, en la segunda el monopolio recayó en la Colección de Jurisprudencia de Aranzadi. La Jurisprudencia, con contadas excepciones, reflejaba la posición doctrinal de Castán fijada en el texto de general uso y gran predicamento, confirmada con pequeñas variantes en sus Discursos doctrinales con los que abría el "año judicial" en su condición de Presidente del Tribunal Supremo.

Esta influencia directa que se mantuvo hasta los primeros años sesenta del siglo

⁴ Especialmente en las leyes de Procedimiento administrativo, de Régimen jurídico de la Administración del Estado y de lo Contencioso-Administrativo que favorecieron y racionalizaron la gestión administrativa y las relaciones con los entonces llamados "administrados".

pasado no puede calificarse de negativa, a lo más su defecto residió en la ausencia de contraste que empobreció el pensamiento jurídico⁵.

Por lo que se refiere a las "matizaciones" entiendo que en la fundamentación del cambio que el Profesor Delgado Echeverría presenta a nuestra consideración se hace una mención, ligera para mi gusto, a la necesidad de constitucionalización del Derecho civil y de su dogmática, sin duda porque para Delgado ésta es una cuestión que no requiere especial insistencia por su obviedad.

Aquí me permito matizar porque, aunque casi para la totalidad de los componentes del mundo del Derecho y su pensamiento entienden que la raíz liberal del Código resulta más que notoria, hay que tener presente que si bien el Código fue hijo del pensamiento liberal, nació al final de su fase revisionista, cuando ya estaba en crisis su radicalismo tanto formal como de fondo. Buena prueba de ello es que el Código no requirió de ninguna reforma de fuste para servir a unos regímenes tan poco liberales como los de la Segunda República, tanto en los de mayoría socialista, cuanto en los populistas, o tan alejados de su fundamen-

⁵ Tiendo a pensar al respecto que el país en aquel preciso momento no daba para más.

to liberal como lo fueron todos los gobiernos de las sucesivas variantes ideológicas del franquismo.

Me parece evidente que el pensamiento liberal del Código civil quedó limitado a situar al concepto ilustrado de propiedad en el centro del sistema y a facilitar un tanto, no mucho, el tráfico de bienes y servicios convenientemente unificado y liberado de ciertas engorrosas trabas, que se calificaron de feudales no siéndolo, para así hacerlas más odiosas y modificarlas o suprimirlas sin necesidad de aportar explicaciones específicas de fondo que no se tenían. Se trataba de un interés privativo de una pequeña parte de la burguesía, lo innecesario de la medida se demuestra con la viveza del tráfico inglés de bienes inmuebles mantuvo todo el siglo diecinueve sin incorporar las medidas demagógicas de la abolición de figuras de derechos reales, que aún hoy subsisten. Las razones de la supresión de censos y otras figuras de explotación no se han verificado nunca y las explicaciones económicas son un verdadero dislate. Se buscaba que el Estado desplazase para su financiación a las rentas de los titulares del dominio directo; así nacieron los impuestos denominados "de utilidades" que aunque con otra denominación (IBI) perviven.

Como puede verse, también las manías legislativas de la época se inspiraban en la importación.

La calificación ideológica más adecuada para el Código civil sería la de liberal paternalista, en el sentido más literal del término y por estos derroteros discurrieron las reformas emprendidas con desigual acierto técnico y, por lo general flojas, y faltas rigor interno, hasta la impecable de 13 mayo 1981. Las posteriores responden a planteamientos distintos, más o menos convenientes y necesarios como discutibles, que conviven muy forzosamente con la línea argumental de la mayoría de sus normas.

II. ¿Qué deberíamos hacer y por qué?

Confieso que me sentí bastante atenazado por el texto de la ponencia y limitado a la hora de abrirme camino entre sus interrogaciones y, sobre todo, con la envergadura de los silencios de fondo. Creo que fueron estos los que me condujeron a efectuar una relectura al cruzado de *El futuro de la democracia* de Norberto Bobbio; paseé en paralelo los ojos sobre el texto y la mente sobre la indagación de Delgado sobre los quehaceres a los que debería enfrentarse "la comunidad científica" y fue entonces cuando los automatismos de la memoria me llevaron al Capítulo VI "Contra-

to y contractualismo en el debate actual" y a su primer apartado "Una vez más sobre el mercado político", que me han servido para centrar mis ideas e hilvanar algunas de ellas para que, junto y en contraste con las del profesor Delgado, pudiera construir un reverso utilitarista de un pensamiento, ya que no una contraponencia en sentido literal, que con matices se mostrará unidireccional sobre los nuevos retos y quehaceres de la dogmática civilística que nosotros tratamos de concretar, en un contexto de revisión integral del Derecho privado, en torno a un programa de refacción del Código civil español distinto del actualmente vigente con muchos peros, posiblemente demasiados.

Bobbio (sirviéndose del apoyo en el pensamiento de Maine y en su *The Ancient Law*, así como en las observaciones de Pollock, Spencer y Schumpeter sobre éste) nos recuerda que el paso evolucionista de la sociedad suele transitar de una sociedad de *status* a una sociedad de *contractus*, así como que esa incitante idea de evolución queda siempre referida en exclusiva "a la esfera del derecho privado"⁶. Verifico ya sin el menor asombro que el autor arranca su discurso a partir del concepto de

⁶ Bobbio N.: *El futuro de la democracia*, traducción española de José Fernández-Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, 1986. Edición 2007, pág. 143 y ss.

compraventa, conforme al art. 1420 CC italiano de 1942, pues a partir de éste entiende que la evolución social (jurídica y económica) en una sociedad pluralista y poliárquica propia de nuestro tiempo y de nuestras características se logra sobre la base de convenios, transacciones y negociaciones, compromisos, convenciones y acuerdos que desembo-can y favorecen el desarrollo de nuevos pactos reales de contenido social entre las fuerzas sociales, culturales, económicas y, sobre todo, políticas sobre las que se conforman y evolucionan todas las sociedades.

Ahora, al servirme del argumento de Bobbio, entiendo que la primera función de la comunidad científica no es la de convencer a la sociedad a fuerza de tener razón y hacerla asequible a los demás a golpe de raciocinio, sino que lo más discreto y eficaz, quiero entender, será pactar con otros grupos y estructuras, con todos aquellos que se sientan miembros de la *comunidad* y aceptan las reglas de trabajo en equipos plurales, así como con los que asuman los puntos de estrategia sobre el acuerdo y coincidan en la conveniencia de centrarse en una técnica de formular programas cortos siempre susceptibles de ampliación y de interrelación de unos con otros. Lo que, visto desde una perspectiva inversa y para el momento inicial, aconseja prescindir de la colaboración de aquellos

grupos de trabajo que, aún trabajando en iguales o parecidas materias y finalidades, tienen una distinta estrategia.

Para nuestro particular caso, uno de los retos consiste en enfrentarse a la tarea de proponer a la sociedad y a partir de los trabajos de la comunidad científica, las bases, lo más articuladas que sea posible, para dotarnos de un nuevo Código civil que sirva de armazón de base a las relaciones jurídico privadas conformes con las necesidades e incluso aspiraciones propias de la sociedad española del siglo XXI, en el marco competencial contenido en el art. 149.1.8º CE.

Un precepto que ha sido analizado casi exclusivamente bien desde las necesidades e intereses de la renovación de los Derechos civiles forales y especiales (que, en líneas generales, han alcanzado un alto grado de actualización y reconstrucción técnica y además con la fortuna propia de las obras bien hechas), bien desde la perspectiva nacional del actual Título preliminar del Código civil vigente; es decir, con aspiraciones de limitar a aquellos derechos, tratados como excepción a la regla o como privilegio, y no como desarrollo integral del precepto constitucional. La literatura jurídica con visión global ha sido muy escasa, tanto que merece la pena dar

testimonio de la posición constructiva de Bercovitz⁷, o restrictiva como la de Lasarte⁸. Con ello quiero manifestar que, a mi modo de ver la cuestión, el enfrentamiento con nuestros internos problemas será con una revisión a fondo de cuanto hemos heredado y tenemos, de forma especial y con la mirada puesta en el examen de nuestros propios cambios sociales que discurren y acontecen por los cauces que las poderosísimas inteligencias a las que me he referido por medio de Bobbio describieron cómo los cambios afectan en primer lugar y se resuelven con los términos que son propios de las instituciones del derecho privado y sólo de forma refleja y derivativa por los del público. Eran muy conscientes de que los cambios resultan mucho más duraderos y permanentes si afectan y se aceptan por la ciudadanía en su vida cotidiana y personal.

En mi papel de simple impulsor de algunas ideas, por el momento nada más, creo que nuestra función en el cambio social puede y debe centrarse en afirmar que el Código civil español requiere de una propuesta refacción en la que se ofrezca una renovación de los modelos tópicos de la lógica jurídica que sirva

⁷ Bercovitz, R.: "La actualización del Derecho civil" en el Primer Congreso de Derecho civil vasco. 1983.

⁸ Lasarte, C. *Autonomías y Derecho privado en la Constitución española*. Madrid 1980.

para una relectura de las instituciones tradicionales antiguas y modernas y para vislumbrar las necesidades viejas y nuevas que demanda o puede demandar la sociedad.

Aunque el medio por el que discurre la vida cotidiana se haya transformado más profundamente de lo que lo pudiera hacer una revolución política con proyección socioeconómica, nuestros intereses más vivos siguen inconmovibles y anclados a la configuración del individuo como persona, sus íntimos y casi intransferibles problemas y los de su familia (entendida ésta conforme a cada realidad y no excluyentemente como el resultado estandarizado de una idealización de la moral y/o política dominantes), así como a sus relaciones con los demás individuos con parecidos y muy próximos problemas, aunque se vean distintos y con frecuencia contrapuestos, por lo que resulta posible tipificarlos y rentable proceder a su reinstitucionalización jurídica.

En nuestra sociedad, como ocurre con las que nos son próximas y afines en casi todo, se ha producido una reacción imparable y enfrentada a los anteriores modelos de conducta social; en especial, esta reacción afecta a las proposiciones de modelos organizativos de familia cuando estos son concebidos para fines unívocos distintos de la propia concep-

ción de la relación convivencial; a veces el rechazo sugiere la presencia de una especie de vocación anarquista destructiva del presente y del pasado sin busca de modelo de repuesto. La realidad que se percibe en este momento requiere del apoyo del Sistema (a la manera alemana moderna) como siempre, pero sin intervenciones que pongan en peligro el pluralismo o la poliarquía, vistas éstas en perspectiva omnicomprendensiva y sin exclusión alguna de las estructuras sociales, políticas, religiosas, culturales y económicas; no se debe permitir la sustitución de unas para la instalación de otras.

Del mismo o parecido modo asistimos a un cambio en calidad de coautores, aunque tendamos a observarnos a nosotros mismos como críticos, que da lugar a un proceso de reducción notoria del pensamiento moral, incluso en la versión propuesta por algunas vanguardias sociales en favor de una reconstrucción de una ética civil. A mi modo de ver y entender el fenómeno, asistimos a la apertura de un nuevo escepticismo constructivo, parecido al que se produjo en toda Europa como reacción a las guerras de religión del siglo dieciséis y primeros años del diecisiete, que nos ofrece bastantes objetivos distintos y muy enriquecedores en los que todas las tesis pueden ser examinadas, discutidas, estudiadas y remodeladas, entendidas como vías

sintéticas que siempre pueden desandarse, abandonarse y revisarse, porque casi todos los intervinientes no tienen definido un modelo sino la idea de dar paso a la convivencia de distintos modelos dentro de una sociedad y el problema deberá circunscribirse a la propuesta de mínimos de conducta que no se pueden traspasar.

Este cambio social conduce no sólo a un proceso de particularización de la ciencia jurídica (como apunta certeramente Zimmermann⁹), como ocurre por fortuna en todos los conocimientos, artes y tendencias basadas en ideas, sino que también este proceso se manifiesta imparable y llamado a propiciar durante bastante tiempo nuevos y adicionales cambios sociales y científicos que desde el final de las turbulencias bélicas de la primera mitad del siglo XX sacude al mundo sin excepciones, si bien a diferentes velocidades para las distintas sociedades. Para esta crisis, que entiendo de crecimiento y madurez, demanda el mismo Zimmermann el aporte de acicates intelectuales revitalizadores.

⁹ Zimmermann R.: "Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo. IV La idea codificadora hoy", en *Estudios de Derecho privado europeo* Traducción española de Baquer Aloy. pág. 117. Civitas. Madrid 2000.

Añado por mi cuenta, el de unos acicates que inviten a la reflexión y nos frenen en la tentación de destrucción por teórica superación de la herencia cultural jurídica, pues es evidente que hay muchísimas piezas válidas en la tradición y muchos contenidos institucionales que deben ser respetados y, a lo más, actualizados a las actuales circunstancias socioeconómicas y enriquecidos conforme las nuevas sensibilidades sociales.

a) Constitucionalización del derecho privado.

Tengo para mi que la primera labor a emprender es la de analizar una a una todas las instituciones de derecho privado, las que conforman el Código civil, las del de comercio y las que, por los criterios más variados, se regían mediante un importante número de leyes especiales civiles y mercantiles o aquellas normas de derecho privado que "pululan por libre" en leyes que en lo fundamental tienen carácter administrativo¹⁰, para verifi-

¹⁰ Es más que evidente que en nuestro ordenamiento, como en de la mayor parte de los países latinos, es frecuente la introducción en leyes destinadas a otras materias de normas y sobre todo simples cambios de redacción, derogaciones y matizaciones de preceptos de otras leyes que, frecuentemente, no guardan entre sí ninguna relación directa con falta absoluta de criterios legislativos uniformes y mínimamente normalizados.

car su pertinencia constitucional; es decir, no sólo su plena y acreditada constitucionalidad que, en principio, se presume sobre todo después de más de treinta años de vigencia de la Constitución, sino más bien para verificar su lectura y concordancia constitucionales¹¹.

Siempre ha sido así, pero desde el advenimiento de la democracia y la casi sacralización de los Poderes del Estado la producción constante de normas sin verificación de su congruencia es la primera característica del ejercicio de sus funciones constitucionales; la segunda el legislar en bastantes materias siguiendo la apreciación de los medios de comunicación produciéndose el fenómeno que denuncia Carrasco Perera cuando afirma: "En muchos casos se reclaman leyes cuya necesidad no está justificada sino en la ignorancia, por parte de quienes las reclaman, de las posibilidades de las leyes vigentes" (*El derecho civil: señas, imágenes y paradojas*, Tecnos. Madrid 1988); y la tercera, considerar a la producción de leyes nuevas como un signo de la productividad de los parlamentarios con lo que las ocurrencias jurídicas tienen muchas veces vía libre para convertirse en normas inoportunas, con considerable perjuicio de la seguridad jurídica, principio fundamental de la Constitución que, con excesiva frecuencia, olvidan los miembros físicos conformadores de los tres Poderes del Estado.

¹¹ Esta cuestión funcional y práctica tiene mucho que ver con la para mi excesiva complejidad de nuestra Constitución de 1978. Nuestros constituyentes, en un esfuerzo titánico de concordia y convergencia entre las distintas tendencias políticas representadas en las Cámaras, junto a comprensibles deseos de pasar como iguales ante nuestros vecinos demócratas con varios siglos de experiencia, construyeron un texto constitucional muy abierto y amplísimo por lo que, al abarcar casi todo lo juridificable, acaba por oscurecer aquellos principios que deben brillar no sólo en la Constitución, sino también en

La constitucionalización del derecho privado se ha efectuado con irregular acción que va desde la exquisita precisión técnica (en algunos casos, con exceso de detalle mostrando un alma reglamentista tan practicada por el régimen político preconstitucional) hasta la justificación de normas radicales y un tanto demagógicas en nombre de los principios. Se puede afirmar que tras estas reformas, todas ellas en materias de derecho de familia y de las personas, en nuestro ordenamiento no quedan reductos institucionales que se puedan calificar de inconstitucionales, pero sí de bastantes que pueden dar lugar a lecturas y aplicaciones de ciertas normas que, a mi personal juicio, no son plenamente coincidentes con el espíritu inspirador de la Constitución en cuanto a principios y valores éticos.

Si bien es cierto que en el ordenamiento no quedan elementos inconstitucionales¹², también lo es que las líneas argumentales del derecho privado y sus principales paradigmas proceden, con toda lógica, de inspiraciones legislativas muy distantes respecto del pensamiento constitucional, incluso ocurre así con

las normas que bajo su ámbito se construyen y aplican, afirmando en el conjunto global del ordenamiento los principios constitucionales vivos en versión dinámica y no en el puro respeto formal a los mismos.

¹² Al menos de bulto y en instituciones de aplicación cotidiana.

los aportes más liberales del Código civil (sucede otro tanto con el Código de comercio¹³), por ejemplo, con el paradigma de "el buen padre de familia", un valor de peso en el excelente quehacer jurídico romano, que ha sufrido tantas lecturas cercanas a vulgaridades inanes que se ha vaciado de contenido y suplido por toda suerte de interpretaciones cercanas al concepto de equidad, que conducen más hacia una ampliación inusitada del arbitrio judicial que a la practicidad de conductas inspiradas en las tres referencias básicas de la vivencia del derecho predicadas para los patriarcas romanos: honestidad, dignidad y prudencia. Este valor arquetípico, en la etapa liberal, pretendía introducir grados diferenciales entre las personas dejando relegada la igualdad a un bien proyectado hacia el futuro, al que deberían conducir paulatinamente las instituciones jurídicas, pero no necesariamente la realidad social resultante.

La constitucionalización presupone, por supuesto, la incorporación de los principios, valores y normas de la Declaración Universal de Derechos humanos de 10 diciembre 1948 y

¹³ De este texto se puede decir que es inobservado en su práctica generalidad incluso en el principio mismo de su planteamiento técnico: "el acto de comercio" olvidado hasta en los manuales desde los años cincuenta del siglo pasado, salvo para efectuar una severa crítica de tal concepto pretendidamente objetivo.

los pactos y convenciones derivados de ésta y suscritos por España, así como el Convenio europeo del Consejo de Europa de 1950 para la protección de los Derechos humanos y libertades fundamentales, así como de la jurisprudencia del Tribunal Europeo que aplica este convenio, junto con la legislación de la Unión Europea y, en especial, la incorporada en el Tratado constitucional europeo contenido en el Tratado de Lisboa.

Todo este bagaje un tanto repetitivo, aunque no por ello suficientemente racionalizadas, nos impone, contra la natural inercia social e incluso jurisprudencial, una revisión de la fundamentación y de la proyección teleológica de principios tradicionales esenciales tales como el predominio de un hipotético -y no constatado para el caso- interés general y nos fuerza a anteponer sobre los derechos subjetivos e intereses individuales conceptos no actualizados en su propio contexto de *orden público, moral, buenas costumbres, equidad* y algunos otros. Pues, si bien hay que admitir que sus proyecciones sobre las conductas generales e individuales se suelen mantener invariables en lo fundamental, sus viejos contextos y significados influyen de modo poco conveniente en las finalidades presuntas de determinadas normas y en las motivaciones, interpretación y aplicación de las normas que preconizan una

atemperación de la libertad de los actos y negocios jurídicos en base a tales paradigmas.

A este concreto fin será preciso revisar con sumo cuidado esa turba multa de preceptos configurados sobre la base de conceptos jurídicos indeterminados de los que los juristas, administraciones públicas y tribunales hacemos un uso corriente, generalizado y, de ordinario, con finalidades no explicitadas en los racionamientos de aplicación, pero no por ello menos evidentes para los observadores conocedores de la cuestión sometida a debate, casi siempre la de atorgar a la opinión, acto administrativo o sentencia de quien recurre a tales conceptos un valor objetivo del que, a veces, carecen y para hacer del sentir personal del aplicador regla de conducta y de valoración de hechos y normas¹⁴.

¹⁴ Lo más difícil de este punto, con serlo mucho, no es superar las subjetividades que proporcionan la clase de formación recibida, la cultura y clase social a las que se pertenece y la religión en que se le instruyó (mucho más si la profesa), cuestiones estas que inevitablemente afloran en la forma de razonar y justificar los juicios, sino vencer la tendencia de cualquiera de las profesiones jurídicas de sentirnos superiores, llamados a conducir a los particulares que precisan de nuestros servicios por los caminos que a nosotros nos parezcan mejores. Aquí la visión tradicional de la diferencia existente entre la noción de libertad y la de libertinaje juega muy malas pasadas y no es nada infrecuente que aquello que no puede pasar de personal opinión se vea convertido en regla imperativa.

La revisión general y de fondo de las instituciones que aquí propugno como tarea previa de identificación de problemas y de zonas oscuras, debería abordar también una cuestión que suele abandonarse a su suerte, cual es la de la repercusión en el cuerpo sistemático del ordenamiento de las reformas, incluso de las más lógicas y más o menos imprescindibles, así como la de las interpretaciones judiciales de éstas, pues no es infrecuente que den lugar a la coexistencia, aún dentro de una misma institución, de criterios radicalmente distintos y enfrentados¹⁵.

¹⁵ Así, por ejemplo, en la reforma del régimen de insolvencias efectuada por la Ley orgánica 8/2003, para la reforma concursal, por la que se modifica la Ley orgánica 6/1985, de 1 julio, del Poder Judicial, se unifican tratamientos de insolvencia propios de los particulares, comerciantes y empresas, lo que constituye una mejora del tratamiento normativo, pero como la ley se elabora por mercantilistas y se tramita el proceso legislativo con alguna falta de reflexión (como viene siendo habitual), al prever el concurso de la herencia se recurre al modelo del Código civil con absoluto olvido (¿desprecio todavía?) de todos y cada uno de los Derechos civiles forales o especiales. De forma más preocupante, los nuevos juzgados creados *ad hoc* se denominan abusivamente mercantiles, obrando los legisladores técnicos *pro domo sua*. Ésta es una evidente prueba de la subjetividad de las reformas normativas, pues se dan parecidas conductas en las reformas civiles, mercantiles y procesales.

El mismo efecto se produce, por lo que a nuestro tema respecta, cuando en la jurisprudencia de la Sala 1ª TS se

A los importantes efectos de evitar en la medida de lo posible, con especial diligencia profesional, subjetividades excesivas y molestas e inoportunas contradicciones, resulta aconsejable que en la revisión del derecho privado y del procesal privado (aunque este sea tópicamente de derecho público) los equipos estén conformados por especialistas de los campos afectados y que su quehacer discorra de forma coordinada y coincidente, tanto para generar un derecho privado patrimonial común, como para acuñar y mantener idénticos principios e iguales ventajas y desventajas en todo el ámbito de los derechos de los

efectúa una reinterpretación contraria a la norma del 1.137 y una correlativa ampliación extralimitada del 1.138 ambos del CC. Es casi seguro que este criterio de interpretación estará justificado y constituye una reacción lógico-sistemática contra la excesiva generalización del *favor debitoris* y que se obra así en pro del general interés por el crédito y no en favor de unos concretos acreedores, pero se olvidan los magistrados del más Alto Tribunal que ese mismo efecto práctico debió de acompañarse de una reinterpretación del art. 1.175 CC, pues éste y otros textos normativos no sólo son paralelos, sino que se fundan en una misma razón, tal vez sólo entendible desde las previsiones propias del Derecho romano.

Los simples ciudadanos particulares tienen los mismos o parecidos intereses que los comerciantes, banqueros o vulgares prestamistas y todos ellos merecen idéntico trato y protección de las leyes. Esto vale además para los profesionales del Derecho, sean estos mercantilistas, procesalistas o civilistas.

particulares. No ha lugar para un derecho protegido y protector de los ricos o de los que aspiran a serlo y otro para los pobres y desfavorecidos o para los que no pueden dejar de serlo. Así las penalizaciones, presunciones, riesgos y responsabilidades deben ser idénticas e indiferenciadas. Además, el Derecho procesal privado y todas y cada una de las leyes especiales deben ser revisadas a fin de que los principios y los fundamentos generales se reflejen también en el derecho privado sustantivo general, aunque tengan o deban repetirse en las normas especiales. Lo general y básico no debe ceder ante lo especial o especializado¹⁶, y lo verdaderamente excepcional debe justificarse cumplidamente en cada caso, pues sin la debida justificación toda diferenciación respecto de lo general constituye un atentado contra la igualdad.

El radical y benéfico cambio en los cimientos mismos del ordenamiento jurídico español que ha supuesto el pensamiento, elaboración, discusión, aprobación y puesta en vigor de la Constitución debería ser suficiente para impulsar esa revisión renovadora del derecho privado en general y del civil, en particular,

¹⁶ En principio, los privilegios de cualquier clase incluida da discriminación positiva deben desaparecer después de treinta años de Constitución democrática e igualitaria de todos ante la ley.

pero con este importante impulso admitido y ejecutado podríamos abrir el camino a lo que los italianos han denominado *aggiornaménto* que vale para la función limitada, aunque interesante, de renovar los perfiles técnicos de una cosa, procedimiento útil o funciones reales de una institución¹⁷ (labor esta que por sí misma ya tendría un claro y más que apreciable interés: un buen ejemplo de este quehacer lo constituyen las excelentes leyes de reforma del Código civil de 1981 sobre fundamentales instituciones civiles matrimoniales y de filiación), pero este método técnico-científico de operar presupone, no siempre pero sí en la mayoría de los casos, la voluntad de diferir el tratamiento de las cuestiones de fondo de las instituciones que se deben reformar o simplemente revisar a fondo *ad calendas graecas* por cualquier causa.

Por supuesto que la revisión primera puede servir para una nueva y sin duda necesaria "puesta al día" del Código civil (o el de comercio) pero no es ese el propósito que

¹⁷ El concepto *aggiornaménto* sirvió en Italia para limpiar a su *Codice civile* de parafernalias fascistas abiertamente inconstitucionales, pero no pudo cumplir con la función de "desfascistizar" el Derecho privado italiano, que por su buena técnica, pero también por su fondo ideológico difuso de verticalidad política y autoridad ha tenido entre algunos de nuestros mejores especialistas tanto y tan constante predicamento.

anima al profesor Delgado y a mí mismo en estas ponencias.

Creo que la revisión debe abrirnos el camino hacia una reinvencción del conjunto del derecho privado¹⁸ hasta el punto de dar (tal vez, devolver) instrumentos a la sociedad civil para todos sus miembros -ciudadanos y personas jurídicas privadas- recobren sus iniciativas, su tráfico jurídico privado y ejerzan su función de configuradores de una sociedad con dos puntos de apoyo: el privado y el público, complementarios sin competencias, sin artificiosa jerarquía en las respectivas funciones y papeles a desempeñar dentro de una sociedad democrática¹⁹.

¹⁸ Este fue el alcance real de lo que se llamó "Recepción del Derecho romano", un instrumento material que se empleaba a diario por los profesionales del derecho italianos y otros europeos, pero que estaba fuera de la conformación de su pensamiento jurídico, porque les venía muy grande y que se volvió esencial tan pronto como el tráfico y las formas de vida se empezaron a parecer a las que habían sido corrientes en la Roma clásica.

¹⁹ Una sociedad de ciudadanos que conforman el pueblo: la única referencia válida que un sistema democrático pueden exhibir, quienes dan cuerpo a las instituciones y poderes que pueden recibir el calificativo de democráticos y sin sombras "fascistoides", esas que no se disipan por los nombres que reciben las organizaciones y partidos políticos que concurren a las elecciones. La democracia es la suma de valores y comportamientos y no los discursos y apelaciones de los políticos para imponer-

La revisión, reconstrucción o reinvencción (o como quiera llamarse, a mi me gusta la de "reinvencción") del conjunto integral del derecho privado es, a juicio de muchos que plenamente comparto, necesario e imprescindible. De un lado, porque la matriz ideológica de los Códigos civil y mercantil de la época liberal, pese al calificativo, no coincide con la concepción actual, es la de otra época y los marcos y estructuras jurídicas que presentan todavía hoy servían para cubrir los intereses y convicciones de los cabezas de familia (aristócratas, burgueses, profesionales y agricultores independientes que cupiesen dentro de los límites censitarios exigidos para votar la representación política), con exclusión de todos los demás: el pensamiento era liberal pero los intereses antidemocráticos y abiertamente clasistas.

Por estas razones creo con Zimmermann que el "ordenamiento jurídico (el privado singularmente) necesita más que nunca de un acicate intelectual"²⁰ aplicado no sólo a la recodificación del derecho privado, sino también a evaluación ideológica de todas sus instituciones conforme a los principios cons-

nos su presencia, sus colectivos e individuales caprichos y obsesiones, así como sus frecuentes mixtificaciones sustantivamente antidemocráticas y autoritarias.

²⁰ *Op. et loc. cit. ex ante.*

titucionales vigentes y los derechos humanos y libertades públicas de las convenciones europeas que hemos suscrito y estamos obligados a cumplir. De otro, porque en el planteamiento mismo de estas instituciones se da un grado de obsolescencia tal que las lastra en su aplicación y desvirtúa en sus funciones más elementales. Si se quiere una demostración gráfica de este mal, basta con pensar que la energía más moderna que el Código tiene presente es la generada por las máquinas de vapor, pero aunque la más importante justificación para acelerar la implantación del Código se encuentra en la construcción de los ferrocarriles y la generalización de las bases económicas que comportan, lo hace como un punto final y no desde la perspectiva de un arranque económico de futuro y de transformación social. Es conveniente recordar que la más común de las energías contempladas en sus textos positivos es la que procede de la tracción a sangre (lo será hasta los primeros años sesenta del siglo pasado), coincidente, por tanto, con las preocupaciones y soluciones de los juristas romanos sin necesidad de traslación analógica a otras y diferentes situaciones. De ahí la frecuencia de referencias económicas al importante tráfico jurídico de semovientes.

La obsolescencia del pensamiento económico de los dos Códigos de derecho privado

(el utilitarismo fisiocrático y del fin social: aristocratizar a una corta burguesía devenida en clase inmovilista), es en este momento tan abrumadora que no me parece conveniente ni posible describirlo de forma pormenorizada, entiendo preferible acudir a la expresión singular y poética de Carbonnier, cuando en su capital (y en lo literario delicioso) libro *Essais sur les Lois* cierra la brevísima introducción de su Segundo Título (*Tableaux impressionnistes*) de la primera parte (*Le printemps des Lois*) en el que describe la sensación anímica del cambio sirviéndose de una parábola en la que juega con las reformas y revisiones de las reformas de nueve instituciones del derecho de familia²¹ presentándolas como hermanas que bailan *la farandole*²² hasta la extenuación preguntándose de forma

²¹ Las instituciones que Carbonnier analiza, en el primer título de la primera parte *La marche des neuf soers*, son las siguientes: Tutela, Regímenes económicos matrimoniales, Incapacidad de los mayores, Patria potestad, Liquidaciones sucesorias (legítimas), Filiación, la edad de la Mayoría, Divorcio y Ausencia. Los cambios y las reformas se enredan unos con otras formando esa danza llena de contradanzas que no vuelven nunca al estado anterior y conforman nuevos escenarios sociales que dan nuevas lecturas a las instituciones.

²² *La farandole* es una danza tradicional de la Provenza de puro estilo mediterráneo, muy movida y grupal, bailada normalmente por mujeres que cogidas de la mano forman líneas que avanzan y retroceden, cadenas que serpentean y corros que se abren y cierran, con los que terminan.

sugere si en la danza de las reformas lo que interesa es el conjunto o si lo que importa es la individualidad de cada una de ellas. Para Carbonnier resulta evidente que lo relevante es el conjunto tomado por la sensación que produce en el observador funcional y teleológico, con visión impresionista superador de la dictadura del detalle y la cierra con la menos poética frase: *Seule la lumière a changé, le jour décline*,²³ poniendo de relieve que es la

²³ El texto de este breve preámbulo titulado *Tableaux impressionnistes*, que por su fuerza argumental y su belleza de expresión no me resisto a transcribir, es el siguiente: *Lorsque, les joueuses épuisées, la farandole brusquement s'arrête, se disloque, se disperse, chacune des neuf soeurs retombant dans sa solitude, on en vient à se demander si la chaîne disparue avait un sens. la farandole avait-elle une cervelle? Dans la loi de tête ou, plus loin, dans cette loi qui relança l'entrain défaillant?*

Les juristes éprouvent alors le besoin d'un peintre qui leur en dirait davantage, qui, embrassant toutes les lois d'un même coup, tenterait d'en exprimer l'âme. De l'exprimer par des impressions: car c'est de l'impressionnisme que nous devons espérer, plutôt que de la peinture figurative (si tant est que nous retenions cette opposition rudimentaire). Pour le figuratif, le descriptif, adressez-vous aux manuels de droit civil: ils vous apprendront de cette législation tout ce qui vous êtes censés ne pas ignorer. Mais, au-delà par l'esprit, laissons parler des tableaux impressionnistes-ici le contraste de deux tableaux. De l'un à l'autre, de 1979 à 1989, l'observer est resté le même, le sujet n'a pas bougé, seule la lumière a changé, le jour décline.

De esta importante obra hay traducción al español debida al profesor Díez-Picazo en Civitas, Madrid 1998.

sociedad en su conjunto la que ha cambiado respecto de aquella a la que se dio el *Code* de 1804, tiene otras perspectivas, otros medios, distintos valores y objetivos que se reflejan en las nuevas normas; si bien, los cambios están preñados de dudas, indecisiones y, sobre todo, de indeterminaciones. Se evidencia que la contemplación del individuo aislado genera indeterminaciones y profundas dudas cuando de lo que se trata en el fondo es de uniformar, pese a todo, el conjunto.

Es preciso tener consciencia de la declinación de la luz la que necesitamos para dar fuerza a la débil pero prometedora luz del alba, como en el inigualable inicio cervantino del Quijote, y poder exprimir a fondo la oportunidad de dotarnos de nuevos instrumentos e ideas despiertas para superar las incertidumbres y penetrar en nuevas certezas y perspectivas para el bien de muchos en vez del provecho de unos pocos, aunque es verdad que entonces se sentían la única representación de la nación.

b) La revisión del Título preliminar del Código civil.

Hay otras aconsejables revisiones en el cuerpo del Código civil, aunque bastante más sutiles. Las más importantes tienen que ver con la ampliación de las licencias de interpre-

tación judicial de las normas y alineamiento con una corriente de construcción jurídica que promovió con éxito uno de los últimos gobiernos del régimen predemocrático e hizo posible una reforma integral del Título preliminar del Código civil a partir de una Ley de Bases de 1973 y un decreto de desarrollo -ahora se denominaría legislativo- de 1974²⁴.

²⁴ Esta reforma es casi seguro que nada tiene que ver con una paralela experiencia puertorriqueña, pero sí y mucho con los similares resultados prácticos que de ella se derivan. En Puerto Rico, isla de las Grandes Antillas que perdimos en la guerra mal llamada colonial frente a los Estados Unidos en "el desastre de 1898", como bien sabemos sigue en vigor el Código civil español que lo estaba en aquella Comunidad autónoma de Ultramar desde su promulgación en 1889, sin que la ocupación americana variase esta posición inicial.

Sin embargo sería sumamente aventurado afirmar que allí sean hoy de aplicación directa las doctrinas científica y jurisprudencial generadas a partir de nuestro actual Código civil, pese a las escasísimas diferencias entre el nuestro y el actual Código civil de Puerto Rico.

Las variaciones de fondo y forma que se manifiestan, importantes, tienen relativamente que ver con los importantes cambios técnicos, económicos y sociales que se han propiciado y materializado en el transcurso de algo más de un siglo con diversa dirección política y la presencia de muy diferentes intereses, pero la transformación que mayor incidencia ha producido, procede sin la menor duda dentro del plan de reformas que el ocupante americano introdujo, como elemento de su política de desespañolización de la isla que fue muy radical en los primeros tiempos y se mantuvo hasta bien entrados los años veinte, al modificar de raíz el Título preliminar del

Las finalidades buscadas por la reforma del Título preliminar de 1973-1974 fueron, además de la de introducir una clara mejora técnica sobre el texto del Título preliminar original y precedente, casi innecesaria a efectos prácticos directos tras un siglo de vigencia, la de promover una nueva visión del texto del Código civil con los ojos y el pensamiento que se consideraba más científico a partir de las enseñanzas del "Castán" y la de atemperar, como ya he hecho notar, cualquier lectura judicial de las normas al modo "jacobino" que las más que previsibles y próximas reformas y cambios en el Régimen²⁵ traerían consigo y

que se llamará Código civil de Puerto Rico, junto con la de las normas de interpretación de las leyes civiles y de los negocios jurídicos entre vivos y *mortis causa* e introducir los ritos y valores que son propios del derecho procesal anglosajón con especial énfasis en el precedente judicial, que se impuso tanto en los procesos civiles como en los criminales, dando como resultado la aparición de un híbrido jurídico casi solo explicable desde la perspectiva americana.

Si se ha conservado una relativamente importante tradición jurídica hispana fuerte e innegable, como efectivamente ocurre, obedece y se debe más al amor por lo propio y el apego a la tradición que por la fuerza del derecho material que literalmente se estudia y conserva.

²⁵ Conociendo el pensamiento de los más fervientes inspiradores de la medida dentro del equipo del Ministro de Justicia Oriol Urquijo, no se puede decir con verosimilitud que esperasen un cambio radical de Régimen político, aunque sí que la monarquía que esperaban y auspiciaban iría modificando las bases y fundamentos del

que impondrían a jueces y tribunales una obediencia rigurosa a los textos de las nuevas leyes. No puedo saber qué pensaba la mayoría de la Comisión de Codificación sobre la potencial continuación monárquica del Régimen que decaía a ojos vistas o si preveían un cambio político radical del mismo más o menos ordenado o ni una postura ni la otra, pero sí es fácil deducir de esta reforma del Código que la Comisión esperaba que cualquier evolución del sistema de Estado no afectaría a la permanencia del Código. Esa era la experiencia nacional (Monarquía constitucional, Dictadura de Primo de Rivera, República y el Régimen de Franco) y así de coincidente se mostraban las experiencias francesa, portuguesa, alemana, belga u holandesa; incluso en el caso italiano, el *Codice* de 1942 se mantuvo con el advenimiento de la República. Los cambios de Código civil y de comercio no estaban ligados en los países de nuestro entorno y en el nuestro a las variaciones de las formas de gobierno y sus ideas, sería preciso que el cambio proviniera de una profunda mutación social que pusiese de manifiesto una evidente e insalvable desconexión

sistema político que fielmente servían. Es más, las esperaban y estaban dispuestos a propiciarlas dentro de ciertos límites, como afirman personas que bebieron en aquellos entornos. Les fallaron para lograr sus fines de evolución lenta los apoyos en los estamentos jurídicos con los que creían que contaban.

entre hechos y actos y su regulación codificada y, además, una ruptura entre las formas ordinarias de vida social y las hipótesis tomadas en consideración para la redacción de las normas.

El Título Preliminar del Código civil siempre tuvo una vocación de aplicación general y con su cambio copernicano de 1973-74 trató de profundizar su función de servir de guía ideológica y orientadora de la totalidad del Derecho privado y de consagrarse como derecho supletorio de todo el resto del ordenamiento jurídico. Así lo hace, de forma expresa, en la fijación del ámbito y formulación de las fuentes del derecho (en hipótesis para todo el ordenamiento en su conjunto, nada menos) y, de forma elusiva, pero no menos abierta, en la apertura inusitada de las vías de interpretación de la ley (entiendo que en vía judicial), en la invitación al uso ponderado de la equidad (pese a la redacción inversa del texto del art. 3.2 CC) y en la generalización de utilización de la analogía como criterio de unificación basado en la racionalidad, sin duda, teleológica; así como con el reforzamiento desaforado de la nulidad, que piensa en abstracto, del art. 6.3, sin necesidad de modificación de las reglas de nulidad de testamentos y contratos; mantiene idéntica orientación en la previsión del ejercicio de los propios derechos conforme a las exigencias de una buena

fe positiva del art. 7.1 que no concuerda exactamente con la idea de la Constitución de Cádiz plasmada en el deseo escrito de que "los españoles serán benéficos", de vieja raigambre romana (*bonum facere*), sino que procura de nuevo la interposición de un filtro moral general, partiendo de la contemplación de una realidad teleológica muy distante de *laissez faire* que se mantiene en el parte normativa material del Código y que constituye la base de su verdadera razón de ser, con la excepción hecha y consabida de una muy estrecha moral sexual, matrimonial y sucesoria.

Creo que es a esta línea moralizante, bastante estrecha y rígida, si bien algo ampliada, a la que apelan los requisitos de la buena fe y la interdicción del fraude de ley del art. 3,4 (aunque de esta visión se extraiga el más precioso fruto de la reforma: la teoría del abuso del Derecho), si bien e igualmente sin modificación de los parámetros de la buena fe, versión que tendrá una configuración negativa para los derechos reales y positiva para las obligaciones y la generación de títulos.

Por último, el art. 13 respecto de los derechos civiles forales y especiales se verá atemperado con la incorporación de su mejor sentido en el art. 149, 1, 8º de la CE de raigambre directamente republicana²⁶. El precepto constitucional, a mi juicio, propicia una

lectura más equilibrada bajo el argumento de que el peso del "derecho común" no puede servir para dificultar el desarrollo de los Derechos civiles territoriales, ni éstos deben construirse con una orientación a partir de la cual se pueda dificultar la aplicación del derecho común transformándolo de hecho en un derecho excepcional. De ahí que entienda que debería distinguirse el derecho patrimonial por ser de vieja raigambre común, casi indiscutida, de aquellas otras normas que tienen también su origen indudable en un delimitado derecho territorial e histórico los territorios de la antigua Corona de Castilla, aunque se traten en el Código como si fueran en origen normas de aplicación en todo el territorio nacional. O sea: no todo el derecho del Código civil es común a todo el territorio nacional y en él hay disposiciones que son particulares de un concreto territorio y también de base histórica²⁷.

²⁶ Véase al respecto en art. 15 de la Constitución de 1931. Este texto tiene la ventaja respecto del actual de examinar en un mismo párrafo las habilitaciones competenciales, lo que resulta mucho menos confuso que el texto actual, que parece estar redactado para favorecer la confusión y el uso de distintas varas de medir según las exigencias de cada momento político y sus respectivas composiciones de fuerzas.

²⁷ Creo que fue un error insistir en la fórmula gaditana de contar con un Código civil único para toda la Monarquía, sobre todo después de comprobar que las independencias americanas traían causa, entre otros des-

La distancia que media entre el pensamiento que desarrollan con pericia técnica, no exenta de ligeros toques de maquiavelismo político, la Ley de Bases 17 de marzo 1973, para la modificación del Título Preliminar y el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del Código civil y el espíritu que anima a la Constitución española de 1978, es sencillamente abrumadora; tanto que puede decirse que el primero nace del pensamiento "corporativista" (el denominado nacional sindicalismo) que animó al Estado español del general Franco, una construcción que aún en extraña mezcla el Derecho natural en su versión católica, de restos de pensamiento propio del fascismo templado en su versión más portuguesa que italiana -bastante distinto y alejado del nazismo-, autarquía y agrarismo económicos y grandes dosis de posibilismo regeneracionista opuesto y enfrentado a las ideas utilitaristas un tanto alicortas de la última ilustración española del siglo XIX, en tanto que el segun-

acuerdos notorios, de la inadecuación del Derecho privado a su comercio con los Estados Unidos y verificar el rechazo de los territorios con Derecho civil propio en materia de normas de familia, sucesiones y contratos agrícolas. Lo sensato hubiera sido elaborar un Código civil limitado a los contratos y la disciplina de las obligaciones, las cosas y su tráfico y los documentos públicos y privados y los registros.

do, el espíritu constitucional, trata de hacer propio y de corresponderse con las ideas de concordia de la Europa occidental de la post guerra, plasmadas con una cierta timidez en el Tratado de Roma y del Mercado común europeo y con la decidida voluntad mayoritaria de incorporación a la Unión Europea y el propósito de hacer nuestro el cuerpo de ideas jurídicas fundamentales del Consejo de Europa y su Convenio de Derechos humanos y libertades fundamentales ratificado por España el 26 de septiembre de 1979²⁸.

La revisión del Título preliminar debería propiciar, en primer lugar y de forma muy destacada, una línea de interpretación de la totalidad del derecho privado. Una interpretación conformada con los valores y principios

²⁸ Si algo resulta patente en la construcción y discusión de la Constitución es la voluntad de europeización de todos los partidos políticos participantes en las Cortes constituyentes y el deseo ferviente de ser incluidos en el elenco de los países que se obligan a respetar los derechos humanos y las libertades fundamentales; de ello dan prueba incontestable las rúbricas y los textos dispositivos del Título primero de la Constitución, pese a la restricción en cuanto el Recurso de Amparo que efectúa con alguna inconsecuencia el Cap. IV de este mismo Título y que tiene mucho de movimiento estratégico de la mayoría de la Cámara baja para no enajenarse desde el principio a los partidos de la izquierda que querían moverse dentro del medio constitucional pero sin entrar en conflicto con sus bases y con los grupos utópicos más radicales, en cuanto al pensamiento teórico se refiere.

morales que compartimos la mayor parte de las personas (aquellos que forman parte de la conciencia colectiva) y entendemos vertebran nuestra visión ética de la vida y la aplicación de los principios constitucionales coincidentemente con los anteriores, a partir de los cuales entendemos la nueva normalidad y la legitimidad de las conductas vitales y su manifestación jurídica; o sea, su exigibilidad.

Por la racionalización expuesta, en segundo lugar, se debería unificar, tan sólo en la medida de lo estrictamente deseable y en cuanto fuera favorable para un cabal desarrollo de la autonomía de la voluntad, en tanto que es ésta la más acabada manifestación de la libertad civil; también aquellos paradigmas que sirven para organizar el entendimiento común de las reglas y, sobre todo, de los límites basados en un interés general no inmutable (a la inversa de como pretenden situarlos, de ordinario, los más directos beneficiarios del poder), de una manera más flexible naturalmente dentro de los requisitos que son propios del orden y de la paz sociales tal y como se propician en la formulación del art. 10,1 CE, de forma y manera que tales paradigmas (buena fe, orden público, interés general, etc.) no se conviertan en conceptos jurídicos aptos para justificar una posición dada y también su contraria según los elemen-

tos dominantes en cada posición de fuerzas en cada relación jurídico controvertida o abiertamente contrapuesta, tomando su fuerza en la línea moral que se practica con general anuencia y no según el caso y composición de fuerzas o relevancia de uno de los justiciables o por la aplicación de un deber ser puramente utópico, puramente ideal y desgajado de las personas a las que se les aplique.

Estos paradigmas y principios, en tercer lugar, deberían construirse de forma y manera que favorezcan una interpretación de las normas y una resolución de conflictos ajustada a las previsiones de los números 1 y 3 del art. 9 CE que impida correlativamente la generalización de la libre interpretación de las normas por los operadores jurídicos, transformando nuestro Sistema regido por la primacía indiscutible del *principio de legalidad* en otro bien distinto en el que como línea rectora se sitúe el arbitrio judicial que, aliado con una interpretación de la igualdad que es extraña a nuestra cultura jurídica, nos conduzca a un sistema de precedente²⁹. Entre

²⁹ Debemos tener bien presente que en el Sistema de precedente judicial la selección de los jueces no se realiza por oposición sino por selección electiva entre juristas bien conocidos y con años de ejercicio de profesiones jurídicas libres y que los primeros destinos no tienen ninguna vocación de inamovilidad sino de remoción electiva.

nosotros esta libertad judicial, en mi opinión y en la de muchos profesionales a los que he consultado, nos conduciría a una nueva forma de arbitrariedad y a un desplazamiento imprevisible de los poderes constitucionales, amén de contrario al planteamiento constitucional del Poder judicial. Este planteamiento-efecto se está introduciendo en nuestra sociedad de forma sutil, pero con inusitada constancia y, a veces, con total descaro, favoreciendo una visión del derecho contraria a nuestras tradiciones y con subversión de nuestros principios y valores jurídicos.

Al respecto parece conveniente, y hasta necesario, tener en cuenta que nuestra separación de poderes es bastante más funcional que estructural, pese a la creación sin precedentes históricos del Consejo del Poder Judicial, un órgano importado de Italia, y de difícil encaje en nuestras mejores tradiciones, como pone de manifiesto los cambios de criterio en la elección de sus miembros y su más que magros resultados prácticos.

Es preciso tener en cuenta que nuestra jurisprudencia como conjunto sirve, a lo más, para fundamentar un recurso de casación, pero no para forzar una interpretación de autoridad de las normas más o menos controvertidas³⁰.

La cuestión de hecho incontestable es que el Título Preliminar sigue estando vigente sin que casi nadie se haga eco de la carga dogmática iusnaturalista de orientación confesional en versión española y preconstitucional que traía consigo. Tampoco se ha tenido en cuenta que la inspiración que lo propicia se basa en un modelo jurídico marcadamente distinto del que inspira la Constitución, aunque no se pueda decir que por ello sea inconstitucional; mas bien cabría afirmar que puede facilitar interpretaciones y lecturas judiciales de las normas que podrán ser de dudosa justificación constitucional o, más exactamente, discrepantes con ella en cuanto a su orientación.

La refacción de Título Preliminar será, estimo, una de esas cuestiones que presentará un perfil más resistente al cambio, aunque ya no haya entre nosotros una cuestión foral civil pendiente de debate, tras los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional. La cuestión que previsiblemente abrirá el teórico debate versará sobre si la Parte gene-

³⁰ De esto da testimonio constante la Sala I^a TS; es bastante frecuente que dicte sentencias contradictorias de otras precedentes, además y con relativa frecuencia y en temas candentes, en cuanto a la opinión jurídica "científica" se refiere, contradiga una posición jurisprudencial fijada por una sentencia de pleno de la Sala, a veces aunque más raro, dictadas por el mismo ponente.

ral debe ser o no normativa para el conjunto del ordenamiento jurídico español y acabará, como de ordinario, sobre la conveniencia de que el Código civil sea el lugar idóneo para tratar de la disciplina de las fuentes y de una teoría normalizada y positiva sobre las normas, otorgando al conjunto del Título preliminar resultante ese tratamiento cuasi constitucional que se ha venido reconociendo verbalmente y negado en la práctica o si, por el contrario, hay que reconocerle como un cauce limitado a servir de prólogo orientativo para la aplicación del derecho privado común.

Por cuanto a mi respecta, no dudo en manifestarme como decidido partidario de la refacción del Título preliminar dando en ella respuesta anticipada a las dos cuestiones previas:

Primera, entiendo que se deben tratar en un Título preliminar tan sólo las fuentes de derecho privado y hacer expresa mención de esta limitación, así como de su verdadero alcance. En mi opinión, aquí podría encontrarse el lugar apropiado para una normativización de los requisitos básicos que disciplinen la autonomía de la voluntad, en vez de hacerse separadamente en dos sedes la de los contratos y la de últimas voluntades; por supuesto, cuidándose mucho de no embarcarse en la procelosa aventura de tratar, ni aquí ni en

ningún otro lugar, del negocio jurídico, institución dogmática fértil para el derecho alemán, pero que resulta claramente extraña y disonante para los ordenamientos latinos.

Debería, además, abandonarse la pretensión de que se reconozca para los Principios generales del derecho deducibles del propio Código ese grandilocuente "carácter informador del ordenamiento jurídico", ese valor con aspiraciones monopolistas debe reservarse para el conjunto formado por los principios constitucionales, los derechos fundamentales universales y europeos y las libertades públicas. Por ello, a los principios generales del derecho, con vuelta a la originaria de argumentación judicial, se les debería acordar la función de última línea de fuente deductiva de una solución con valor de norma en defecto de ley o costumbre aplicable al caso, una posibilidad sumamente remota en tiempos de legiferación abusiva.

En el fondo no han sido otra cosa en ningún momento; en 1974 sólo una parte de los civilistas creía en el alcance general del Título Preliminar del Código civil, pues las compilaciones del Derecho civil foral o especial recaban para sí la regulación de las fuentes y su jerarquía y el derecho público tenía desde hacía mucho tiempo su propia doctrina de las fuentes.

Segunda, sería conveniente asimismo dejar claro el alcance institucional del derecho privado común, el valor ordinario de las normas que lo conformarían, para poder dejar de lado de una vez por todas las afirmaciones retóricas de la cuasi constitucionalidad, que sólo sirven para abrir discusiones artificiales, en las que el primer argumento procede de una visión política particular y las últimas seguirán enmarañadas en los entresijos de políticas nacionalistas.

Es evidente que por lo expuesto me declaro partidario, aunque nada beligerante, de la introducción en un futuro código dotado de un cuerpo central sólido común que sirva para la aplicación de los derechos civiles y del mercantil, que permita prescindir de las leyes especiales notarial e hipotecaria, incorporando al mismo sus reglas generales y las diversas instituciones; es decir, dejando para los Reglamentos el funcionamiento y procedimientos registrales y notariales, así como los temas de personal de los respectivos cuerpos principales de funcionarios y del personal de apoyo. Pienso lo mismo para casi todas leyes especiales tanto si lo son en razón de la materia como si responden a situaciones de oportunidad política o a otras y diversas retóricas. Creo firmemente en la oportunidad de un nuevo proceso de codificación que sirva para generar una dogmática moderna en torno

a un derecho privado patrimonial desde el que sea posible participar sin prisa y sin sobresaltos en la conformación de un derecho privado europeo que, en sus ámbitos estrictamente patrimoniales, se nos impondrá por el proceso de integración, aunque en plena crisis financiera se oigan voces que reclamen un aflojamiento de los lazos comunes y tal vez una vuelta a una unión con muy distintas velocidades de integración.

La cuestión del Título Preliminar, por desgracia, debe tratarse con antelación a cualquier otra cuestión porque suele considerarse preciso saber qué entendemos como instituciones comunes del ordenamiento privado y cuáles otras privativas de los derechos civiles especiales y forales. Una cuestión que debe resolverse en el plano técnico, con las menores injerencias políticas posibles. Aunque entiendo que hablar de *lege ferenda* es en sí misma una cuestión política. En la puesta de las bases de cualquier programa de construcción en esta línea será imprescindible el concurso de los especialistas sobre Teoría general del derecho y de todas las ramas del derecho que tengan proyección sobre el derecho privado; sus aportaciones resultarán capitales.

Una vez que sepamos qué hacer con el Título Preliminar y lo hayamos reducido -para

mi ensanchado- a su papel de inspirador general del derecho privado común, serán muchas las razones que apoyarán el efectuar no una simple actualización, sino una revisión profunda del cuerpo integral del Código civil; es decir, en su contenido institucional y sobre las orientaciones dogmáticas que lo informan: Esto lógicamente no está en absoluto reñido con el rescate, una vez puestas al día, de las instituciones y soluciones que conforman nuestro acervo jurídico propio, bien de la legislación general, bien integrantes de las legislaciones territoriales de derecho civil especial o foral, así como de los elementos procedentes de nuestras conexiones con nuestro pasado de derecho romano, del derecho común europeo o de las propuestas y soluciones del presente europeo de orientación común o particular de las distintas naciones.

De entre todas estas posibilidades enumeraré de forma lo más sucinta posible las que entiendo requieren una más inmediata acción de revisión o son socialmente más importantes.

En el seno de la verificación de la conexión constitucional de los textos fundamentales de derecho privado que tímidamente propongo debería tomarse en consideración, además de las relaciones entre el del derecho civil español y los derechos civiles especiales y forales,

aquellas otras materias que se presentan en la Constitución de 1978 con un perfil acusadamente novedoso junto al dato calificativo decisivo de perfilarse como principios-derechos. Me refiero a aquellos que se designan como "valores superiores del ordenamiento jurídico" en el art. 1.1 CE; en especial, resulta pertinente tratar de la libertad, en su concreta acepción de "libertad civil", aquella que debería impedir a los aparatos del Estado, en su totalidad y sin exclusión alguna, ejercer ningún tipo de dirigismo social sobre los individuos-ciudadanos, ni ningún tipo de proteccionismo, salvo en aquellos contados casos que requiera de una protección penal directa³¹; las garantías que preconiza el art. 9.3 CE, de las que desearíamos ver en los textos legales una lectura más directa, activa y autoexigente; en especial, respecto de la actividad del Poder judicial, el cual debería aspirar con hechos a ser modelo en la seguridad jurídica y despertar la confianza de los ciudadanos en él (confianza que en estos momentos y en las periódicas encuestas del CIS se encuentra bajo mínimos); los "fundamentos" del art. 10.1 a cuya luz se deberían redimensionar e integrar todos y cada uno de

³¹ Aunque las medidas de protección están de moda y una parte considerable de la sociedad suspira por vivir desde la implantación de un Estado protector con claros y decididos perfiles paternalistas.

los principios y paradigmas que sirven de ejemplar referencia para todo el derecho privado; y, de forma muy especial, acometer la ardua tarea de limpiar de prejuicios pequeño burgueses bastantes de las presunciones que empañan la dignidad de las personas, pues de esta forma la familia no debería ser tomada como si se tratase de cauce ideal para defraudar a los acreedores y menos concretar el modelo en la familia matrimonial; y de igual o parecida forma procurar, que los "Derechos y libertades" del capítulo II del Título Primero de la Constitución se vean reflejados en todas las instituciones jurídico-privadas.

Estos importantes y decisivos principios, aunque ya han sido tenidos en cuenta en los cambios efectuados en los derechos de la persona y en materia de familia, deben también hacerse presentes por su carácter sustancial en el conjunto del Código, en el que todavía no cuentan ni están presentes. El Código civil en todas estas cuestiones sigue respondiendo al ánimo liberal del siglo XIX y ni siquiera alcanza ese nivel en materias tales como las sucesiones y las donaciones y en un buen número de los contratos. Los valores estándares de moral y buenas costumbres siguen pensados en clave de honor personal referido al sexo, según el modelo de la literatura de nuestro Siglo de Oro y a la estabilidad jerárquica de la familia, y no exacta y preci-

samente en la línea constitucionalmente exigible de la rectitud personal en el orden social o en la práctica de la integridad cívica.

Entiendo en esta línea que no existe una justificación constitucional para las frecuentes presunciones de fraude en los negocios de familia y otros pronunciamientos pensados en favor de terceros y de los acreedores. Así, la presunción de inocencia no tiene por qué circunscribirse en exclusiva a las materias criminales; a partir de esta estricta razón de ser de la presunción constitucional, ésta debería extenderse y generalizarse a todo el conjunto del ordenamiento; a lo más, deberían convertirse en supuestos de inversión de la carga de la prueba sin requerir la sobrecarga de tener que desmontar una presunción.

En esta misma línea de verificación revisora es preciso tener en cuenta un movimiento inverso que guarda relación directa con los notorios y profundos cambios estructurales que ya se habían operado en la sociedad española y que están muy presentes en la inspiración de algunas soluciones que afloran en los textos de la Constitución, que ahora obligan a efectuar algo más que un simple cambio de lectura para todas aquellas normas, civiles sobre todo, pero también mercantiles, cuya *ratio dicendi* se apoya en las ideas ilustradas y decimonónicas, por tanto román-

ticas, de moral, buenas costumbres, equivalencia de prestaciones y diligencia en diversos grados³², así como el paradigma del buen padre de familia, casi siempre sacado de su natural e histórico contexto de cumplimiento estricto de derechos y obligaciones, así como en la compleja noción de orden público.

En todos estos casos, además, muy numerosos y que se deben preservar, sería conveniente huir de las referencias genéricas actuales, por ser éstas demasiado generales e inconcretas, y proceder a modificaciones en las que se opte por referencias estrictas en las que se señale a qué punto de la moral o de las buenas costumbres se quiere hacer referencia y cuál sea el interés que requiere de equilibrios o diligencias específicas, así cómo dar razón de cuál es el efecto que se trata de proteger en el caso. Así mismo es indispensable dar noticia de qué valores, en cada caso, deben considerarse integrados en el concepto de orden público sistemático que se pretende preservar³³.

³² Los dos elementos del concepto jurídico de sinalagma en el pensamiento filosófico y jurídico griego a partir de la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles.

³³ Quiero hacer constar que en la Constitución algunas veces se hace referencia al orden público como si se tratase de un concepto de general uso y conocimiento por parte de la ciudadanía.

Las desviaciones del pensamiento liberal originario de los Códigos mercantil y civil han sido más que notables, por un lado, porque nuestros codificadores liberales eran mucho más conservadores que sus inspiradores del siglo dieciocho y primeros decenios del diecinueve y, por otro, porque los segundos aristócratas beneficiarios de la división de los mayorazgos y los nuevos burgueses y "liberales progresistas" enriquecidos por las dos primeras desamortizaciones trataban de olvidarse de las exigencias morales y virtuosas que se predicaban del tráfico civil de bienes y servicios y de la apertura de los ascensos a clases sociales superiores y trataron por todos los medios y con gran eficacia de identificar, de nuevo y en su exclusivo interés, la moral con la esperada y ansiada conducta sexual estricta de sus mujeres y las buenas costumbres como subordinación del pueblo a quienes la Providencia había elegido para señalar y regir los destinos de la Nación y, por su intermedio, alcanzar la felicidad de la misma³⁴.

³⁴ La idea liberal-conservadora de Nación de mediados y finales del diecinueve es en toda Europa y, en especial, en los países latinos, una copia casi literal de rebaño debidamente pastoreado propio de la catequesis católica (pastoral) surgida de los concordatos de esas mismas fechas.

Muy a pesar de la indudable raigambre liberal de nuestro ordenamiento jurídico privado, hay que convenir que en él las nociones de neutralidad ante los deberes estrictamente religiosos según la conciencia de cada ciudadano y de laicidad han sido conceptos extraños a nuestra legislación; es más, el Estado casi siempre ha tomado posición activa en esta cuestión, las más de las veces nuestro Estado se ha manifestado no sólo confesional, como la mayor parte de los europeos durante todo el XIX y la primera mitad del XX, con la única excepción de Francia, sino que el comportamiento de su aparato ha mostrado y manifestado, a veces con sospechosa insistencia, una actitud claramente militante, aún por encima de lo esperado y deseado por la propia jerarquía católica.

En este punto los aparatos del Estado no hacían más que reflejar la postura de una amplia mayoría de la sociedad, si bien con el acrecimiento de la carga que da la militancia activa desde el poder.

Así, los conceptos generales que traigo aquí a colación, como los de moral, buenas costumbres, orden público sistemático y otros similares, que como tales deberían ser neutrales, por el puro dato de su generalidad, amén de imprescindibles, han tenido un objetivo evidente, aunque no expresado, y una

traducción literal, en nuestro caso, de la posición de la Iglesia católica española, por lo que su proyección ha sido excesivamente particularista y en ella han primado sobremanera las cuestiones de disciplina en materia sexual y su traducción familiarista, incluso cuando la aplicación de estos conceptos generales operaba en lo que ahora denominamos derecho patrimonial.

Quiero decir con esto que las irregularidades de conducta en ese estrecho campo de la moral han tenido una desmesurada repercusión en la interpretación y aplicación de ciertos preceptos que no se han extendido ni alcanzado a irregularidades e inmoralidades económicas y a otras faltas graves de probidad que se han aceptado y valorado como simples trampas menores, casi como errores y vicios inevitables.

Todavía ahora sigue siendo así, cuando de algún modo exagerado nuestra sociedad se comporta cada vez más como si se tratase de una sociedad laica. Esto no quiere decir, desgraciadamente, que el relajamiento de la nominalmente estricta moral sexual se haya visto compensada con un incremento de la honradez cívica, una decencia en las prácticas comerciales, en la administración de intereses ajenos o en el tráfico jurídico. Precisamente por la presencia de esta negativa realidad

entiendo que los términos moral, inmoral, buenas costumbres deben ser matizados en la redacción de las normas y que el concepto de orden público sistemático debe ser definido y acotado en las normas. Todos estos conceptos deberían dejar de ser indeterminados en la medida en que las circunstancias del caso hipotético base de la norma lo permita, bien endureciendo los efectos negativos de ciertas transgresiones, bien dulcificando tales efectos en otros casos, pero no a criterio personalísimo del juez o del magistrado ponente que falle en un asunto, sino como consecuencia de la función que de la conducta exigible de moral sexual, en unos casos, o la honradez económica a observar, en otro, esté en la génesis del conflicto jurídico de que se trate y de ella dependa la solución pertinente.

Los cambios en las vivencias y estabilidad familiares, así como la creciente aceptación de las relaciones homosexuales han favorecido la adopción y aceptación de las dos últimas reformas del Código civil, ciertamente radicales. Para la justificación de ambas, el acento se ha situado en la libertad personal prevista en el texto constitucional o, si se quiere, en la igualdad en la libertad con soluciones discutibles en materias de matrimonio y de ruptura matrimonial que, en mi opinión, van a perdurar, porque la contestación y la dificultad estaban en el hecho mismo de su adopción

pública y política y no en su vivencia individual y social. Estas atrevidas soluciones legales no van a cambiar la sociedad en lo sustancial, de ahí la contención de las reacciones críticas, incluso de las abiertamente contrarias. Seguirá habiendo decididos partidarios del divorcio acausal y por desafección que, pese a su posición teórica, no harán uso de él, y exaltados defensores de la indisolubilidad del matrimonio que se divorciarán belicosamente.

Nadie de entre nosotros será capaz de lograr que creencias y vivencias resulten coincidentes y menos que las flagrantes divergencias, esas que hacen posible la presencia de dobles o triples morales, se consideren un desarreglo de la conducta. Ahora bien, creo que hay que poner de manifiesto que estas novedosas reformas deberían acarrear tras de sí las lógicas consecuencias de su adopción y no mantener la irracional e irregular situación actual; es decir, no deberían ser los jueces quienes se pronuncien, contra la voluntad concorde de quienes se acogen a las nuevas normas, sobre la bondad y equidad de las previsiones sobre las consecuencias personales y económicas de la ruptura matrimonial pactada, salvo en los casos en que la crisis matrimonial y sus consecuencias familiares se sustancien en forma de pleito, bien por demanda de uno de los cónyuges, bien por

actuación del Ministerio fiscal, si la causa del conflicto tiene que ver con la situación negativa e injusta en que quedan los hijos menores de edad o incapacitados hasta entonces dependientes de ambos.

Entiendo que aquellos a quienes se les reconoce una libertad omnímoda para divorciarse de común acuerdo, la deben de tener también para llegar a acuerdos sobre las cuestiones personales y económicas que traen causa de la ruptura. Los jueces por razón del cargo o por su competencia profesional no se convierten en expertos en convivencia, ni en postconvivencia. Mantener, tras las reformas, la redacción de los arts. 90 y siguientes del Código conforme a la reforma del mismo de 1981 es, a mi juicio, una inconsecuencia propia de una posición insuficientemente razonada, tal vez excesivamente radical, pero también contraria a la lógica jurídica. Es la consecuencia directa de tratar de superar marcas europeas de progresismo verbal que propende a introducir en el ordenamiento un cambio radical que es contrario a las tradiciones europeas dominantes en materia de divorcio, que se materializa en ley sin la aconsejable prudencia e insuficiente estudio de las consecuencias personales, sociales y económicas.

Del mismo modo, por parecidas razones y sinrazones de los cambios, resulta inadmisibile por inverosímil que una unión conyugal estéril por definición, como es el matrimonio homosexual, deba subordinarse a reglas de exogamia pensadas o, mejor, justificadas en base a la eugenesia de la prole que se espera de la unión matrimonial. Tal vez lo pertinente sería mantener dos sistemas distintos para el *ius connubi*, ya que hacer marcha atrás en la admisión del matrimonio homosexual en la carrera de caza de trofeos de "progresistas sin causa" parece poco menos que inverosímil.

c) Actualización y adaptación del derecho privado a las necesidades del presente.

Con todo, la razón de más peso para emprender la compleja tarea de elaborar un nuevo Código civil no es otra que la evidente inadecuación del texto vigente a la realidad política, económica social y, sobre todo, económica de la España de este momento, sin desdeñar la visión de futuro, pues el cambio de los esquemas de producción y consumo de bienes y servicios acaba de comenzar, al menos por lo que se refiere al grueso de la masa social media de los ciudadanos.

Desde mis primeros pasos por las aulas de la Facultad de Derecho de Zaragoza en el año 1958 vengo escuchando severas críticas al

Código de 1889 en muy distintas y variadas direcciones. La mas común de éstas estaba directamente conectada con la cuestión foral y sus distintos y contradictorios enfoques, amén de los desenfoques, a los que se debía adicionar un cúmulo de malentendidos y fuertes desacuerdos provocados por haber hecho de la cuestión, sin duda espinosa y nada fácil, un banderín de enganche de patriotismos, regionalismos y nacionalismos encontrados entre sí, casi siempre, a mi juicio, imprudentes y reñidos con las realidades y vivencias diarias.

La más extendida crítica del Código civil se fundaba en su carácter rural y su consecuente orientación agropecuaria casi en exclusiva. Lo cual no constituye precisamente un hallazgo, sino más bien una evidencia, que como crítica parece claramente injusta toda vez que la España de finales del diecinueve, el tiempo de elaboración del Código, no había más economía ni fuente de riqueza que la agropecuaria. Los inicios e intentos de industrialización fueron muy difíciles, poco gratificantes y casi todos acabaron en fracasos y ruina de los promotores. Dada nuestra postración tras la llamada Guerra de Independencia, que destruyó la pequeña base industrial textil (a manos de nuestros teóricos aliados ingleses) y la debilísima red comercial generadas por la Ilustración, rematadas am-

bas destrucciones por las sucesivas carlistadas y las independencias americanas que impiden su reconstrucción, cualquiera otra orientación hubiera resultado disparatada y devenido inútil.

La realidad productiva de la economía española (hasta la expresión parece exagerada) se encontraba encerrada y limitada dentro de un círculo vicioso que abocaba al inmovilismo, ya que para poder acometer con realismo y seriedad una industrialización era necesario favorecer la exportación de productos agrícolas y, sobre todo y como antaño, de la lana; tal política imposibilitaba el proteccionismo que demandaban los primeros inversores industriales o promovía políticas de alianzas de corto recorrido y orientación contradictoria.

A la vista de estas bien conocidas circunstancias, nuestro Código civil sólo podía ser rural y agropecuario, tras estas actividades no había ninguna otra realidad y, de momento, el mundo del futuro que sólo algunos llegaban a imaginarse se centraba en las inversiones extranjeras centradas en la minería y los ferrocarriles. Estas concesiones dieron lugar a descarados intervencionismos interesados y frecuentemente contrarios a los intereses españoles propiamente dichos. Las poderosas navieras españolas se dedicaban especialmen-

te al transporte de emigrantes a la América de habla hispana.

La crítica de esta orientación agrarista, para estar bien fundada, debió dirigirse a las posteriores faltas de iniciativa de todas las políticas españolas pensadas y ejecutadas entre el segundo ensayo de modernización racional que se dio de bruces con el definitivo desastre colonial de 1898 y los primeros balbuceos industriales de los últimos años sesenta del siglo XX. Noventa años de bandazos, de inconformismo verbal, nostalgia y políticas teóricamente regeneracionistas, como si en el pasado próximo o remoto hubiera una realidad espléndida a la que valiera la pena despertar³⁵.

En la sociedad española desde el advenimiento de los Trastámaras, tanto en Castilla como en Aragón, nunca se encontró tiempo para examinar a fondo en el interior de "los

³⁵ Nuestro pasado glorioso, el de la "España imperial", no tuvo nunca tras de sí a un país animado por su solidez y su credibilidad, era más bien una mezcla tóxica de la llegada de la flota del oro y la picaresca. España reñía en la mar frente a los cazadores de fortuna; dentro de nuestras naturales fronteras, con los secesionismos portugués y catalán; y en Europa, los Tercios se peleaban en los barrizales de los Países Bajos con los enemigos de los Habsburgo y con los "reformados" frente a la Iglesia de Roma y su Concilio de Trento, sin ningún interés español a la vista, más bien todo lo contrario.

muros de la patria mía" los problemas que la afligían y menos para corregir los despropósitos de la irracionalidad que supone echar siempre las culpas a otros. No encuentro nada especial a lo que sea conveniente volver, más bien me parece que es llegado el tiempo de aprovechar nuestra crisis, no la de los demás, para construir con un propósito nuevo sin desechar nada que valga la pena, aunque no veo que haya demasiado.

Creo que puede ser útil recordar que la política de derechas sólo tenía ojos para los regadíos de costosísima infraestructura y la de las izquierdas para la reforma agraria. Los primeros no contaron nunca con la baja rentabilidad de unas inmensas inversiones necesarias en un país extremadamente seco y quebrado. La desproporción entre inversión y frutos esperables era tal que nunca se contó con un plan de amortización de tan ingentes inversiones, ni siquiera aproximado. Los segundos no tuvieron en cuenta que la reforma agraria que postulaban (*la caseta y l'hortet* de Maciá) era una vía generatriz de minifundio, nada tenía de realista, era un sueño antieconómico de las clases medias bajas y, además, estaba reñida con la ensoñada revolución. Como ésta lo estaba, a su vez, por la absoluta inexistencia de un proletariado industrial y de servicios, se trataba de populismos

con vocabulario socialista traducido y mucho fervor revolucionario.

Nuestros escasos datos positivos se deben a la acción de contadas personalidades admirables que, surgidas de la nada y conscientes de que sus esfuerzos les serán recompensados tan sólo con la crítica y el desprecio se han proseguido con su vocación de servicio, dejando tras de sí los únicos destellos que es preciso atesorar. Estas serán las pocas referencias con que se puede contar del pasado. Insisto: España ha sido un país agrícola y subdesarrollado hasta hace bien poco y tenía un Código perfectamente adecuado a las cuestiones que trataba de atender y resolver dentro de un marco realista.

Es ahora cuando necesitamos un Código que contemple y tenga en cuenta nuestra nueva dimensión de sociedad urbana, con casi desaparición de los núcleos rurales, y una economía orientada, casi en peligrosa exclusiva, hacia los servicios.

Si esto es así en cuanto a la base material, radicalmente distinta de la que procedemos, ocurre lo mismo en la estructuración social de nuestra población; contamos con una gran concentración urbana que pone en peligro la pervivencia hasta los núcleos de dimensión media, generados a partir de la fagocitación

de los núcleos rurales, por su carencia de industrias y la escasa rentabilidad de los servicios en los ámbitos provinciales del interior del país. Según opiniones fundadas, casi un tercio de las capitales de provincia estarían en trance de desaparecer si se reducen o suprimen las estructuras administrativas que alimentan su población y, a mayor abundamiento, añaden los economistas, politicólogos y sociólogos, que así debería ser, por tratarse de estructuras administrativas que no sirven a una base real tras la generalización de las Autonomías.

No entro en lo fundado o infundado del tema, pero el argumento parece bastante lógico, cosa distinta es que sea posible racionalizar la función y estructura de las Administraciones autonómicas y locales.

La vivencia de las nuevas realidades en cuanto a la base económica y estructura social del país propician que los aplicadores del Derecho civil y un buen número de los docentes, así como prácticamente todos los discentes, entiendan los supuestos de hecho que se contemplan en muchos de los preceptos del Código. Así ocurre, por ejemplo, cuando en el art. 1491, párrafo segundo, del mismo se emplean, para dejar bien claro el alcance real del precepto, los conceptos "tiro, yunta, pareja o juegos" referidos a animales que, siendo dos

o más, no conforman una pluralidad en cuanto al objeto del negocio, sino que éste es único, formando un subconjunto disjunto, cuya razón de conformación reside en la doma distinta y complementaria de cada uno de los animales para componer un único grupo de fuerza y arrastre. Este ejemplo de unidad por conjunto disjunto era, sin duda, uno de los ejemplos más complejos cuya inteligencia queda reservada hoy, además de a los curiosos -que siempre los hay-, al personal de la Escuela de Equitación de Jerez o a los miembros Batería hipomóvil de la Guardia Real o a los aficionados "al tiro y enganche", modalidades hípicas limitadas casi a las ferias andaluzas sin utilidad práctica al margen del ocio y su explotación turística.

El precepto, considerado en sí mismo, constituiría una venerable reliquia, más o menos digna de conservación, si no fuera porque en el art. 1492 CC se afirma que la razón de la consideración grupal disjunta considerada se extiende a la venta "de otras cosas", sin explicitar cuales sean estas otras cosas, porque en aquel tiempo no era preciso. La sanidad de los animales (art. 1491, 1 CC) no constituía la razón de base única de la redhibición del conjunto que se predica; las otras cosas que hace referencia el art. 1492 no tienen por qué padecer enfermedades, no tienen que ser precisamente animales, se trata

más bien de la total complementariedad que conforma el grupo de animales o de elementos mecánicos para cumplir con las expectativas del comprador que no quiere a cada uno de los distintos objetos por sí mismo, sino como conjunto precisamente disjunto en el que los sendos elementos del mismo pierden su individualidad cuando cumplen y obedecen la misma función a la emisión y recepción de una misma orden de quien maneja el conjunto pero con una acción distinta.

La evolución de la economía globalizada hacia una supremacía de las finanzas y los ciclos cortos ha supuesto que el préstamo y sus variantes de vieja raigambre romana hayan dejado de ser contratos utilizables en su versión tipificada, pues no responden a la realidad.

Casi cabe decir otro tanto de los arrendamientos de cosas que nos presentan un laberinto inextricable hasta en los propios conceptos codificados y una obsolescencia de régimen de muy difícil explicación. En las leyes especiales se deja sentir una acusada nostalgia por los sueños de un Estado protector, tanto en su versión fascista europea o en sus acepciones del *New Deal* de Roosevelt como en las de los distintos populismos de derechas, izquierdas y de inspiración religiosa de base que prepararon la gran crisis de identidad

social que desembocó en los conflictos bélicos y contrarrevolucionarios de los años 1934 a 1945 y de los que aún hoy encontramos reflejos, mensajes y consignas que entorpecen seriamente la evolución natural de las ideas e impiden, sin más, que los planteamientos y soluciones de las modernas ciencias experimentales alumbren la racionalidad de las llamadas "ciencias morales y sociales". En cuanto a los denominados "arrendamientos históricos", no pasan de ser un simple motivo para abrir una ingeniosa vía de búsqueda a la identidad histórico-jurídica de alguna comunidad autónoma y, por lo que se refiere al fondo, una forma más de caridad judicial con dinero ajeno que está de moda en todos aquellos asuntos públicos a los que se apareja el adjetivo "social", sin que nadie tuerza el gesto.

Los arrendamientos de obras y servicios son otra reliquia romana que ya en 1889 tenían mucho de inmoral pervivencia de abusos de poder con cercano parentesco con la recién abolida esclavitud. Basta con leer los arts. 1. 583 a 1. 587 CC, aunque sepamos que su presencia obedece a una dejadez legislativa injustificable y nos conste que ninguno de ellos está vigente, salvo el art. 1.583 en cuanto predica la nulidad del arrendamiento de servicios "por toda la vida".

El juego y la apuesta constituyen la manifestación de una falsa e incongruente moral para un país en el cual el Estado es propietario-explotador de un conjunto extensísimo de garitos de juego propios de una nación de ludópatas, eso sí de una acrisolada seriedad en la ejecución del juego y en el cumplimiento de los contratos. Además, ahora se manifiesta una seria preocupación por erradicar la participación en juegos y apuestas vía "internet", alegando, con bastante razón, la inseguridad que para los jugadores se puede dar en el cobro de los premios, pero partimos de la absoluta certeza de que, en la movilización por la superioridad de los funcionarios llamados a tratar de erradicar esta actividad, la razón es mantener el monopolio del juego, aunque parcialmente lo privaticen y sus más que sabrosos beneficios. Esos que persiguen hasta los premios de los concursos, no sólo en radio y televisión destinada al ocio, sino los literarios, artísticos y científicos a los que Hacienda no haya expresamente excepcionado. Recibir mercedes sin someterlas al avaricioso diezmo o laudemio es pecado social grave para nuestro clerical y, sin contradicción, laico Estado.

La anticresis se puede tildar de cultismo jurídico que nunca ha pasado del estadio de ser una potencial hipótesis de garantía sobre un préstamo dinerario que explota una inter-

pretación *a contrario* de la *compra-venda a carta de gràcia* vigente en Cataluña.

La doble regulación de la hipoteca inmobiliaria en el Código civil y en la Ley hipotecaria, así como la regulación especial de este derecho de garantía sobre bienes muebles, pese a la excusa que podemos hacer valer de su distinta aparición histórica en el ordenamiento jurídico, constituye una manifestación bien palpable de la poquísima importancia que los poderes ejecutivo y legislativo españoles "otorgan" al principio-derecho fundamental de la seguridad jurídica y menos aún a la información que sobre sus propios derechos se debe a los ciudadanos.

De la extrema vejez de la concepción del Código nos dice mucho el ominoso silencio que pesa en el mismo sobre la naturaleza y función del dinero, así como lo exiguo de los distintos tratamientos en todas sus manifestaciones como objeto más habitual en la contratación (como objeto de depósito, de un préstamo o uno de los objetos definitorios de la compraventa, del arrendamiento, del censo, etc.); así como la absoluta y grave desatención a su circulación y uso, y ello no sólo en el Código civil, acontece lo propio en el de comercio, en el que debería ser la cosa por excelencia.

Todo ello, considerado en su conjunto, nos demuestra hasta la saciedad que con la codificación se trató de regular una sociedad cuya economía no era en modo alguno monetaria y que al dinero se le trataba como un bien secundario del que no era elegante ni siquiera hablar en serio. Éste era para los legisladores y sus mentores sociales tal y como se presentaba, una más de las cosas fungibles que se confunden -a veces llego a creer que con intención y voluntariedad- con las cosas consumibles.

Lo más sorprendente de esta cuestión es que tal ausencia de tratamiento no se echa de menos en la generalidad de los tratados, manuales y estudios monográficos tanto de derecho civil como en los de mercantil. Otra prueba más de la univocidad de las dos ramas del derecho privado, pese al afán académico por diferenciarlas tanto en el plano teórico, cuanto en el vital de su explotación profesional.

Esta última razón justificativa de la necesidad de un cambio puede ser entendida como muy subjetiva, no lo dudo, pero me parece evidente que no lo es mucho más que las desidias legislativas anteriores a las que me he referido antes. Hay muchas más, si bien no añaden peso adicional a los argumentos en pro de la revisión y renovación de los cuerpos

legales y de la dogmática que debe servirles de sólidos cimientos.

Por cuanto se refiere a los derechos reales sería conveniente revisar con voluntad de simplificación, tanto el derecho de usufructo como el de servidumbres, incrementando las posibilidades de configuración estructural por la vía contractual en escritura pública con inscripción registral.

También resultaría útil incorporar al Código todos los aspectos de derecho real y los correspondientes efectos de todos los derechos de garantía que se encuentran regulados en leyes especiales, como ya he venido apuntando, y discurrir sobre la disciplina de los censos con calma y sin los interesados prejuicios de los burgueses franceses del siglo XVIII u otros parecidos, sobre todo del enfiteútico. Es casi seguro que mi opinión al respecto no contará frente a las ansias de especulación que proporciona el monopolio de transformación del suelo rústico en urbano, pero también resulta evidente que, con una enfiteusis atemperada a los tiempos actuales, se podría abaratar el producto final sin ningún perjuicio directo de las partes económicas interesadas en el proceso. Tras la constatación del clamoroso fracaso del derecho de superficie para resolver el problema de aportación al mercado de suelo edificable y del

recorte, que se agrandará aún más, del crédito destinado para la construcción, esta opción debería explorarse y valorarse por quienes dicen tener interés en resolver el fenómeno y para ello no dudan en crear y recrear cíclicamente nada menos que un Ministerio de la Vivienda (a veces se añade el despropósito de Urbanismo)³⁶.

Creo que resultaría conveniente incorporar al tratamiento de la posesión, muy bien

³⁶ Claro está que, con los intereses existentes, el cambio propuesto no puede pasar de ser un sueño personal; nuestra constante opción por la picaresca y el dinero fácil supera con creces a cualquier razonamiento y mucho más a una aspiración virtuosa.

Las cuestiones de urbanismo, construcción de viviendas y acceso a la vivienda, así como sus defectos estructurales, trampas de todo género, escaseces, burbujas y un escabroso etcétera, han rebasado el marco de cualquier planteamiento institucional para todas las grandes áreas del derecho y posiblemente también de la economía y por ello merecería la declaración figurada, pero eficaz, de situación de excepción y emergencia nacional y resolverla como tal. Abandonada a los denominados sus cauces naturales, no dejará de crecer y de embarullarse progresivamente; es evidente que los españoles hemos sido manipulados hasta ser convencidos de que en materia de vivienda es preciso, no sólo conveniente, ser propietarios de nuestras viviendas y lo creemos aunque dejemos abandonados, por pura moda, barrios residenciales de las ciudades y nos traslademos siguiendo la oportuna propaganda a otros nuevos que, para empezar, carecen de los servicios más necesarios y sean deficitarios en transportes para llevarnos de nuevo a los centros de las ciudades.

tratada en el Código, las normas propias de la usucapión y la prescripción de los derechos reales separándola de la relativa a los derechos dotados de acción personal, tal y como han venido haciendo los libros de texto y los tratados desde la misma codificación a finales del siglo diecinueve.

Por último, deberíamos recordar que la propiedad, pese a que en la Constitución se trata como un derecho ordinario que se somete, además, a especiales controles sociales, tal vez para justificar los impuestos específicos con que se gravan, cumulativamente a los beneficios sometidos al impuesto general sobre la renta, todas las operaciones de transferencia y creación de derechos reales limitados, es un derecho fundamental según los textos de los convenios internacionales que nos encanta suscribir como símbolo de nuestras vocaciones europeas y universales, pero no nos importa en absoluto incumplir. Si la propiedad sigue siendo el eje central de nuestro derecho patrimonial, no puede seguir siendo el juguete interesado de las políticas municipales, de las proclamaciones partidistas y de los olvidos de la política legislativa³⁷.

³⁷ Todos los derechos que conforman los convenios sobre derechos y libertades fundamentales deberían gozar del recurso de amparo por lo que valga que será poco en el Tribunal Constitucional, aunque con ello se enfaden

Por las mismas o muy parecidas razones, la disciplina de las sucesiones se nos muestra muy envejecida, como acontece con el conjunto global de las disposiciones del Código. Además, sus instituciones siempre han pecado de falta de claridad, por el exceso de peso de las influencias que ha sufrido, que no siempre fueron ni son compatibles entre sí.

En los últimos tiempos su estudio destaca que esta materia fue pensada para un modelo familiar que ha desaparecido y para unas personas cuya corta esperanza de vida obligaba a pensar preferentemente en el papel de las viudas, de ordinario, sin medios de vida propios y con bastantes hijos menores a su cargo³⁸.

todos los políticos de la izquierda verbal y no cesen las tropelías de todo género que tales derechos y libertades sufren a manos de sus autoproclamados garantes.

³⁸ Un panorama social casi impensable en este momento, pues el acercamiento, al menos en lo profesional, entre los dos sexos es impresionante si se observa con una cierta perspectiva de presente y de futuro, pese a la insistencia de las feministas en construir una sociedad alternativa de mujeres y con un número de hijos que no alcanzan ni siquiera para mantener estable el relevo generacional. El crecimiento del número de habitantes, muy discreto por cierto, se debe en exclusiva a los aportes de la inmigración, también frenada por la crisis económica.

Se entendía o, bastante mejor, se dio a entender que en la herencia lo más importante y capital era la transmisión de bienes y, en segundo lugar, pero en posición muy cercana, resolver de forma equitativa las complejidades de un reparto de la masa hereditaria entre legitimarios.

Las cuestiones conflictivas que pudieran plantearse entre los legitimarios por las reglas que a los redactores del Código les parecieron normales y sencillas (colación y reducción de donaciones, valoraciones de los bienes antes y después, cálculo del valor de los bienes donados a legitimarios con lesión de la legítima, reservas, sustituciones, etc.) y que, en verdad, no era en exceso complejas por lo reducido del tráfico de bienes raíces, hoy resultan muy complicadas y difíciles de solventar sin romper la paz y preservando las relaciones familiares, sobre todo si se tiene en cuenta la disminución del valor objetivo de los inmuebles agrícolas y forestales, así como las dificultades de mantenerse en rendimiento.

Los problemas relativos a las deudas de la herencia se tratan con gran confusión de técnica jurídica y otro tanto ocurre con la partición; así, si uno desea escapar del laberinto y para ello se echa de bruces al salvavidas oficial: la aceptación a beneficio de inven-

tario, no tardará nada en descubrir lo que es gastar y pagar sin heredar o, al menos, hacerlo en mucho menos de lo que esperaba.

La reforma del Derecho de sucesiones resultará difícil tanto por las cuestiones de técnica jurídica, como por las creencias no del todo fundadas que padecen los españoles sometidos al derecho sucesorio del Código, por lo que esta tarea, tal vez la más ingrata de las reformas que se proponen, requiere, además, de toda una pedagogía tanto popular como dogmática que debe empeñarse en la simplificación de las distintas figuras legales y en una notable descarga de requisitos y límites en muchas de sus instituciones.

Las cuestiones relativas a la legítima³⁹, sobre todo de descendientes, a la vista de las

³⁹ La legítima de ascendientes carece, a mi juicio, de sentido tanto desde el punto de vista de la realidad social como desde el económico: el único e injusto beneficiario resulta ser la hacienda pública ya que en un sistema de imposición directa de bienes inmuebles y de renta de las personas físicas, sin que el importe de lo pagado por el llamado IBI sea a cuenta del segundo, mantener el de sucesiones constituye un abuso de poder. Por todo esto debería suprimirse sin más. Para impedir que este efecto racional se lleve a efecto la hacienda estatal ha trasferido la gestión y el producto de este injusto tributo a las Comunidades Autónomas que se están mostrando en este menester todavía más voraces que la primitiva tutelar. El dicho popular afirma que: "el que hereda no roba", pero

situaciones familiares actuales, no se resuelve por el expediente simplista de la reducción de la porción legítima e incremento de las posibilidades de disposición libre, aunque ayudaría a la clarificación del planteamiento dogmático; además y como mínimo será preciso entrar de lleno en una nueva configuración de las instituciones sucesorias.

A pesar de las dificultades que no pueden infravalorarse, la reforma de las sucesiones es una de las cuestiones que deberían emprenderse con alguna diligencia desde los poderes públicos. Aunque, por desgracia, dudo que figure en ninguna de las agendas de ninguno de los partidos de ámbito nacional. Es posible que en esta materia los ciudadanos nos merezcamos el trato vejatorio que recibimos. Los profesionales de la política de la derecha y el centro del arco parlamentario creen que ya han cumplido sobradamente con rebajar los tipos del impuesto de sucesiones para la línea recta descendente; los de la izquierda constatan concienzudamente que estas minucias no pueden formar parte de su programa y las izquierdas moderadas esperan a que este trabajo, que bien podría costarles algún disgusto entre sus militantes con ideas propias de la

la demagogia antigua y moderna afirma lo contrario, con grave exceso de contundencia.

La mayor parte de las veces en que, por desgracia, deben heredar los ascendientes lo harán por abintestato.

demagogia de mitad del siglo pasado, se lo hagan las derechas⁴⁰.

En su consecuencia, podemos pasarnos un siglo más rigiéndonos por las reglas más que discutibles previstas en el siglo diecinueve para familias típicas de ese mismo siglo. También es cierto que, mientras no sepamos qué modelo de familia vamos a considerar como supuesto típico, es ilusorio tratar de conformar una dogmática para las sucesiones, a no ser que abramos un más que considerable espacio para la libertad de testar. Para ello sería necesario que se informase a los destinatarios de la norma de una realidad celosamente ocultada, cual es que la mayor parte de los españoles muere testado y que los beneficiarios son los hijos del causante, si bien éste trata de proveer al cónyuge supérstite de cuantos recursos le permite utilizar la ley; es decir, buscan un efecto que la legislación aragonesa estableció desde la edad media y sigue conservando e incluso mejorando.

Ahora bien, es preciso tener en cuenta que las reformas del Código en materia de familia (excluido el matrimonio formal y sus vicisitu-

⁴⁰ Algunos siguen pensando en incrementar por esta vía los ingresos de las Comunidades Autónomas, ignorando que los muy ricos no suelen producir sucesión, al menos, al viejo estilo; siguen sin enterarse que éstos en sus relaciones con el fisco se han vuelto invisibles.

des) y sucesiones tan sólo interesan a los ciudadanos para los que este cuerpo legal es de aplicación directa (la mayor parte de los territorios que formaron parte de la antigua Corona de Castilla), por lo que para estas cuestiones no son del todo oportunas las referencias que he efectuado al ejercicio positivo del mandato que se esconde tras la letra del repetidamente citado art. 149.1. 8ª CE.

III. Finalidad justificativa para redactar un nuevo Código civil que enmarque la generalidad del derecho privado de ámbito nacional

Quienes creemos razonablemente que nuestra sociedad requiere de un nuevo Código civil, más o menos general, en el sentido deducible de la Constitución de 1978 y del estado de desarrollo de las legislaciones civiles forales o especiales e incluso de las inquietudes legislativas de las Autonomías sin competencias formalmente reconocidas en estas materias, estamos de acuerdo en que, por coherencia sistemática, deberíamos comenzar la labor a partir de la construcción de un Derecho patrimonial (fuentes de las obligaciones y derechos reales) que arranque de la experiencia propia, incorpore a la tarea común los mejores logros de los códigos de las naciones que nos son próximas y se han adelantado en el cumplimiento de los deberes

de estar al día, así como las propuestas europeas para elaborar un Código europeo de los contratos.

Todo esto debería servir para cimentar la sólida construcción de una nueva dogmática del Derecho privado español⁴¹, reconociendo de antemano que la mayor parte de las categorías jurídicas de mayor alcance y de uso más frecuente se han construido en torno a la Teoría general del contrato. Además, es presumible que siga siendo así, teniendo en cuenta que la actividad humana con mayor proyección sociojurídica y la que presta mayor participación en la conformación del producto interior bruto (una macromagnitud siempre en boca de los políticos para justificar tanto su hacer como su no hacer) de cualquier país no

⁴¹ Las posibles dificultades que desde algunas "sensibilidades" políticas pueden encontrarse no deberían impedir la puesta en marcha del proyecto, como bien apunta el profesor Delgado en su ponencia. En primer lugar, porque esta dificultad forma parte del planteamiento histórico y si no se diese deberíamos preocuparnos porque en algún punto decisivo estaríamos errados, estos planteamientos y circunstancias nos hacen españoles, a unos de suyo y a otros muy a su pesar. En segundo lugar, porque hay que extraer de las experiencias legislativas de puesta al día de los Derechos civiles forales y especiales sus más sabrosas esencias y sus mejores hallazgos que los tienen en buen número y de excelente calidad. Y, en tercer lugar, para ser escrupulosos y puntillosos cumplidores del art. 149. 1.8ª CE.

es otra que la prestación de bienes y servicios, por lo que su función inspiradora de soluciones para los conflictos no resiste la comparación con el resto de las partes de Derecho civil y, además, las instituciones propias de los contratos y de las obligaciones que ellos generan son las que se muestran más dúctiles, generalizables y versátiles de todo el ancho mundo del derecho.

El estudio de los actos y contratos productores de obligaciones no excluye la tipificación de nuevas manifestaciones contractuales y la revisión minuciosa de las más tradicionales conforme a los criterios propios de una sociedad democrática y de una economía de país desarrollado, en la cual la autonomía de la voluntad resulte ser acreedora de una potenciación más que considerable, sin que ello sea obstáculo para un desarrollo en paralelo de los derechos de los consumidores y usuarios de servicios públicos y privados y sin perder en absoluto de vista la protección y defensa adecuadas para los incapaces, para el entendimiento de discapacitados y menores en riesgo de marginación social; es decir, afianzando también en el derecho privado los principios propios de una sociedad democrática de derecho más amplia lógicamente que la que proporciona la proyección pública oficial de un Estado democrático de derecho⁴².

Al Código se le debe enriquecer con un generoso tratamiento de los contratos generatrices de obligaciones pecuniarias, pues el actual no sólo está falto de ellas, sino que su escaso tratamiento se orienta unilateralmente desde la perspectiva del acreedor, en tanto que para el deudor parece que

⁴² En este punto resulta pertinente recordar que en nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho resulta, como mínimo, conveniente vigilar cualquier tipo de dirigismo político, social y jurídico que se pueda desarrollar en torno a tratamientos demagógicos y electoralistas de la igualdad llevada al terreno práctico de las actividades sociales. Esta posición igualitaria si se trata en línea demagógica puede resultar tan peligrosa y socialmente corrosiva como su contraria de la libertad introduciéndonos en un neoliberalismo radical teñido de neoconservadurismo más allá de lo racional y socialmente correcto que ve como contraria a libertad, como derecho fundamental y valor constitucional, toda actividad encaminada a corregir desajustes, injusticias notorias y otras lacras sociales de quienes las padecen, abandonados a los paupérrimos medios económicos, pondrían en alto riesgo la paz y el progreso sociales.

Aquí, los extremismos de todo signo deben ser mirados como un riesgo potencial y, en cuanto tal, tratados con medidas preventivas que institucionalmente los neutralicen en cuanto a sus efectos contrarios al nuevo concepto constitucional de orden público sistemático, el contemplado en el art. 10 CE. Al respecto será pertinente tener en cuenta las ideas expresadas por Rawls en *A Theory of Justice*. Harvard University Press, Cambridge. Mass, 1971, y por Amartya Sen en *The Idea of Justice*. Penguin Press, Londres. 2009. De ambos hay traducciones al español, del primero en el Fondo de Cultura Económica. México 1979 y del segundo en Taurus. Madrid 2010.

basta con el más de las veces fantasioso principio de *in dubio pro debitore*.

Parece evidente que el crédito constituye un bien digno de protección en una economía de base financiera, en la que las instituciones dedicadas a la actividad son enormes sociedades de capital cada vez mayores, más anónimas, en el sentido tradicional del término, y más capitalistas, pero a su vez tan deudoras para con los ahorradores e inversionistas muy minoritarios que éstos deben ser protegidos por encima de sus deudores particulares y en su favor, también en pro de la claridad, se ha dictado la Ley Concursal, digna de alabanza en la mayor parte de sus estructuras normativas, aunque en algunos puntos podría y debería ser corregida y muy mejorada.

Por todas estas razones entiendo que en un nuevo Código, las operaciones de crédito no deberían centrarse prácticamente en exclusiva sobre el importante dato de la solvencia del deudor, como ahora acontece, sino bastante más en la "credibilidad, diligencia e incluso otras virtudes jurídicas" que adornaban al deudor⁴³ y debería tener en cuenta el acree-

⁴³ Antiguo y más depurado significado del término solvencia, pues solvente era quien cumplía sus obligaciones y no sólo quien tenía bienes para responder sin cumplir con la prestación debida, sino por equivalente.

dor. Este último debería esforzarse en saber a quién presta o financia. Si se hace esto último, es preciso conocer la solvencia en su antigua acepción y bastantes cosas más del financiado; si se limita a prestar, basta con saber con qué acabará pagando el deudor. En la financiación tanto la autoridad monetaria como los potenciales acreedores por otro tipo de créditos en un concurso deberían estar facultados para hacer responsable a la entidad financiera por su falta de diligencia en la averiguación de a quién y para qué prestaba al insolvente, función económica que deben cumplir las sociedades que tienen tanta resonancia social e importante papel que el Estado reconoce, hasta el punto de ser favorecidas con instituciones como el Fondo de Garantía de Depósitos⁴⁴.

La crisis económica debería enseñarnos que algunas vías y modos de captación de solicitantes de crédito son contrarias a las buenas prácticas financieras y que la política económica debe premiar las líneas de inversión y desaconsejar aquellas operaciones que

⁴⁴ Ya sé que la letra de la ley de creación de este Fondo se orienta y justifica en la defensa de los depositantes minoristas, pero la función económica del Fondo es la de atraer los ahorros a los depositarios confiados en la solvencia de la entidad financiera y en su cobertura por el Estado, ese que en tiempos de crisis somos todos, pero no así en tiempos de bonanza.

tan solo buscan una atractiva operación en intereses devengados y comisiones. Las instituciones financieras deberían jugar el papel de actores en la gestión de créditos productivos y no precisamente la de bancas privadas ansiosas de exprimir el diferencial entre intereses pagados a terceros e intereses más comisiones devengados por sus habituales clientes. Habrá que acordarse de que a las instituciones financieras las instituciones políticas y los propios políticos les escuchan siempre (y así debe ser), en tanto que los depositarios y pequeños y medianos deudores carecen de voz, aunque se presuma de la existencia y presencia de defensores del cliente, personificados por personalidades magníficamente pagadas por la institución que las organiza y se dota de tal instrumento con fines también de publicidad nada desdeñables.

Los deudores particulares de las operaciones de crédito deben estar amparados por normas precisas de diligencia y claridad y no precisamente por el devaluado principio, si es que lo es, del *favor debitoris*, que acaba dependiendo de la opinión casi personal del juez sobre el asunto de que se trata. Tampoco sirve para los particulares, al menos mirando al pasado, que el Banco de España apruebe el montante de las comisiones, así como la literalidad de los contratos de adhesión y desde ese momento se puedan unilateralmente

modificar los contratos que medien entre particulares y entidades financieras. A este fin es preciso pensar en otras opciones más neutrales y también afirmar que el Banco de España no es quién para fijar normas generales y además ejecutarlas por la vía de la inspección. La inspección, para la que sí es competente, debería versar sobre la aplicación de las normas emitidas por los poderes competentes al efecto por la Constitución española y de los contratos suscritos, recordando que éstos no son principios de acuerdo que obligan a los particulares pero no a las entidades financieras, sino ley entre las partes. En las relaciones entre el Banco de España y las entidades financieras y en la actuación de todos ellos siguen en pie los últimos restos de autoritarismo preconstitucional y su sumisión a los poderes diversos les hace acreedores de un tratamiento especial que les es negado, con toda razón, a otras empresas y personas físicas y jurídicas. Este estado de cosas entre arbitrario y privilegiado debería desaparecer de raíz y cuanto antes; a tal fin, no son precisas reformas normativas, sino aplicación directa de la ley, los derechos y su interpretación bajo los principios constitucionales. Una cosa es velar por la seguridad de los inversores que dependen de la fortaleza de los bancos y cajas de ahorro, y otra muy distinta es convertirlos en piedra angular y ampliamente privilegiada del sistema.

En la regulación codificada de los negocios típicos de crédito puede encontrarse el eje de la nueva dogmática del derecho privado, de la misma manera que lo fue la propiedad en los siglos XIX y XX y punto de apoyo y la fiabilidad del sistema se encontrará en la responsabilidad civil de los directivos de todas estas entidades en la llevanza y ejecución de los negocios sometidos a las exclusivas reglas de la autonomía de la voluntad⁴⁵.

La racionalidad del sistema reside en que la fiabilidad, el valor y la agilidad en la circulación del dinero sean del interés de todos y no sólo de aquellos que tienen la vocación de ligar de forma permanente y sin excepciones poder y titularidad de las masas monetarias en juego. La mayoría democrática en la gestión de estos negocios se encuentra en los pequeños depositarios que son quienes, a poquitos, reúnen la mayor parte de la masa prestable al propio Estado, a las grandes, medianas y pequeñas empresas, así como a los individuales y particulares deudores⁴⁶.

⁴⁵ Parece claro que esto no será posible entre nosotros si los partidos pueden financiarse al margen de la estricta legalidad vigente: Quienes asumen el poder y la oposición tienen que estar agradecidos a quienes hacen posibles las campañas y todo género de actuaciones al margen de la legalidad o violando su letra y su espíritu.

⁴⁶ El pensamiento de Lord John Maynard Keynes, hoy denostado por los neoliberales, neocapitalistas, tota-

Para lograr y recuperar para nuestro derecho privado actual una posición medianamente parecida a la que fue normal en la Europa liberal, sería necesario un pacto nacional que aporte una gran carga de confianza en los ciudadanos para con los dirigentes electos y no electos de la sociedad y con la comunidad científica, que debería jugar el papel de legislador técnico⁴⁷, pues como manifesté, sirviéndome del pensamiento de Bobbio, para poner en orden una sociedad y un Estado democrático son necesarios, prácticamente imprescindibles, que los pactos y la base de éstos se encuentra en el derecho privado y no en las normas de ordeno y mando: es básica la confianza entre las partes, la claridad de las obligaciones contraídas y el cumplimiento exquisito de lo pactado.

litarios residuales y sindicalistas acomodados y burocráticos, no constituye una vía hacia el éxito económico que se mide y vende en lo social por los datos del PIB y por las consoladoras mentiras de la renta *per capita*, pero sigue siendo el fundamento y punto de arranque y referencia de una política de paz social. Los juristas no pueden construir reglas de comportamiento desconociendo este pensamiento y sus implicaciones.

⁴⁷ Ya sé que llegados a este punto es casi de estilo apelar a un pacto europeo que nos rescate de nuestros vicios y pasiones, pero me parece que ahora la regla parece ser otra: si quieres ayuda, primero pon en orden tus asuntos y cumple con tus obligaciones.

En escala más modesta y para mejorar la situación, se requeriría de una muy seria clarificación de objetivos, efectuada con criterios técnicos, paciencia y ánimo contractual para, al menos, respetar el trabajo que se encomiende a los legisladores técnicos o el que éstos emprendan a partir de un claro manifiesto de intenciones y de incorporaciones en el que queden claros todos y cada uno de los propósitos y medios.

Sin pactos, incluso entre los privatistas, no habrá progreso en ésta ni en otras materias y sin ellos no saldremos de nuestro cómodos y crecientemente paupérrimos rincones de aislamiento individual o minigrupos. El cuándo depende básicamente de la financiación; aun sin prisas, se requiere de una adecuada financiación de los equipos, adquisiciones de equipamiento, acceso a materiales, contratación de informes y facilitación de las reuniones y desplazamientos.

Insisto, sin pactos y sin calendario seguiremos trabajando e investigando de forma individual y con mayor o menor acierto, pero sin establecer un programa común de trabajo, en el que nos repartamos tareas, acordemos supervisiones y aceptemos la asignación de campos preferentes para equipos y personas, el resultado buscado será imposible.

Parece evidente que para materializar la utopía de creación de una activa sociedad civil se requiere de una vertebración de la ciudadanía, o una parte considerable de la misma, en torno a soluciones jurídicas aceptadas de grado y respetadas por la mayoría de los individuos más o menos activos. Un Código civil nuevo o viejo no es suficiente a este fin, como se demostró en el siglo diecinueve reiteradamente en diferentes países, entre ellos desgraciadamente el nuestro.

La idea de sociedad civil sigue siendo un *desideratum* inalcanzable y recurrente en la mente de cualquier grupo dispuesto a orientar a una comunidad humana con vocación de sociedad, en materia social, religiosa o política que fuere y, sobre todo, a influir en el pensamiento y en la acción de sus conciudadanos. Conocemos muchos ejemplos ilustrados en la cultura universal. La cuestión no está de moda ni es, además, pensable para la conciencia actual de sociedad democrática. Es más, creo que la idea de pueblo, la que emplea repetidamente nuestra Constitución de 1978 no puede equipararse a la noción de sociedad civil. Ésta se sitúa dentro unos parámetros bien establecidos y conocidos, que no pueden ser objeto constante de reinvención o revisión crítica, debe seguirse una pauta de comportamiento coherente y flexible, incluso en los

cambios que procedan, sin favorecer una excesiva dispersión⁴⁸.

La función social de una nueva codificación civil se cumpliría sobradamente con lograr la constitucionalización de las ideas motrices de nuestro derecho privado y facilitar a los ciudadanos y a los operadores del derecho un conjunto de reglas que, construidas sobre los viejos y consolidados cimientos, elaboren unos paradigmas institucionales revisados que resulten más ágiles, comprensibles, conformados sobre las necesidades y problemas del momento y abiertos y compatibles con la construcción europea de un Derecho común.

No se trata de hacer mejor a nadie y menos de fijar parámetro alguno de bondad y felicidad, más bien de intentar construir una nueva base que sustituya a la decimonónica, agotada en sus posibilidades y dañada por graves obsolescencias y vacíos que no se pueden cubrir por la vía de analogía u otra vía de

⁴⁸ Este es el testimonio, por ejemplo, de las enseñanzas de Antonio Gramsci en sus *Escritos desde la cárcel*, o de las Epístolas de San Pablo a las nuevas Iglesias griegas por él fundadas. Una muestra de lo contrario sería la que proviene del *Libro rojo* de Mao, un opusculito encaminado a forjar agentes dominadores por el terror de la sociedad china para destruir la cultura confuciana, base de su aglutinación.

interpretación de normas del pasado aplicables a situaciones y técnicas nuevas.

Pero, con todo, estimo que la principal consecuencia del planteamiento de esta cuestión consistirá en dar clara noticia a la comunidad científica y a los poderes establecidos de la existencia de un grupo o de grupos profesionales de la enseñanza e investigación del derecho civil que están indagando seria y constructivamente las posibilidades de emprender una tarea larga de revisión, comparación, crítica, indagación, acomodación social y presentación en público de propuestas para la elaboración de un nuevo Código de Derecho privado.

Además, que estas mismas personas, que ya forman equipos permanentes de investigación, están dispuestas a coordinarse a tal fin y a subordinarse a un plan conjunto de trabajo.

O sea: los primeros destinatarios del trabajo seríamos los propios miembros de los equipos, una parte, al menos, de la comunidad científica, propósito que, incluso en su dimensión más pequeña y modesta, no excluye ni la colaboración, ni la utilización de los resultados por el mundo oficial como es lógico, aunque yo personalmente no soy capaz de ver interesado en este enriquecedor proyecto

a ningún estamento oficial y menos predispuesto a financiar con alguna generosidad la actividad privada encaminada a alcanzar tal finalidad general, por lo que habrá que volver, al menos como último recurso, a los procedimientos del siglo XVIII, espero que sin tener que resucitar las antiguas "Asociaciones de amigos del país", pero sí imitándolas, pues fueron muy eficientes y convincentes y de esto se trata.

NOTAS SOBRE LA EFICACIA SOCIAL DE DISTINTOS TIPOS DE NORMAS CIVILES^{*/**}

Jesús DELGADO ECHEVERRÍA

Resumen

El criterio de eficacia social de las normas como cumplimiento o, en otro caso, aplicación, que habitualmente se ofrece desde la teoría general del Derecho, es muy limitado y deja fuera del análisis a todas las normas distintas de las de mandato (obligación o prohibición). Con ello resulta inaplicable a la

* Artículo publicado en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006), págs. 195-218. Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05790, "Validez de los actos jurídicos de Derecho privado", financiado al cincuenta por ciento por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y los fondos FEDER y del que soy investigador principal.

** El texto de este artículo fue discutido en febrero de 2007 sucesivamente en el Seminario del Grupo de Investigación "Nulidad", de la Universidad de Zaragoza, que yo dirijo, y en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, que dirige Manuel Atienza. Muchas gracias a todos los que intervinieron en estas sesiones, especialmente a los hospitalarios colegas de Alicante, por la crítica a que sometieron mis ideas.

mayor parte de las normas de Derecho privado, pues en éste son minoría las normas de mandato "imperativas". Predominan, con mucho, las permisivas y las que atribuyen poderes y determinan las condiciones de su ejercicio y las "dispositivas", relacionadas con las anteriores. Son necesarios otros criterios (distintos del de cumplimiento/aplicación) para apreciar la eficacia social de estos tipos de normas civiles. Hay que tener en cuenta que las normas de Derecho privado no tienen como función principal señalar fines a la conducta de los particulares, sino facilitarles la realización de los objetivos que se propongan para realizar sus proyectos vitales. Este rasgo condiciona cualquier análisis de la eficacia y efectividad social de las normas de Derecho privado.

En este trabajo se exploran criterios de eficacia y efectividad social de los diversos tipos de normas de Derecho privado, trayendo a contribución puntos de vista de la teoría general del Derecho, de la sociología jurídica y de la "ciencia de la legislación".

1. Definiciones de eficacia y de efectividad de las normas

Es usual en la teoría del Derecho la definición de la eficacia social de las normas por referencia al cumplimiento de las mismas o,

caso de incumplimiento, su aplicación por el juez¹. Cumplimiento y aplicación resultan así las claves para la definición de eficacia.

Es también habitual la distinción entre este concepto de eficacia y el de eficacia o efectividad social como "capacidad para obtener, por medio de normas jurídicas, estados de cosas socialmente valiosos"².

La consecución de determinados estados de cosas es el fin que el legislador se ha propuesto³. Al diseñar la ley, sólo después de

¹ Esta noción se remonta al menos a Kelsen (Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2ª y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena, 1960; trad. del original en alemán por R. J. Vernengo, *Teoría pura del Derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1979, pág. 24).

² Pablo Eugenio Navarro, *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 19.

La terminología no está totalmente fijada: por ejemplo, Díez Ripollés utiliza de manera inversa efectividad y eficacia, siguiendo quizás pautas de la penalística alemana: cumplimiento y aplicación "se ocupan de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia", mientras que la eficacia se refiere a la obtención (mediante el cumplimiento o la aplicación) de los objetivos de tutela perseguidos (José Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, ed. Trotta, Madrid, pág. 95).

³ Desde el punto de vista de la política legislativa, Atienza considera la efectividad social de las normas

determinados los fines procede considerar qué normas serían aquellas que, caso de ser cumplidas, producirían el estado de cosas socialmente valioso deseado (acorde con los fines), y qué otros efectos, deseables o no, es previsible que de tales normas deriven; después –en realidad, simultáneamente, o en procesos iterativos–, si tales normas pueden ser cumplidas y si es previsible que lo sean, qué obstáculos encontrarán para ello, qué otras medidas legales o de otro tipo son necesarias o útiles para lograr el cumplimiento, cómo incentivar el cumplimiento; se plantean también cuestiones sobre la aplicabilidad de las normas en caso de incumplimiento, necesidad de normas procesales u orgánicas de los tribunales, ejecutabilidad de las sentencias.

En la teoría del derecho, el análisis del concepto de eficacia parte del concepto de cumplimiento. Se entiende que a través del cumplimiento de la norma se consiguen los

("¿alcanza la ley los fines sociales perseguidos?") como el valor de referencia en el nivel de la racionalidad teleológica (R4); mientras que el valor de referencia en el nivel de la racionalidad pragmática (R3) es la eficacia: «que las normas sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino "Derecho en acción"» (Manuel Atienza, *Contribución a una teoría de la legislación*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1997).

resultados y consecuencias considerados valiosos para la sociedad; o bien, en caso de incumplimiento, la aplicación de la norma por los jueces trata de conseguir resultados equivalentes⁴.

2. Eficacia como cumplimiento

Ahora bien, el concepto de cumplimiento de normas es todo menos claro o sencillo. Aquí, y por su estrecha relación con el Derecho civil, me interesan estos dos aspectos:

a) Cumplimiento parece que sólo puede predicarse respecto de normas regulativas de mandato⁵, es decir, de las que ordenan o prohíben (con los operadores deónticos de

⁴ La equivalencia de los resultados es, sin embargo, muy relativa. No es lo mismo una situación en la que los ciudadanos se abstienen de cometer delito que otra en la que las cárceles están superpobladas porque los jueces, aplicando correctamente las leyes, condenan a los que cometen delitos. La valoración social de estos resultados es muchas veces ambigua: ¿es un éxito que aumente el número de condenas por violencia doméstica, tráfico de estupefacientes, delitos ecológicos...? Cfr. François Ost y Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, pág. 330.

⁵ Sigo la terminología de Atienza y Ruíz Manero en la clasificación de los enunciados jurídicos (Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed. actualizada,

obligación o prohibición). No cabría cumplimiento de normas permisivas; tampoco respecto de las que atribuyen poderes (normas de competencia); menos aún respecto de normas puramente constitutivas o de enunciados conceptuales, como las definiciones. Tampoco parece que "cumplimiento" sea un concepto adecuado para entender la eficacia de las normas dispositivas o supletorias, que constituyen, junto con las otras categorías distintas de las regulativas de mandato, la inmensa mayor parte de las normas contenidas en los códigos civiles. En consecuencia, el análisis de la eficacia de las normas debe ser completado y enriquecido ampliamente para que sea verdaderamente útil en el campo del Derecho civil⁶. En realidad, mantener el concepto de

Ariel, Barcelona, 2004, vid. en particular cuadros de págs. 201 ss.).

⁶ Algunas limitaciones de la noción que identifica eficacia con incumplimiento y aplicación son puestas de manifiesto por Di Lucia, "Agire *secondo* una norma, agire *per* una norma, agire *in funzione di* una norma", en Paolo Comanducci e Ricardo Guastini (coords.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli ed., Torino, 1996, págs. 37-45.

Autores más alejados de la filosofía analítica, al advertir la existencia de tipos de normas respecto de las cuales no cabe hablar propiamente de cumplimiento, proponen superar el concepto de eficacia como capacidad de la regla para orientar el comportamiento de sus destinatarios en el sentido deseado por el legislador y sustituirlo por uno más amplio según el cual la regla es eficaz si es utilizada por sus destinatarios como modelo

eficacia estrictamente relacionado con el de cumplimiento parece reflejar la concepción elemental de los sistemas jurídicos como conjunto de mandatos respaldados por amenazas y resulta adecuado únicamente, si acaso, para el análisis de las normas penales (los delitos como incumplimiento).

b) Cumplimiento no es la mera correspondencia de la acción de los sujetos con el contenido prescriptivo de la norma, requiere no sólo el conocimiento de la misma, sino que ésta haya servido de motivación para la acción.

Las cuestiones suscitadas en a) y b) están interrelacionadas, y así se plantean explícitamente en la literatura especializada. P. Navarro⁷ distingue entre "correspondencia", "acatamiento" y "cumplimiento" del siguiente modo: "Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p y los sujetos normativos producen p" (correspondencia); "Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p, los sujetos normativos *conocen la existencia de (N)* y producen p" (acatamiento); "Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción p, los sujetos normativos *conocen la*

para orientar su actividad práctica (Ost y Kerchove, 2002, págs. 229-230, con cita de P. Amselek y otros autores).

⁷ Navarro (1990), pág. 16.

existencia de (N) y producen p en virtud de (N) (cumplimiento).

Pues bien, en su opinión, "explicar el concepto de eficacia solamente en términos de correspondencia no pone de manifiesto que el predicado 'eficacia' es utilizado naturalmente en el caso de aquellos enunciados destinados a promover conductas, es decir, prescripciones". "El concepto de eficacia tiene que explicarse de manera tal de vincularlo específicamente con el concepto y función de las prescripciones", precisamente porque "la función de las prescripciones es promover o evitar ciertas conductas. Por consiguiente, es un error desvincular el concepto de eficacia de los sistemas normativos de la función motivadora que caracteriza a estos sistemas". En definitiva, "un concepto de eficacia útil para la teoría jurídica es dependiente del concepto de prescripción. La simple relación de correspondencia no puede constituir, sin distorsión del concepto de prescripción, el concepto de asignación de eficacia (aun cuando pudiese ser de ineficacia)"⁸.

Esta es una importante limitación de la concepción de la eficacia como cumplimiento, pues sólo tiene sentido respecto de las normas regulativas de mandato (que obligan a

⁸ Navarro (1990), págs. 55-57.

hacer algo, o prohíben hacer algo). Quedan fuera las normas regulativas de permisión, así como las que confieren poderes, las constitutivas y los enunciados legales puramente conceptuales, como las definiciones. Navarro lo afirma expresamente para las primeras mencionadas:

"Incidentalmente, esto arroja luz sobre un punto importante: no tiene sentido predicar eficacia en el caso de las normas permisivas. La característica distintiva de la eficacia no es la existencia de una correspondencia sino el carácter deóntico de la norma en cuestión. Esto se demuestra claramente al considerar dos normas, una que permite el contenido proposicional *p* y otra que obliga a producir *p*. Supongamos que los sujetos normativos hacen $\neg p$. Sólo en el segundo caso es natural predicar ineficacia, aun cuando sea verdadero también del primer caso que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos. Esto no significa que las normas permisivas sean irrelevantes, ya que éstas son una importante herramienta de análisis de la dinámica de los sistemas jurídicos"⁹.

⁹ Navarro (1990), pág. 56.

Comenzaré con una observación sobre la última frase, según la cual las normas permisivas son "una importante herramienta de análisis" y, al parecer, ninguna otra cosa. Como si las normas permisivas –en el sentido amplio en que parece utilizado el término: las regulativas que no son de mandato- carecieran de toda función sustantiva, de toda relevancia social distinta de la de ser "herramientas de análisis".

3. "Cumplimiento" de normas distintas de las de mandato

El caso es que parte importante de las normas de Derecho civil son de permiso, aunque frecuentemente actúan acompañadas de otras de mandato dirigidas a los terceros o a la autoridad (así pueden analizarse las normas que atribuyen derechos subjetivos).

Cabe intentar una apreciación de la eficacia de las normas permisivas desde este punto de vista, sin renunciar a la implicación entre eficacia y cumplimiento. Si la permisión va acompañada del deber de otros sujetos de no impedir la acción permitida, y en la mayor parte de los casos los terceros no infringen este deber de abstención (o, cuando lo infringen, los tribunales remueven el obstáculo y sancionan al infractor) la norma de permiso sería eficaz.

Las normas que atribuyen poderes (contratar matrimonio, contratar, testar...) van acompañadas en el Derecho privado, de ordinario, por normas de permiso (el ejercicio de los poderes de Derecho privado es, de ordinario, discrecional). Cabría apreciar su eficacia atendiendo al cumplimiento de los correlativos deberes de los terceros (prohibición de interferir).

Para las normas constitutivas –o algunas de ellas- podríamos decir de forma análoga que son eficaces si los demás no discuten el estado o situación constituido por la norma o si, en el caso de que lo discutan o impidan sus consecuencias, los tribunales declaran la situación producida e imponen sus consecuencias. Por ejemplo, la norma que atribuye la mayoría de edad por el cumplimiento de los dieciocho años podría analizarse de este modo desde el punto de vista de la eficacia: es eficaz si en la mayor parte de los casos los mayores de dieciocho años son tratados como mayores de edad.

Generalizando, podríamos decir que una norma de permiso, una norma de competencia o una norma constitutiva es ineficaz si los demás sujetos impiden la acción permitida o las consecuencias de la situación adquirida y los tribunales no sancionan esta conducta.

Un concepto de eficacia –y de ineficacia– como el anterior, que sigue basado en el criterio del cumplimiento (o, si no, aplicación) tiene alguna utilidad. Ciertamente, no es indiferente desde el punto de vista de la consecución del estado de cosas deseado por el legislador que se impida actuar a los sujetos en los supuestos en que el legislador permite la acción sin que los tribunales garanticen la posibilidad de la acción permitida. Pero ¿podemos decir que todas las normas que, según este criterio, no son ineficaces, están dotadas de eficacia social?

4. ¿Es socialmente irrelevante la "mera coincidencia"?

Como hemos visto, para Navarro la mera correspondencia entre la conducta de los destinatarios de la norma y el contenido de ésta (coincidencia), prescindiendo de los motivos de la conducta y aun del conocimiento que los sujetos puedan tener de la norma, es irrelevante para apreciar la eficacia de las normas. También Liborio Hierro sostiene que "una investigación de la eficacia-correspondencia arrojaría resultados sin ninguna capacidad explicativa sobre la función de la(s) norma(s) investigada(s) y sin ninguna utilidad político-jurídica¹⁰.

Hierro propone como ejemplo histórico la promulgación del Fuero Juzgo por Fernando III, quien, según dice, "lo que en realidad estaba haciendo era legislar Derecho consuetudinario lo que, con toda probabilidad, le dotaba de un alto grado de correspondencia en cuanto que la conducta de todos los que, por costumbre, estuvieran cumpliendo las prescripciones del Liber se convertía automáticamente, aun sin ellos saberlo, en una conducta correspondiente al Fuero Juzgo". Para lo que sigue, doy por buenas estas apreciaciones.

El ejemplo no puede menos de llamar la atención de un civilista. En realidad, la mayor parte del Derecho civil codificado recoge Derecho anterior, ya seguido y practicado por los destinatarios de la norma antes de que fuera promulgada –o nuevamente promulgada– como ley. Así ocurre, señaladamente, con el Código civil español, según preveía la Ley de Bases¹¹.

¹⁰ Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, Ariel, Barcelona, 2003, pág. 77. Asimismo Francisco J. Laporta, "Poder y Derecho", en *El derecho y la justicia*, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, ed. Trotta, Madrid, 2ª ed., Madrid, pág. 451.

¹¹ Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma. Base 1ª: "El Código tomará por base el proyecto

Promulgar como ley lo que ya es observado y practicado en la sociedad es conducta muchas veces repetida por los legisladores, que afianzan de este modo la legitimación de su poder. Fue fenómeno corriente en la Edad Media (los reyes querían aumentar su poder como legisladores, frente a la resistencia de unos súbditos que oponían la validez de sus usos y costumbres, inmunes al poder real), pero también hoy podemos observarlo en su manifestación más pura cuando legisladores estatales aprueban sistemas de Derecho indígena o, más cerca de nosotros, al producirse la transmutación en ley autonómica del Derecho consuetudinario guipuzcoano¹² o de las

de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de *regularizar, aclarar y armonizar* los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico, o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores". Los términos en cursiva corresponden literalmente a los utilizados casi un siglo después por la Constitución de 1978 para indicar el alcance posible de los textos refundidos (art. 82-5).

reglas consuetudinarias de los arrendamientos rústicos valencianos¹³.

Tales operaciones legislativas tienen indudable eficacia en la configuración de las relaciones sociales. Además de contribuir a legitimar el poder, tales actos de legislación cumplen sin duda otras funciones. Siguiendo los esquemas propuestos por Vincenzo Ferrari¹⁴, la nueva legislación, aun coincidente con lo ya de antemano observado, *facilita el tratamiento de los conflictos declarados*, al menos por cuanto ahora las normas aplicables no requieren averiguación y prueba, pues ya están recogidas en una ley que los jueces tienen la obligación de conocer y aplicar. Más aún, quizás hasta el momento de la promulgación de la ley los Tribunales no estaban obligados a aplicar las normas consuetudinarias, o tenían prohibido hacerlo; y, en adelante, quizás aplicarán tan sólo, o preferentemente, las normas legisladas, y no posibles normas consuetudinarias anteriores

¹² Ley (País Vasco) 3/1999, de 26 de noviembre, "de modificación de la Ley del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa".

¹³ Ley (Comunidad Valenciana) de 15 de diciembre de 1986, sobre arrendamientos históricos valencianos.

¹⁴ Vincenzo Ferrari, *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del Derecho*, trad. cast., Dykinson, Madrid, 2000, pág. 271; *Funciones del Derecho*, trad. cast., ed. Debate, Madrid, 1989, cap. IV ss.

no recogidas en la ley o formadas con posterioridad. De este modo la ley orienta la conducta de los jueces, pues supone verdadera innovación en el "sistema del juez". Todo lo cual contribuirá también a *orientar las conductas* de los súbditos, que pueden conocer con mayor facilidad las normas aplicables, prever su aplicación por los jueces y saber que el aparato coactivo del poder político impondrá la ejecución de sus sentencias.

Todos estos fenómenos, de importancia nada desdeñable, son efectos de la ley ("eficacia social de las normas"), aun en la hipótesis de que el contenido de las normas coincida exactamente con la conducta ya observada por sus destinatarios y aun en el caso de que esta conducta tampoco cambie en el futuro.

5. "Invocar la ley": entre el cumplimiento y la aplicación

"Cumplimiento e invocación del Derecho" se titula uno de los capítulos de la "Introducción a la Sociología del Derecho" de Roger Cotterrell¹⁵. "Invocar el Derecho" es tomar la iniciativa el ciudadano para hacer uso de los remedios jurídicos que el Ordenamiento pone

¹⁵ Roger Cotterrell, *Introducción a la Sociología del Derecho*, trad. cast., ed. Ariel, Barcelona, 1991, págs. 209 ss.

a su disposición. Entre el cumplimiento (voluntario) y la aplicación de la norma civil por los jueces se interpone la iniciativa del particular que invoca y pide que se aplique para dar satisfacción a sus intereses.

La invocación del Derecho tiene un papel importante en todas las ramas del mismo (las denuncias de los particulares pueden ser decisivas para la aplicación de las normas penales o administrativas), pero es en el Derecho privado donde tienen un lugar central. En palabras del mismo Cotterrell, "en el terreno del Derecho civil (...) contractual y de responsabilidad civil por faltas, el Estado solamente pone los medios de ejecución, dejando al ciudadano la iniciativa de la acción para hacer uso de esos medios"¹⁶.

En efecto, en el Derecho privado no hay agentes públicos que velen para impedir los incumplimientos de las normas o procedan a sancionar de oficio cuando éstos se producen. Es el particular interesado quien, si quiere, invocará el Derecho (ejercitará su derecho) exigiendo cumplimiento a otro particular y, si es desatendida por éste su reclamación, poniendo en marcha un proceso en que se apliquen las normas hasta la ejecución coactiva si

¹⁶ Cotterrell, op. cit., pág. 211.

es necesaria, y siempre a impulso del particular.

En el Derecho privado, todas las normas son disponibles¹⁷, en el sentido de que los favorecidos por ellas pueden, ciertamente, invocarlas; pero pueden también, facultativamente, con plena libertad, no invocarlas, con lo que no habrá ocasión de que los Tribunales (ni autoridad alguna) las apliquen. No es sólo que los particulares puedan, de ordinario, renunciar a sus derechos, sino que incluso en los supuestos en que la renuncia no les está permitida (por ser contraria al interés o el orden público, o en perjuicio de tercero: art. 6-2 Cc.) pueden lícitamente no hacer nada, no invocar la norma, con lo que ninguna autoridad del Estado podrá aplicarla.

Debe distinguirse, por tanto, desde el punto de vista de la eficacia de las normas civiles, los casos en que, invocada la norma incumplida, los tribunales no la han aplicado y aquellos otros (que pueden ser mucho más numerosos) en que el particular no tomó ninguna iniciativa. Puede decirse que no hay incum-

¹⁷ Ennio Russo, *L'interpretazione delle leggi civili*, Giappichelli ed., Torino, 2000, págs. 174 ss.; "Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva", en *Rivista di Diritto civile*, XLVII, sept-oct. 2001, págs. 573 ss.

plimiento, en el Derecho privado, mientras el particular no exija el cumplimiento; aun entonces, no hay posibilidad de aplicación de la norma por los Tribunales mientras no se invoque el Derecho ante ellos.

Por tanto, pueden darse las tres situaciones siguientes:

a) La norma es "incumplida" (no se paga lo debido según contrato, no se indemniza el daño causado...) sin que el perjudicado exija cumplimiento.

b) Exigido extrajudicialmente el cumplimiento, éste no se produce y el interesado no acude a los Tribunales.

c) Exigido el cumplimiento ante los Tribunales, éste no se consigue.

Los casos a) y b) no pueden considerarse sin más casos de incumplimiento. Un número alto de ellos puede considerarse normal en todo sistema jurídico. Un número muy bajo de casos del tipo b), es decir, una situación en que toda falta de cumplimiento espontáneo lleve a "invocar el Derecho" ante los Tribunales parece poco deseable. Los particulares pueden encontrar menos costoso (en tiempo, preocupación y dinero) evitar la oficialización del conflicto, quizás mediante arreglos y tran-

sacciones, pero quizás también mediante el simple no hacer nada. En el Derecho privado, el cumplimiento y la aplicación de las normas no son valores absolutos. Prima la libertad de los sujetos, que invocan el Derecho sólo si quieren.

6. Normas de permiso y de competencia. Eficacia como éxito

Se habrá observado que, de acuerdo con el concepto de eficacia como cumplimiento, aplicado a las normas de permiso (*supra*, 3), éstas serían eficaces aunque ningún sujeto realizara nunca la acción permitida (y las normas constitutivas podrían ser eficaces aunque no se diera nunca el hecho previsto). Para Navarro, en el párrafo transcrito, si una norma permite el contenido proposicional *p* y los sujetos no hacen *p*, no es "natural predicar ineficacia", "aun cuando sea verdadero también (...) que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos". Ciertamente, para este autor, como hemos visto, "no tiene sentido predicar eficacia en el caso de las normas permisivas".

Pero más adelante Navarro hace la siguiente observación: la institución de la enfiteusis en el Derecho argentino sería uno de los casos "a los que los juristas podrían calificar de

ineficaces y simultáneamente afirmar su existencia"¹⁸. La enfiteusis, en efecto, parece ser una de las instituciones que primero viene a las mentes de un jurista como ejemplo de institución ineficaz (por cierto, Navarro no da ninguna explicación de qué deba entenderse por institución ineficaz: podemos entender que cuando son ineficaces las normas, en principio permisivas, que la regulan). Pero es el caso de que, aunque nadie, durante mucho tiempo, constituyera una enfiteusis (e incluso se hubieran extinguido todos los derechos reales de enfiteusis que por tiempo fueron), las normas reguladoras de la enfiteusis no serían ineficaces con arreglo al anterior criterio: nadie las ha incumplido ni han dejado de ser aplicadas por los jueces cuando el caso se ha presentado. Sin embargo, parece muy razonable cuestionar la eficacia de normas tales, como de hecho se hace a menudo sin mayores explicaciones. Parece que respecto de las normas distintas de las de mandato la realización de conductas correspondientes con ellas –o la producción de los supuestos de las normas constitutivas– es un elemento necesario del concepto de eficacia, aunque tales conductas no sean, por hipótesis, cumplimiento (si bien fácilmente puedan significar acatamiento, es decir, incluyen el conocimiento de la norma).

¹⁸ Navarro (1990), pág. 75.

Para este segundo concepto de eficacia de las normas distintas de las de mandato parece que hay que partir de la eficacia social pretendida por el legislador: de la finalidad con que ha dictado la norma y la previsión que ha hecho sobre su utilización por los sujetos jurídicos y las consecuencias de esta utilización. Dicho de otro modo, hay que situarse en el nivel de racionalidad R4 (racionalidad teleológica), sin pasar por R3 (racionalidad pragmática).

Este es el punto de vista de Liborio Hierro¹⁹ en su importante monografía dedicada a la eficacia de las normas jurídicas. Junto a la eficacia como cumplimiento (con sus variantes, según el motivo que mueve al sujeto) y como aplicación, la eficacia como "éxito"²⁰.

¹⁹ Liborio Hierro, *La eficacia de las normas jurídicas*, cit.

²⁰ Sobre la terminología, Hierro (2003), pág. 160 (nota 17); en pág. 74 un esquema con los diferentes sentidos de eficacia de las normas jurídicas. Esta concepción de la eficacia como éxito podemos considerarla propia de la sociología jurídica. El punto de vista estricto de la eficacia como cumplimiento (o, caso de incumplimiento, aplicación) es más propio de la teoría del Derecho, centrada, en lo que aquí concierne, en el problema de la necesidad de algún tipo de eficacia de las normas como requisito para la existencia de las mismas o, como más generalmente se piensa, de los ordenamientos jurídicos. Como advierte Hierro al poner de manifiesto la ventaja de las investigaciones sociológicas sobre el éxito

Para la medición del éxito hay que "seleccionar una definición adecuada de los propósitos del legislador y reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento o la aplicación de la norma"²¹. Ahora bien, por lo que se refiere a la eficacia de las normas permisivas (y entendidos los permisos como "permisos completos", que facultan al destinatario para realizar o no realizar la acción), no cabe hablar de correspondencia, ni de cumplimiento, ni de aplicación. "Sin embargo, los permisos pueden ser eficaces o ineficaces en el preciso sentido de que pueden tener o no tener éxito. Los permisos se dan para algo"²². El grado de

de las normas, "no hay ninguna demanda teórica que haga depender la existencia o validez de las normas o la existencia de un sistema jurídico de que el legislador consiga alcanzar mejor o peor sus propósitos" (pág. 168).

²¹ Hierro (2003), pág. 168. Además, han de tenerse en cuenta, para descontarlos de la eficacia, los efectos colaterales no deseados, en particular los efectos perversos.

²² Hierro (2003), pág. 174. Los enunciados normativos de permisión ("permisos fuertes" en el sentido de Alchourron y Bulygin, para distinguirlos de la mera ausencia en el sistema de normas de mandato sobre aquella conducta) contribuyen a guiar la conducta de los destinatarios de las normas. Como explican Atienza y Ruíz Manero (2004, pág. 130) "el hecho de saber con certeza que un determinado comportamiento es facultativo –esto es, que está libre de restricciones normativas– hará sin duda que muchos empiecen a hacer (...) lo que en otro caso no harían". Ejemplos para civilistas: arts. 1323

utilización de los permisos serviría de indicador del éxito de la norma y, en este sentido, de su eficacia.

Hierro pone dos ejemplos. El primero se refiere a la introducción del divorcio por la ley de 7 de julio de 1981 y su éxito vendría indicado por el "índice de conflictividad matrimonial". El segundo a la posibilidad de celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial de acuerdo con el RDLey 15/1998, de 27 de noviembre. Ocurrió que el porcentaje de contratos a tiempo parcial bajó del 20'3 en 1998 al 18'7 en 1999. En consecuencia, según Hierro "cabe afirmar que la ley no tuvo éxito, al menos en ese primer año".

De estos ejemplos me interesan aquí dos observaciones:

a) Los ejemplos (divorcio, contrato de trabajo) no se refieren a meros permisos, sino a normas que atribuyen poderes. No me pare-

y 1326 Cc. (sin ellos, en ausencia de prohibición, los cónyuges podrían hacer lo que ellos indican, pero acaso no habría seguridad). Más claro aún: art. 1458 Cc., sobre el que se dice en la Memoria del Borrador de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 1 mayo 2005, núm. 1988, pág. 2079) que "ha sido suprimido, porque en el momento actual resulta innecesario advertir que el marido y la mujer pueden venderse bienes recíprocamente".

ce incorrecto. Por el contrario, creo que las normas de competencia (especialmente las de Derecho privado) pueden analizarse junto con las permisivas por lo que se refiere a su eficacia.

b) Los ejemplos sugieren que la actitud del legislador respecto de las normas de permisión no es siempre la misma. Tampoco parece igual la actitud de la sociedad ante la frecuencia de uso de los permisos.

De las normas permisivas y de competencia en el Derecho privado puede decirse que su función, en general, es ofrecer a los sujetos una posibilidad de alcanzar la satisfacción de sus intereses mediante acciones que no están prohibidas ni son obligatorias. En las normas de competencia, el legislador ofrece un instrumento mediante el cual los sujetos pueden producir resultados institucionales acordes con sus intereses. Motivan y guían la conducta de los sujetos en cuanto que éstos, si, movidos por sus deseos, pretenden alcanzar determinados resultados institucionales, habrán de comportarse como dispone la norma.

La actitud del legislador puede ser de indiferencia ante estos deseos e intereses de los particulares y las acciones (naturales o institucionales) necesarias para satisfacerlos (en efecto, ni las ordena ni las prohíbe), pero

siempre tras una valoración positiva en cuanto a que, en abstracto, merecen la protección del derecho. Si nadie realiza nunca las acciones permitidas y, en particular, si nadie ejerce nunca los poderes conferidos, lo menos que puede decirse (admitiendo excepciones, como se verá) es que el legislador se ha equivocado en sus apreciaciones sobre los deseos e intereses de los ciudadanos y que ha hecho un trabajo inútil.

Dentro de esta actitud básica de indiferencia por parte del legislador, conviene todavía distinguir. En una dirección (que llamaré, para entendernos, permiso como tolerancia), parece que en ocasiones el legislador permite, por así decir, como mal menor y como deseando que, en realidad, nadie haga uso de la permisión, o cuanto menos posible. ¿Sería éste el caso del divorcio? Parece que es así en aquellas leyes de otros países que contienen instrumentos explícitos para retrasar la decisión de los cónyuges, imponerles mayor reflexión y ayudarles, si es posible, al mantenimiento de su matrimonio. Quizás era así –aunque la ley no era tampoco muy expresiva al respecto– en la ley española de 1981. Evidentemente, no lo es en la de 2005.

Ejemplos de permisos como tolerancia quizás sean las sustituciones fideicomisarias, o la posibilidad de pagar la legítima en dinero

en ciertos casos, o la de conmutación del usufructo viudal.

En la otra dirección (que llamaré permiso incentivado), hay sin duda permisiones que el legislador ve como de ejercicio deseable. Un ejemplo claro es el de la constitución de patrimonio especial para las personas con discapacidad²³, incentivado fiscalmente en la misma ley que establece su posibilidad. Me parece significativo, y que abona la conveniencia de la distinción que estoy explicando, que no pueda decirse lo mismo de la permisión de constituir una sustitución fideicomisaria en perjuicio de la legítima de otros descendientes, de acuerdo con las innovaciones introducidas en los arts. 782 y 808 Cc. (permisión que, ciertamente, carece de incentivos específicos)²⁴. En medio quedarían los "simples" permisos.

²³ Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

²⁴ Un claro ejemplo de permiso incentivado es el permiso laboral a favor del padre trabajador en caso de parto. La Ley que modifica el art. 48.4 ET, llamada de "conciliación de la vida familiar y laboral" (Ley 39/1999, de 5 de noviembre), en su Disp. Ad. 4ª, manifiesta el propósito de los poderes públicos de "conseguir que se acojan a las nuevas posibilidades" las trabajadoras y los trabajadores. Los incentivos no han modificado sensiblemente las preferencias de los ciudadanos, de modo que el

En todos los supuestos, la eficacia social de la norma de permisión requiere cierto número de acciones correspondientes a la norma, de manera que a mayor número de acciones correspondientes mayor es la eficacia de la norma. Cuántas acciones se requieran para que podamos decir que la norma es más bien eficaz que ineficaz, no es cosa fácil de decir. Pero recuérdese que tampoco es fácil –quizás imposible– cuantificar el número de actos de cumplimiento (o, en su caso, de aplicación) para poder afirmar la eficacia de una norma de mandato²⁵. Lo mismo que respecto de éstas, un parámetro lo da el número de casos posibles, es decir, los incluidos en el ámbito de aplicación (interna) o de validez, si se prefiere, según los criterios materiales, personales, territoriales y temporales. Para las normas de mandato, se ha propuesto una definición de "eficacia como mayoría" del siguiente tenor: "Una norma general (N) es eficaz si y sólo si la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones no infringen a (N)" (Navarro, 1990,

legislador, decidido a lograr la consecución de ciertos fines, tiempo después se plantea hacer obligatorio el "permiso" del padre.

²⁵ Tras un cuidadoso estudio de la cuestión, en particular de las propuestas de Navarro, L. Hierro concluye (pág. 137): "No hay criterio alguno de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa" (lo que no significa que hayamos de renunciar a medir la eficacia social de las normas).

23). Para las de permisión, es evidente que una proporción de acciones (coincidentes con el permiso) muy inferior al de la mayoría de los casos posibles sería suficiente para afirmar la eficacia, y que la proporción ha de variar de acuerdo con los tipos de permisión que a estos efectos he distinguido: mayor, obviamente, en el permiso incentivado, y menor en el permiso-tolerancia. Pero aun en estos últimos debe darse algún caso, pues de otro modo el legislador ha fallado en su previsión sobre los deseos y motivaciones de los ciudadanos. Lo superfluo es erróneo.

De esta manera podremos valorar la eficacia de normas que, por ejemplo: instauran determinados registros, o permiten la inscripción de ciertos actos en registros preexistentes, y nadie o muy pocos acuden a inscribir; permiten el testamento mancomunado o los pactos sucesorios para la transmisión de determinadas explotaciones agrarias, y muy pocos utilizan estos instrumentos; permiten el nombramiento de tutor por determinados parientes o en determinados casos, o la autotutela, o la tutela por parte de personas jurídicas (aquí las variantes de la realidad son muchas y el estudio empírico sin duda muy interesante); permiten la emancipación por concesión (de los padres o del juez) o por matrimonio; permiten la constitución de patrimonios especiales para personas con discapacidad, cuya

eficacia, en el sentido dicho, habrá que ver. Los ejemplos pueden multiplicarse, pues toda norma permisiva es susceptible de un análisis en el que se compare el universo de casos posibles y la proporción en que el legislador prevé que la norma será utilizada con el número de los actos realmente realizados.

Después de todo, quizás la diferencia con el criterio de eficacia de las normas de mandato sea que la previsión del legislador es, respecto de éstas, que la acción (cumplir) la realicen todos los que se encuentren en la situación de aplicación de la norma; mientras que en las permisivas la previsión es que la acción correspondiente la realicen quienes quieran (de acuerdo con sus propios motivos, o además incentivados por el legislador)²⁶.

²⁶ Hay un amplísimo campo jurídico ajeno totalmente a las normas de mandato que parece especialmente apto para el análisis de eficacia. Me refiero, precisamente, a ese campo creciente en intensidad e importancia de las leyes que establecen incentivos para la realización de conductas que no son obligatorias ni prohibidas, y que tienen una explícita finalidad de modificar la realidad social. Para profesores de derecho, el caso de las normas de reconocimiento de sexenios en razón de investigación podría ser un estupendo campo de análisis sobre eficacia de las normas (incluidas las consideraciones sobre efectos imprevistos o indeseados) y para afinar los conceptos correspondientes. Si ningún profesor hubiera hecho evaluar sus trabajos (y ninguna obligación había), creo que la calificación de fracaso total sería inapelable. Yendo las

El análisis de eficacia de las normas que conceden permisos o confieren poderes puede llegar mucho más lejos que estas consideraciones puramente indicativas. Lo que me importaba era mostrar que el análisis de eficacia es pertinente y útil también respecto de este tipo de normas, que constituyen la mayor parte de las correspondientes al derecho civil.

Haré todavía un par de observaciones. La simple atribución de un poder produce ya efectos en la realidad, aunque el poder no se ejercite. Se ha puesto el ejemplo²⁷ del poder conferido al presidente de gobierno de disolver el parlamento en ciertos supuestos: la sola potencialidad de la disolución incide en el comportamiento de los grupos parlamentarios. Poseer el arma puede ser incluso mejor que tener que utilizarla²⁸.

cosas como van, y suponiendo que se presentan a la evaluación la inmensa mayor parte de los que están en el campo de aplicación de la ley, la eficacia en este sentido es indudable. Estaríamos en el nivel R3 de la clasificación de Atienza. Reflexiones mucho más complejas se presentarían en el nivel R4 (¿cómo ha contribuido el sistema a elevar la calidad de la investigación académica en España?).

²⁷ No puedo recordar dónde lo he leído. Sirva esta nota de reconocimiento a su autor.

²⁸ Cabe pensar que algunos poderes es mejor que no haya que usarlos, por lo que la eficacia de las normas que los atribuyen no puede medirse en ningún caso por la frecuencia con que se usen. Puede ser el caso de la

De manera más general, la atribución de acciones judiciales (en definitiva, un tipo de poderes jurídicos) puede ser eficaz socialmente aunque nadie las ejercite o prescindiendo del número de casos en que realmente se ejercitan. Puede bastar con que se tengan (y los cauces procesales sean claros, y los resultados del proceso y de la ejecución seguros) para que la conducta de los posibles demandados se atenga a las normas, sin necesidad de pleito. El análisis de la eficacia de las normas procesales es un mundo por sí mismo, en el que aquí no hemos de entrar.

7. Las normas dispositivas

7.1. Concepto de norma dispositiva

La caracterización de las normas civiles dispositivas o supletorias (*ius dispositivum*) no es tan segura como sería de desear. Las analizaré como el resultado del juego de dos

desheredación (en que las normas tienen también un aspecto simbólico nada desdeñable). Otro ejemplo podría ser la llamada aceptación de la herencia por los acreedores. Pocas veces se habrá ejercitado –supongo, pues en este como en casi todos los demás ejemplos que voy poniendo no hay estudios empíricos–, pero es de suponer que su sola posibilidad, conocida por el llamado a la herencia, evite en muchos casos que deudores insolventes renuncien a la herencia sin otro fin que perjudicar a sus acreedores.

normas²⁹: a) una norma N_1 , que proporciona el contenido normativo y que puede ser de

²⁹ En los análisis especializados sobre "normas dispositivas" se hace referencia habitualmente al juego de dos normas. Ocurre así en el trabajo de Bülow en 1881 (que puede considerarse pionero en la dogmática contemporánea), si bien con la terminología cambiada (y quizás más adecuada). Las normas dispositivas (*dispositives, nachgiebiges, vermittelndes Recht*), a diferencia de las de derecho necesario o cogente (*absolutes, zwingendes Recht*, que señalan las consecuencias ineludibles de un supuesto de hecho), atribuyen a los interesados el poder de regular la relación jurídica dentro de ciertos límites (pág. 9). "Normas dispositivas" son para Bülow, por tanto, las normas que atribuyen poderes (Bülow no utiliza exactamente esta terminología, aunque sí varias veces la palabra *Macht* y sus derivados). A estas normas acompañan de ordinario las subsidiarias o complementarias (pág. 71: "*In Gefolge der dispositiven Rechtsnormierung findet sich oft eine subsidiäre, ergänzende Rechtsregelung vor*".) (von Bülow, "Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsornung", *Archiv für die Civilistische Praxis*, 64, 1881, págs. 1-109; Enneccerus, *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin*, Marburg 1889, págs. 152-160; Eugen Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Jena, 1899, repr. facsimilar, Scientia Verlag, Aalen, 1970; Ernst Fröhlich, *Von zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht*, Aarau, 1922; en obras generales traducidas al castellano, Von Tuhr, I,1, págs. 32-35 y, sobre todo, Enneccerus, I,1, págs. 183-187). De Castro no considera muy relevante la distinción entre normas imperativas y dispositivas y está más preocupado por reconocer también a éstas cierto carácter imperativo que por explicar qué sean unas y otras. Acierta al advertir que "no se trata de un tipo de normas [las dispositivas] por su naturaleza, sino que, por el contrario, será la mayor o

cualquier clase (de mandato, de permisión, atributiva de poderes, constitutiva, conceptual); b) otra norma N_2 que atribuye el poder de desplazar a N_1 excluyendo su aplicación en ciertos casos y bajo ciertas condiciones³⁰.

menor independencia que se da a la voluntad la que señale el carácter de la regla" (Federico de Castro, *Derecho civil de España, Parte General*, tomo I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 2ª ed., Madrid, 1949, repr. facsimilar de Civitas, Madrid, 1984, págs. 55-56; cfr. pág. 534). En Castán, por el contrario, puede encontrarse una sencilla exposición que se atiene a las concepciones más extendidas al clasificar las normas "por su eficacia frente a la voluntad de los particulares". A las normas imperativas denomina también Derecho absoluto, necesario, impositivo (*ius cogens*), las relaciona con el orden público y las divide en preceptivas y prohibitivas. A las otras las llama permisivas (y Derecho voluntario, facultativo, supletorio, dispositivo, *ius dispositivum*), las relaciona con el interés privado y las divide en interpretativas e integrativas (supletorias, integradoras) (José Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*. Tomo Primero, *Introducción y Parte General*, vol. primero, *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica*, Reus S.A., Madrid, 1982, págs. 403-406). Fuera de los tratados generales, merece destacarse la aportación de Díez-Picazo (Luis Díez-Picazo y Ponce de León, "La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos", *ADC*, 1956, IV, págs. 1147-1181), con una exposición clara y equilibrada de las relaciones entre la autonomía privada y las normas imperativas o dispositivas, si bien la total ausencia de referencias bibliográficas dificulta situar sus reflexiones en las corrientes de la civilística española y europea (algunas indicaciones proporciona el autor en obra de las mismas fechas, "Los llamados contratos forzosos", *ADC*, 1956, I, págs. 85-118).

Habitualmente se llama norma dispositiva a N_1 ³¹.

N_2 puede representar una pluralidad de normas, que confieren poderes en casos y en condiciones distintos.

³⁰ Con este análisis de las normas dispositivas pueden hacerse algunas observaciones útiles sobre el sentido o los sentidos en que puede decirse que tales normas son también, a pesar de todo, "imperativas". Por una parte, lo son (en el sentido de que obligan o prohíben) cuando la norma N_1 es regulativa de mandato y no se ha ejercido el poder conferido por la norma N_2 . Por otra, las condiciones de actualización del poder pueden ser distintas según variadas circunstancias (por ejemplo, contratación entre particulares en pie de igualdad, condiciones generales de la contratación), de manera que en unos casos puede excluirse la norma N_1 y en otros no: cuando la norma N_1 no puede excluirse podemos decir que estamos en presencia de una "norma imperativa". Pero no es que la norma N_1 cambie de naturaleza, o la tenga plural, sino que la diferencia reside en las condiciones del poder conferido por la norma N_2 en relación con el caso. Dicho de otro modo, ser "dispositiva" no denota una propiedad de la norma N_1 , sino la función subsidiaria o complementaria que puede tener en relación con el ejercicio del poder conferido por la norma N_2 . Y en todos los casos las normas son "vinculantes", "obligatorias", en el sentido de que son verdaderas normas jurídicas a las que los particulares están sujetos: tanto la norma N_2 (que atribuye el poder al particular) como la N_1 que, se aplica en todos los casos previstos por el ordenamiento.

³¹ Büllow denominó "norma dispositiva" a N_2 , poniendo así en la pista del juego conjunto de N_1 y N_2 que los autores posteriores advirtieron y explicaron con mayor o menor claridad.

La norma N_2 puede conferir un poder tal que se dirija directa y simplemente a la exclusión de la aplicación de la norma N_1 sin necesidad de que el sujeto proporcione otra regulación: por ejemplo, así puede operar la exclusión de las normas sobre responsabilidad para el caso de evicción en la compra-venta.

En otros casos el sujeto o los sujetos han de producir una autorregulación que sustituya a las reglas estatales. Así ocurre respecto de las normas de régimen de gananciales (es preciso para excluirlas un régimen matrimonial pactado) o las de sucesión abintestato (es preciso cierto contenido testamentario). En general, si la autorregulación es insuficiente, se aplicará la norma N_1 que no haya sido válidamente excluida.

Ser "norma dispositiva" no es una propiedad intrínseca de N_1 , sino una "propiedad relacional"³². Es más bien el resultado del juego conjunto de N_1 y N_2 : N_1 es "norma dispositiva" gracias a la existencia de N_2 . Y la propiedad de N_1 de ser norma dispositiva es relativa también en el sentido de que, puesto que pueden existir varias N_2 , N_1 puede ser

³² En el sentido, por ejemplo, de que nadie es intrínsecamente "primo hermano", sino en relación a otros sujetos a los que les une determinado grado de parentesco.

desplazada por procedimientos y con requisitos distintos según los casos³³.

El mandato³⁴ de N_1 sólo se actualiza cuando, en el caso, no se ha hecho uso del poder conferido por N_2 ³⁵. Por tanto, la función genérica de la norma dispositiva (N_1) en cuanto tal es proporcionar una regla en defecto de un acto de autonomía.

La eficacia de N_1 , cuando no se ejerce el poder conferido por N_2 , se aprecia del mismo modo que la de cualquier otra norma de mandato (de permiso, de poder...), de acuerdo con los criterios hasta ahora expuestos.

A su vez, la eficacia de N_2 podría medirse como la de cualquier norma de atribución de poder. En realidad, muchas (acaso la mayor

³³ Lo anterior explica o, al menos, permite plantear correctamente, el fenómeno de que una misma norma N_1 que, en general, resulta dispositiva para los contratantes, pueda ser "imperativa" (*ius cogens*) cuando la materia se regula mediante condiciones generales. También, que N_1 pueda ser desplazada sólo cuando la regulación contenida en N_2 favorezca a determinado sujeto, que el legislador considera típicamente más vulnerable o necesitado de protección (por ej., contrato de trabajo, arrendamientos urbanos, contratación con consumidores).

³⁴ O el permiso, o el poder conferido, o la definición propuesta.

³⁵ En lo que sigue, el poder conferido por N_2 se interpretará como poder de autonomía privada.

parte) de las normas que confieren poderes en Derecho privado están relacionadas con normas "dispositivas", que disciplinan la situación para el caso de no ejercicio del poder.

Pero no es el análisis, por separado, de la eficacia de N_1 y de N_2 el que nos ilustrará sobre la eficacia específica de las normas dispositivas. Si lo característico de éstas es el juego conjunto de N_1 y N_2 , en este juego conjunto habremos de centrarnos para apreciar su eficacia social.

7.2. Eficacia social y ejercicio del poder de desplazar la norma

Podemos comenzar con una pregunta: ¿Son más eficaces las normas dispositivas (N_1) cuando se aplican siempre, o en el mayor número de casos, por no ejercer los sujetos el poder conferido por N_2 ? ¿O, por el contrario, son más eficaces cuanto menos se hayan de aplicar por ser excluidas en la mayor parte de los casos mediante el poder conferido por N_2 ?

Preferir la primera alternativa llevaría acaso un prejuicio contrario a la autonomía privada, entendida como mal menor y desviación simplemente tolerada de las reglas legales; mientras que la afirmación de la primacía de la autonomía privada conduciría a la segunda alternativa.

Pero las cosas no son así de simples. En el primer caso, ¿por qué habría de molestarse el legislador en dictar normas dispositivas? Le bastaría y sería preferible convertir en cogentes las dispositivas o prescindir de ellas. En el segundo caso, estaríamos olvidando los costes de transacción. Es imposible para los contratantes prever todas las circunstancias, contingencias y vicisitudes posibles de su relación contractual; antes que imposible, es costoso en información, tiempo y esfuerzo y, por tanto, ineficiente el tratar de prever las consecuencias más allá de ciertos límites. Las normas dispositivas son, por tanto, funcionales a la libertad de contratación, al facilitar (abaratando) las transacciones, proporcionando una regla para los supuestos que los contratantes no han podido o querido prever. De manera que también desde este punto de vista parece de mayor eficacia la norma dispositiva que no es excluida por voluntad de los particulares, pues esto es comprobación o, al menos, indicio, de que la consideran adecuada para regular sus incumbencias.

Sin embargo, parece necesario distinguir tipos de normas dispositivas, atendiendo a la función específica de cada una de ellas, antes de formular algún juicio sobre su eficacia social.

No hay que atender sólo al contenido de la norma N_1 , sino también al tipo de permiso que acompaña a la norma N_2 . El poder de ejercicio facultativo de darse normas distintas de N_1 , desplazando la aplicación de ésta, puede ser, como todos los permisos, de mera tolerancia, neutro o incentivado. El éxito de las normas dispositivas puede consistir tanto en su aplicación en la mayor parte de los casos posibles como en que no se vean aplicadas prácticamente en ningún caso: dependerá del sentido del permiso.

En cualquier caso, el concepto de eficacia se aleja notablemente de la elemental apreciación del cumplimiento de la norma (o, en otro caso, aplicación coactiva). Es evidente que la exclusión de la norma N_1 mediante el ejercicio del poder conferido por la norma N_2 no es una supuesto de incumplimiento de N_1 .

Haré primero algunas consideraciones sobre normas dispositivas ajenas a la materia contractual, y luego sobre las que se insertan en la regulación del contrato o de los contratos en particular.

7.3. Las normas sobre sucesión intestada

En primer lugar, los importantes supuestos de la sucesión intestada y del régimen económico matrimonial. Estas normas son

dispositivas, puesto que su aplicación puede ser evitada mediante el testamento, en el primer caso, y las capitulaciones matrimoniales en el segundo. Pero, a diferencia de lo que ocurre respecto de las normas contractuales dispositivas, que sólo están llamadas a aplicarse en presencia de un contrato y para completar sus reglas, la sucesión intestada o el régimen matrimonial legal rigen en ausencia de toda previsión de los particulares cuando se dan ciertos hechos: involuntario en el primer caso –muerte del causante–, voluntario en el segundo –matrimonio–.

En ambos casos, conocer el número o proporción de actos de los particulares que excluyen las normas dispositivas parece relevante para juzgar sobre la eficacia de éstas, en el sentido de la utilidad y utilización reales de los poderes atribuidos a los particulares y de la capacidad de las normas dispositivas para conformar las relaciones sociales.

¿Cuántas sucesiones, en España, se gobiernan por las normas –dispositivas– de la sucesión intestada y cuántas por testamento? ¿Más o menos que en los países de nuestro entorno? ¿Crece o disminuye el número de testamentos?

No es fácil contestar. Traté de hacerlo en otro trabajo³⁶, apurando al máximo los datos publicados –procedentes de la estadística notarial-, con el apoyo de un escandallo que amablemente realizaron los funcionarios de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón durante cuatro meses. Aunque nuevas comprobaciones serían muy convenientes, creo poder afirmar que, en España, aproximadamente la mitad de todas las herencias se defieren por testamento. Con toda seguridad, el número de testamentos otorgados en los últimos veinte años aumenta sorprendentemente: desde 1984 ha crecido más del cincuenta por ciento, lo que no sólo es muy superior al aumento de la población, sino también al incremento del total de instrumentos notariales autorizados. Si los datos son ciertos, España sería uno de los países del mundo con mayor número de herencias deferidas por testamento, quizás por encima de Estados Unidos, que suele considerarse a la cabeza de la libertad de testar y su ejercicio³⁷.

³⁶ Jesús Delgado, "Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte", en *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006*, Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, 2006, págs. 103-115.

³⁷ Jean van Houtte, Marc Keuleneer y Kathelijne van der Brande, "Inheritance Law and Practice in the USA

Para Europa, se considera que en Inglaterra el porcentaje llega al 30%, en Alemania quizás al 20, y puede bajar hasta el 2'5 en Italia³⁸.

Si los datos son ciertos –por segunda vez introduzco esta cautela, dadas las dificultades para averiguarlos- es claro que, en España, las normas –dispositivas- sobre sucesión intestada son mucho menos eficaces que en otros países, en el sentido de que son seguidas en un número menor de los casos posibles. ¿Es ello de lamentar? Antes al contrario, si consideramos la libertad testamentaria como un principio valioso. Pero, dejando aparte otras muchas consideraciones posibles –sobre la afortunada configuración por la ley del testamento notarial y su fiabilidad, por ejemplo; o sobre la influencia en la testamentifacción del acceso generalizado a la propiedad de la vivienda- hay un aspecto que merece la pena señalar. Se ha sugerido (ciertamente, para otros países europeos) que "la propensión a testar depende en buena medida de la opinión social sobre el *ordo succesorius* legal"³⁹, o bien que "si las concepciones de la ley de sucesión intestada no coinciden con las

and Belgium", *Sociologia del Diritto*, n. 3, 1995, págs. 75-106.

³⁸ Vincenzo Ferrari, *Succesione per testamento e trasformazioni sociali*, Edizione di Comunità, Milano, 1972, pág. 75.

³⁹ V. Ferrari, 1972, pág. 51.

de la gente, habrá mayor propensión a hacer testamento"⁴⁰. Fluye fácil la hipótesis de que, en el ámbito del Código civil español, el deseo de las personas casadas de dejar al cónyuge bastante más de lo que la ley le atribuiría abintestato (en concurrencia con descendientes o con ascendientes) es uno de los mayores estímulos para otorgar testamento. Si esto es así, bien podría decirse que las normas que regulan la sucesión intestada tienen un déficit de eficacia social porque se apartan, al menos en el punto señalado, de lo que los ciudadanos entienden que debería ser el curso del fenómeno sucesorio.

7.4. Las normas sobre régimen económico matrimonial

Echemos ahora una ojeada a lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales. En la tradición del Código civil español, eran muy escasas las capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio y estaban prohibidas las posteriores (hasta 1975). Por el contrario, en los Derechos civiles forales tuvieron históricamente las capitulaciones un papel central en la regulación de las relaciones económicas en la familia. Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX su otorgamiento llegó a ser un fenómeno marginal, relacionado con formas

⁴⁰ Van Hoooutte y otros, 1995, pág. 85.

tradicionales agrarias de familia. En definitiva, apenas había diferencia dentro de España en cuanto a otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, que en todos los lugares era muy escaso, aunque todavía algo mayor en los países de fuera.

Pues bien, en los últimos tiempos está ocurriendo algo notable. El número de capitulaciones otorgadas aumenta desde 1975, hasta llegar en el año 2001 al treinta por ciento del número de matrimonios contraídos en el mismo año (en 1975 era del 0'8% de los matrimonios contraídos en el mismo). Por otra parte, este aumento es bastante homogéneo o, en todo caso, no responde a los viejos esquemas de contraposición entre Código civil y Derechos forales. Canarias y Madrid están a la cabeza. Sin duda divorcios y segundos matrimonios proporcionan estímulos para capitular, sentidos en principio del mismo modo en el centro que en la periferia, en el norte que en sur (con la importante excepción que se comenta a continuación). Parece que un creciente número de matrimonios no se encuentran a gusto bajo las reglas del régimen económico matrimonial legal. El desapego a la comunidad de gananciales, aunque minoritario, es ya claramente visible en la sociedad. Es el régimen de separación el que se considera preferible en muchos casos.

Confirmación de esta preferencia por el régimen de separación nos la proporciona el hecho, de otro modo incomprensible, del aumento mucho menor que las capitulaciones matrimoniales han experimentado en Cataluña, tierra tradicional de ellas. Lo que ocurre es que el régimen legal es allí el de separación y prácticamente nadie pacta uno de comunidad: las capitulaciones parecer servir allí preferentemente para modificar algunos rasgos del régimen de separación recientemente innovados por el legislador⁴¹.

Podríamos concluir diciendo que, comparativamente, las normas del Código civil sobre comunidad de gananciales son menos

⁴¹ Para todo lo anterior, Albert Lamarca y otros, "Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña", *Indret*, 4/2003, en línea en http://www.indret.com/pdf/dc07_es.pdf (consultado 3 noviembre 2010); luego en "Separate property and family self-determination in Catalonia: A changing model?" en Miquel Martín-Casals y Jordi Robot (eds), *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europa*, Documenta Universitaria, Girona, 2006 (con datos actualizados hasta 2003). Datos sobre capítulos matrimoniales y régimen de separación pactados por contrayentes en Zaragoza el año 2002, anotados en el Registro civil inmediatamente antes o después, en Miguel Lacruz Mantecón, intervención en la Ponencia "El régimen económico matrimonial de separación de bienes", *Actas de los Decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2004, págs. 146 ss.

utilizadas por sus destinatarios como modelo para orientar sus conductas que hace unos decenios; y menos también que las catalanas sobre régimen de separación por los suyos.

Por último, una observación sobre las reglas del "régimen de participación" introducidas en el Código civil en 1981 (arts. 1411-1434). Puesto que prácticamente nadie ha pactado desde entonces tal régimen –no se conocen resoluciones judiciales sobre el mismo- bien puede concluirse que son reglas dispositivas totalmente ineficaces: una oferta legal de normas dispositivas que no ha encontrado ninguna aceptación.

7.5. Derecho de los contratos

Pasemos al Derecho de los contratos, en el que el Derecho dispositivo ocupa la mayor parte de los artículos de los códigos. Los autores mantienen distintas concepciones sobre la finalidad y sentido de las normas dispositivas. La opinión más antigua las entendía como expresión de la "voluntad presunta" de los contratantes; luego, como "voluntad hipotética", o más bien como la regulación que dos sujetos racionales – que disponen de toda la información y ninguno de ellos tiene poder sobre el otro- habrían dado *ex ante* si hubieran dedicado la atención suficiente a aquellas incidencias posibles. Por otra parte,

está la opinión (quizás no tan alejada de la última indicada) de quienes entienden las normas dispositivas como la regulación justa discernida por el legislador en atención a los intereses en juego en un particular tipo contractual. Además, se admite con mayor o menor amplitud que las normas dispositivas pueden o deben recoger los usos del tráfico o acomodarse a ellos.

Ehrlich⁴² sugirió que la función principal de todas las normas dispositivas (*nichtzwingende Recht*) es evitar o limitar el arbitrio judicial, proporcionando una norma cierta para todos los supuestos que los contratantes no quisieron o no pudieron prever. A estos efectos, es irrelevante el contenido de la norma dispositiva: lo importante es que ha de ser aplicada por el juez por igual a todos los casos iguales. Podemos luego –Ehrlich lo hace– diferenciar diversos tipos o grupos de normas dispositivas, pero para todas ellas, cualesquiera que sean sus otros fines (interpretar la voluntad de las partes, recoger las

⁴² Eugen Ehrlich, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bürgerlichen Gesetzbuch für das deutsche Reich*, Jena, 1899, repr. facsimilar, Scientia Verlag, Aalen, 1970, pág. 42. En pág. 74, un cuadro de las posibles funciones (el autor habla de *Zweck in Rechte* y de *ratio iuris*) que pueden tener las normas que completan el contenido de las declaraciones negociales de los particulares.

cláusulas frecuentes en contratos del mismo tipo, adoptar los usos del tráfico, introducir una regulación equilibrada respecto de los intereses de las partes típicamente considerados, proteger a una de las partes), lo principal es que exista esa norma dispositiva que el juez ha de aplicar (necesariamente: para el juez es norma cogente).

Partiendo de esta idea de Ehrlich, que me parece clarificadora, el análisis podría continuar sugiriendo la irrelevancia o indiferencia de los contenidos específicos de las normas dispositivas. Puesto que los particulares pueden evitarlas, cualquier contenido sería adecuado⁴³, también el más alejado de las previsiones y deseos típicos de los particulares. Aún así, parecería un fracaso de la obra del

⁴³ Salvo que sea contrario a norma superior, en particular a la Constitución. De acuerdo con la importante S. T.C. 14 febrero 2002, "no se derivan diferentes exigencias de adecuación constitucional según que la norma cuestionada tenga carácter dispositivo o imperativo. Al margen de que la posibilidad de que los particulares puedan desplazar la aplicación de la regulación dispositiva encuentra siempre determinados límites, en unas ocasiones generales y en otras acotados por la norma que establece tal posibilidad, no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego".

legislador si ocurriera que en la inmensa parte de los casos en que las normas dispositivas podrían aplicarse los particulares las excluyeran⁴⁴.

Pero hay más. El contenido de las normas dispositivas sería quizás indiferente en ausencia de costes de transacción. La mera existencia de la norma dispositiva (cualquiera que sea su contenido) ahorra costes de transacción. Esta sería la principal función de estas normas de acuerdo con el análisis económico del Derecho⁴⁵. Pero los contenidos específi-

⁴⁴ Creo que tal puede decirse, por ejemplo, de la norma que "presume" que no hay solidaridad entre deudores (art. 1.137 Cc.): en ningún contrato, al menos cuando una de las partes sea un profesional, dejará de pactarse la solidaridad. Dígase lo mismo de los llamados beneficios de excusión y división en la fianza; o de las normas que presumen la gratuidad del préstamo de dinero (art. 1755 Cc., 314 Ccom.). Estas normas tienden a proteger al deudor, y su habitual ineficacia pone de manifiesto el escaso alcance práctico que tiene la pretensión de proteger a una de las partes de la relación mediante normas dispositivas.

⁴⁵ Cándido Paz-Ares, "Principio de eficiencia y Derecho privado", en *Estudios en Homenaje a M. Broseta Pont*, t. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 2853 y referencias en nota 10, accesible en <http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/cpa%20-%20pop.pdf>. El influyente artículo de I. Ayres and R. Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale L. J.* (1989), págs. 87 ss. (que Paz-Ares cita) introdujo el concepto de *penalty default rules* (nor-

cos de estas normas, aun inadecuados (cualquiera que sea el punto de vista, subjetivo u objetivo, para este juicio), se impondrán en la realidad si son altos los costes de transacción para pactar una regla que excluya la norma dispositiva. En este sentido, las normas dispositivas inadecuadas se aplicarán en buen número de casos en razón simplemente de los costes de transacción para evitarlas⁴⁶.

Esto hace que el legislador pueda preferir determinados contenidos para regulaciones dispositivas, aun sabiendo o previendo que no serán recibidos con agrado por los particulares (puede creer que la regulación es más justa que la que éstos voluntariamente pactarían o dispondrían), sin verse compelido por ello a configurar la norma como imperativa (que parecería la opción obvia dadas las premisas).

mas dispositivas que pretenden mover a una de las partes a proporcionar información a la otra o a terceros), que autores posteriores aceptaron pero criticó Eric Posner (E. Posner, "There Are No Penalty Default Rules in Contract Law", *U. Chicago Law and Economics*, Olin Working Paper N. 237, accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=690403>. El estado de la cuestión en Enrico Baffi, "Ayres and Gertner versus Posner - A Re-examination of the Theory of 'Penalty Default Rules'" (December 2006), accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=948916>.

⁴⁶ Por ejemplo, cabe pensar que son altos los costes de transacción para pactar un régimen económico matrimonial distinto del legal, tanto antes como después del matrimonio. La situación es de monopolio bilateral.

Le basta con prever que sólo una parte de los sujetos interesados harán uso del poder que les confiere para regular libremente sus relaciones, mientras que los otros, quizás la mayoría, por falta de información o, en general, por los fuertes costes de transacción a que habrían de enfrentarse, se verán de hecho sometidos a la norma. De este modo las normas dispositivas pueden tener (casi) la misma eficacia conformadora de las relaciones sociales que las normas imperativas.

8. Las normas que invalidan los actos de los particulares

Las normas que confieren poderes a los particulares son simultáneamente normas que establecen los requisitos de validez de sus actos y, correlativamente, normas que señalan la invalidez de los que no se atengan a tales requisitos.

En cuanto que atribuyen poderes, guían u orientan conductas, aunque lo hagan de una manera distinta a las normas de mandato. Lo hacen indirectamente, se ha dicho⁴⁷: guían la

⁴⁷ Joseph Raz, *Postscriptum*, en *El concepto de sistema jurídico*, trad. cast. UNAM, México, 1986, 272. Atienza y Ruíz Manero traducen mejor el párrafo principal: "El Derecho guía la acción del titular del poder [...]. Es por esto por lo que las reglas que confieren poderes son

conducta, no de todos aquellos que se encuentran en la situación hipotizada por la normas, sino únicamente de quienes tienen razones (deseos, intereses) para realizar con resultados institucionales el acto para el que se atribuye el poder.

En cuanto "normas invalidantes", quizás en un sentido muy amplio podría decirse que, lo mismo que las que establecen sanciones, contribuyen a "salvaguardar a las leyes de la erosión de las acciones contrarias"⁴⁸. Este es

normas. Guían la conducta. Pero a diferencia de las reglas que imponen deberes ellas proporcionan una guía indeterminada. Los deberes son exigencias que derrotan las otras razones para la acción que el agente tenga. La guía proporcionada por los poderes *depende* de las otras razones del agente. Si tiene razones para obtener el resultado que el poder le posibilita lograr, entonces tiene razones para ejercerlo. Si tiene razones para evitar el resultado, entonces tiene razones para no ejercer el poder". (Manuel Atienza y Juan Ruíz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2ª ed., Ariel, Barcelona, 2004, pág. 90).

⁴⁸ Otra forma en que contribuyen las normas de (in)validez a mantener el respeto por el ordenamiento jurídico es mediante la legitimación específica que generan para la actividad y el poder de los juristas. De los tres tipos de actividad de los juristas romanos (*cavere, agere, respondere*), la primera, *cavere*, consiste en la redacción de la fórmula de los actos. No es casualidad que el conocimiento jurídico que Gneo Flavio "robó" a los pontífices para ponerlo a disposición de la plebe fuera precisamente el de las fórmulas procesales y para la validez de los actos en el *ius*. Hoy como ayer, los

un importante efecto simbólico, que se produce por el simple hecho de existir la norma. Las normas de invalidez proclaman la "santidad de la ley", "santidad" que no quedará mancillada por los actos desviados de autoridades o particulares. Este efecto es automático, infectible, sin necesidad de intervención de acto alguno de autoridad ni modificación en el mundo real. Por tanto, es gratis para el legislador y los poderes públicos, que no tienen necesidad de ninguna medida para implementar lo dispuesto en la norma. Gran tentación, por tanto, para el legislador, que puede creer que, con sus meras palabras ("los actos de tal clase son nulos", con los añadidos, acaso, de "absolutamente, radicalmente, de pleno derecho") ya ha cambiado la realidad. Sin pensar en predisponer otras medidas (sanciones, por ejemplo) que disuadan eficaz-

particulares (lo mismo que las autoridades) necesitan consultores jurídicos que les indiquen cómo realizar sus actos (contratos, testamentos, demandas) para que sean válidos. Adicionalmente, otros juristas (señaladamente, los notarios) han de intervenir en muchas ocasiones para "validar" los actos previa comprobación de su adecuación a la legalidad. Hipotéticamente, los miembros de una sociedad podrían prescindir de los juristas para el conocimiento de las normas de mandato, si estas coinciden con las de la moral social; pero los necesitarán en cuanto las normas que confieren poderes señalen las modalidades para su ejercicio, pues estas son siempre artificiales, "puramente jurídicas" y necesitadas de aprendizaje especializado.

mente de realizar los actos, ni prever siquiera cómo orientará las conductas, en el caso concreto, la declaración de invalidez⁴⁹.

En cierto sentido, las normas invalidantes son siempre eficaces: el acto "no produce efecto alguno". Pero esto sería una eficacia meramente "intrajurídica". La cuestión que nos planteamos es si la previsión normativa de la invalidez de los actos evita realmente la realización de los mismos. Si cumple una función disuasoria. En esto, en la posible función disuasoria, se parecería la invalidez a la sanción⁵⁰.

⁴⁹ Es cómodo para los emperadores (Teodosio y Valentiniano, *Lex Non dubium*) fulminar con el rayo de la nulidad la conducta de los decuriones contraria a sus decretos. Pueden hacerlo a distancia, desde su palacio, sin necesidad siquiera de enviar emisarios a provincias. Otra cosa hubiera sido conseguir que sus oficiales castigaran a los que circunvenían sus prohibiciones. Tengo la sospecha de que el éxito de la *Lex Non Dubium* (y su reflejo en el art. 6-3 Cc.) tiene mucho que ver con este efecto simbólico de la nulidad, producido por las meras palabras, sin necesidad (ni, acaso, intención) de modificar la realidad.

⁵⁰ El hecho de que tanto la invalidez como la sanción tuvieran eficacia disuasoria no justificaría asimilar la invalidez a la sanción. Como es bien sabido, también determinados impuestos y tasas (sobre el alcohol y el tabaco, por ejemplo) tienen fines disuasorios, sin que puedan por ello considerarse sanciones en ningún sentido técnico. Me he ocupado de las relaciones entre invalidez y sanción (conceptos que creo deben mantenerse separados) en "¿Sanción de invalidez"? Los conceptos de

Lo que sigue son algunas reflexiones sobre la posible eficacia disuasoria de las normas de invalidez.

1. No siempre las normas de nulidad pretenden disuadir de realizar los actos, o de realizarlos de otro modo que del predispuesto en las normas que regulan el ejercicio del poder. Al Estado puede serle indiferente que los particulares, por ejemplo, hagan testamentos o contratos inválidos por defecto de forma (le basta con no otorgarles validez). Nino llega más lejos de esta consideración y entiende que, en general, la nulidad no está dirigida a desalentar comportamientos disvaliosos⁵¹. En su opinión, en ausencia de normas prohibitivas (sobre modalidades de ejercicio del poder) "los particulares son completamente libres de celebrar los contratos jurídicamente nulos y de hacerlos cumplir por medios no coactivos". Hay que volver a subrayar la condición de "en ausencia de normas

invalidez y de sanción". Ponencia en el Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, Zaragoza, 9 y 10 de noviembre de 2006, en línea en *NUL: Estudios sobre invalidez e ineficacia, 2006 (Especial Coloquio)*, <http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=249>.

⁵¹ La nulidad tampoco "puede verse como una sanción, si es que es un rasgo distintivo de ésta el estar dirigida a desalentar comportamientos disvaliosos" (Carlos Santiago Nino, *La validez del Derecho*, ed. Astrea, Buenos Aires, 1985, pág. 205).

prohibitivas", pues éstas muy frecuentemente acompañan a las normas de incompetencia en razón del contenido de los actos o de la incompatibilidad de su contenido normativo con normas superiores. Pero no deja de ser cierto que en un ámbito que puede ser muy amplio las normas de invalidez guían la conducta de los sujetos a la manera de las normas técnicas (persuadiendo, pero no intimidando), más como recomendaciones o advertencias que como preceptos o mandatos ("si no actúas como dice la ley, no alcanzarás tu propósito"). La frustración del interés del sujeto al resultar su acto inútil no es una consecuencia añadida por la ley (imputada a la conducta del sujeto), sino causada por la conducta misma⁵². Al Estado le es indiferente que el sujeto alcance o no su propósito y, por tanto, cuál sea su conducta al respecto.

2. Hay casos en que, por razones intrínsecas, no es pensable una finalidad disuasoria. Son obvios los supuestos de invalidez por error. La norma que señala la invalidez del contrato viciado por error no tiene ninguna posibilidad de servir de orientación para el

⁵² Utilizo categorías y clasificaciones tomadas de Norberto Bobbio, "Sanzione", *Contributi ad un dizionario giuridico*, Giappichelli, Turín, 1994, págs. 307-333; en particular págs. 313-315 y 321-322 (= "Sanzione", en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Utet, Turín, 1969, págs. 530-540).

que sufre el error "No caigas en el error porque entonces tu contrato será inválido", sería la pintoresca regla técnica, sólo atendible por quien supiera lo que no sabe. Como para nada puede orientar la conducta del testador la norma que prevé la anulación del testamento en el caso de que haya preterido no intencionalmente a alguno de sus legitimarios. En los casos de dolo o de violencia, ciertamente la norma invalidante no pretende (no podría) guiar la conducta de quien los sufre: pienso que tampoco pretende guiar la conducta de quien los utiliza, sino que esta finalidad la tiene la norma de conducta que les prohíbe utilizarlos.

Creo que no tienen la finalidad de orientar la conducta de los sujetos las normas que invalidan los contratos celebrados por menores o incapaces. Es obvio respecto de los que carecen de aptitud natural de entender y querer. Pero tampoco para quienes la tienen hay propiamente una prohibición de contratar. Desde otro punto de vista, ciertamente, la norma puede desalentar a los mayores de edad de contratar con menores o incapaces, pero no es seguro que esta sea su finalidad.

3. En sentido contrario, hay también muchos casos en que la finalidad de la norma invalidante es desalentar la realización de los actos: en todos los casos en que la invalidez

está prevista como consecuencia de la infracción de una prohibición (más aún si no se prevé ninguna otra consecuencia sancionadora).

Otra cosa es que, en efecto, la invalidez sea adecuada o suficiente para disuadir de realizar la conducta prohibida. En el terreno de la eficacia y la efectividad social de la norma, son muchas las circunstancias de la realidad (además de la configuración de la norma) que pueden excluir o minorar este efecto disuasorio. Entramos en un terreno poco o nada explorado. Propongo y comento algunos ejemplos.

a) No hay efecto disuasorio cuando a los sujetos les es indiferente la validez, es decir, la posibilidad de utilizar la coacción estatal para lograr el cumplimiento de los deberes resultantes del acto. La Ley de Defensa de la competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) proporciona un buen terreno para la reflexión. El núm. 2 de su art. 1 dispone que "son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el número 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley". Pero el legislador parece consciente de que la nulidad de poco serviría para desalentar estos actos, por lo que establece a continuación un catálogo de sanciones (en

particular multas, sancionadoras y coercitivas). Sobre todo, ocurre que no sólo están prohibidos los acuerdos, decisiones o recomendaciones que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir, o falsear la competencia, sino también toda "práctica concertada o conscientemente paralela" con el mismo objeto o consecuencia. Son esas "prácticas" lo que realmente se quiere erradicar y para ello la nulidad carece sentido. Cuando haya acuerdos, el problema principal no es su existencia, pues, al menos si son claramente ilegales, nadie pretenderá exigir su cumplimiento ante los tribunales: el problema es que se están "cumpliendo", es decir, que voluntariamente las empresas están realizando las prácticas contrarias, de forma concertada o conscientemente paralela.

Consideraciones similares pueden hacerse sobre el pacto "*de non licitando*", tendente a alterar el resultado de la subasta (ejemplo clásico de contrato contrario a la moral o las buenas costumbres): rara vez el problema será que una de las partes reclama su aplicación en juicio. La norma que tacha de inválido al pacto poco puede hacer para desincentivar las conductas concertadas.

En general, puede sugerirse que cuando las partes tienen razones suficientes, ajenas al

sistema jurídico, para mantener la conducta pactada, la norma de invalidez es ineficaz para modificar esta conducta. Su efecto parece ser exclusivamente el simbólico de mantenimiento de la santidad de la norma.

b) El caso del contrato usurario suscita reflexiones distintas. La validez interesa al prestamista, pues para el prestatario es razón importante para cumplir (pagando los intereses y restituyendo el capital) la posibilidad de ser condenado a ello por un tribunal. De hecho, es frecuente que el prestatario alegue el carácter usurario del préstamo sólo al ser demandado por incumplimiento.

Ahora bien, que la nulidad alcance efectos disuasorios para el prestamista depende de las consecuencias posteriores a la declaración de nulidad. Si, siguiendo un esquema "clásico", declarada la nulidad el prestatario ha de restituir de inmediato el capital, el cálculo coste-beneficio puede mover a los prestamistas a seguir prestando con intereses usurarios, previendo una probabilidad escasa de que los prestatarios hagan valer la nulidad junto con el hecho de que, en estos casos poco probables, recuperarán de inmediato el capital (que, simplemente, habrá quedado improductivo durante el tiempo transcurrido, si a su vez han de restituir todos los intereses percibidos: menor efecto disuasorio tendría todavía una

regulación que le permitiera retener el interés usual, o el legal)⁵³.

Una regulación que privara al usurero de la acción para recuperar el capital -al menos, durante el tiempo pactado para el préstamo-sería, sin duda, mucho más disuasoria. Claro que establecería, precisamente, una sanción: una pena de derecho privado. Algo que la doctrina y la jurisprudencia españolas ven con especial recelo, pero que podría fundarse en lo dispuesto en los arts. 1305 y 1306. Lo que quiero señalar aquí es que esta regulación de las consecuencias de haber realizado atribuciones patrimoniales con causa ilícita o torpe (no sólo en el caso mencionado de la usura), que tiene en el Código un indudable sentido punitivo con previsibles efectos disuasorios, suele ser evitada por los tribunales y combatida por los autores⁵⁴. ¿Acaso porque les

⁵³ Sobre la ley española y las diversas actitudes de sus intérpretes puede verse Jesús Delgado y M^a Ángeles Parra, *Las nulidades de los contratos*, Dykinson, Madrid, 2005, págs. 311-316.

⁵⁴ Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, se ha defendido que las reglas del *Common Law* sobre contratos ilegales son eficientes, precisamente porque niegan toda acción (cumplimiento, rescisión y *restitución*) a ambas partes, con excepciones casuísticas que no se alejan mucho de lo dispuesto en nuestros artículos 1305-1306 Cc. (Juliet P. Kostritsky, "Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Study in Modern Contract Theory", *Iowa Law Review*, vol. 74, pág. 115,

parece suficiente sanción la declaración de nulidad? Desde el punto de vista de la eficacia disuasoria de la sanción, es claro que la mera nulidad resulta inútil. Cabe pensar que los juristas a quienes las "penas privadas" parecen inconvenientes –aunque los "daños punitivos" no son ya totalmente ajenos al ordenamiento español y parece que su reconocimiento va creciendo–, si afirman que "la nulidad es una sanción" es porque saben que, en realidad, no es una sanción punitiva y no tiene por sí efecto disuasorio.

4. Los contratos simulados es otro campo interesante para comprobar en qué forma la invalidez desalienta la realización de los actos, si es que lo hace. No entraré aquí en explicaciones sobre la simulación y sus tipos: me basta con señalar que autores y tribunales son unánimes en que el contrato simulado es nulo de pleno derecho (y en que el contrato

1988. Accesible en SSRN: <http://ssrn.com/abstract=923577>). En ambiente académico muy distinto (aunque con alguna influencia de *Law and Economics*), se ha recordado recientemente el punto de vista de Canaris (1990) sobre la negación de restitución que resulta del § 817 BGB en los casos de prestación contraria a la ley o a las buenas costumbres: la regla (que incluye los contratos usurarios) estaría justificada por su eficacia de prevención general (Gerhard Wagner, "Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmassung oder legitime Ausgabe?", *Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd. 206 (2006), en particular págs. 364-368).

disimulado es válido si tiene los requisitos de fondo y forma), aunque disientan en el fundamento de esta nulidad. Pues bien, la nulidad es precisamente lo que desean las partes. La nulidad del contrato simulado no tiene la menor capacidad disuasoria, antes bien, es una condición necesaria para que los particulares los concierten. Paradójicamente, el efecto disuasorio lo tendría la validez de lo declarado y sólo aparentemente querido.

En este como en los ejemplos anteriores no estoy formulando propuestas de política legislativa, sino analizando teóricamente las potencialidades disuasorias que en diversos contextos pueden apreciarse en la invalidez, para mostrar que tampoco en este sentido funcional y sociológico de las sanciones puede decirse que la invalidez, en general, lo sea⁵⁵.

⁵⁵ En cuanto a la simulación, creo, con P. Salvador, que no está prohibida en nuestro Derecho (por tanto, está permitida "en sentido débil"), pero que no hay razones para propiciarla. Añado que, en ciertos casos genéricos, convendría desalentarla; para estos casos, cabría considerar dar validez al acuerdo aparente. P. Salvador recuerda la postura de Carbonnier, partidario de impedir en lo posible la simulación, y da cuenta de cómo en Francia, entre otros supuestos, la simulación del precio en la compraventa de inmuebles tiene la consecuencia de que para las partes el precio simulado sea el realmente debido. Esto, sin duda, desincentiva al vendedor de hacer constar en la escritura un precio más bajo cuando se

quiere cobrar aparte un sobreprecio (acaso "en negro") (P. Salvador, "Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada" pág. 48, en P. Salvador y J. M. Silva Sánchez, *Simulación y deberes de veracidad*, Civitas, Madrid, 1999).

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación*
2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*
3. A. Ruíz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución*
4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía*
5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia*
6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, *Consideraciones sobre la prueba judicial*
7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria*
8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio*
9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho*
10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*
11. F. J. Laporta, J. Ruíz Manero, M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*
12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*
13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces*

14. M. C. Redondo, J. M^a Sauca, P. Andrés Ibáñez, *Estado de Derecho y decisiones judiciales*
15. S. Huster, A. Pau, M^a J. Roca, *Estado y cultura*
16. P. Comanducci, M^a A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo*
17. E. Barros Bourie, M^a P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños*
18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica*
19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?*
20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales*
21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente*
22. R. Vázquez, A. Ruíz Miguel, J. M^a Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución*
23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad*
24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles*
25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, *Los desacuerdos en el Derecho*
26. Jesús Delgado Echeverría, Joaquín Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española*

