

UNIDAD Y PLURALIDAD DEL DERECHO CIVIL: AÑOS DESPUÉS¹

José Antonio Doral García

Catedrático de Derecho Civil
Universidad de Navarra

Miguel Pasquau Liaño²

Magistrado
Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

TITLE: *Unity and plurality of civil law: years later*

RESUMEN: Los autores reflexionan sobre las transformaciones experimentadas por el sistema del Derecho civil en el tránsito del siglo XX al siglo XXI, y contrastan las preguntas de hoy con las que ambos enfrentaron en un artículo que también escribieron juntos, con el mismo título, hace cuatro décadas. Constatan un desplazamiento de las fuentes y fundamentos del sistema derivado de cambios ideológicos, tecnológicos, normativos y macropolíticos, y postulan un nuevo diálogo entre la cultura de la codificación y la cultura constitucional que pudiera restañar los deterioros en la entereza y funcionalidad del Derecho privado como factor de estabilidad en el ordenamiento jurídico.

ABSTRACT: *The authors reflect on the changes that have occurred in the civil Law system throughout the twentieth and twenty first century and compare the current questions with those approached in the article that they wrote together, with the same title, four decades ago. They confirm a shift in the sources and the structure of the system derived from ideological, technological, normative and macropolitical changes, and propose a new dialogue between the culture of coding and the constitutional culture that could restore the deterioration in the integrity and functionality of Private Law as a factor of stability in the juridical order.*

PALABRAS CLAVE: Codificación, Constitución, Fuentes del Derecho, Cultura jurídica, Sistema jurídico.

KEY WORDS: *Coding, Constitution, Sources of law, Juridical culture, Legal system.*

SUMARIO: PARTE PRIMERA: EL ESCENARIO ACTUAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO. 1. AÑOS DESPUÉS. 2. LA IDEA ABSTRACTA DEL NEGOCIO JURÍDICO. 3. EL DERECHO CIVIL. 4. EL DERECHO CIVIL ES DERECHO COMÚN. 5. FILOSOFÍA DEL CÓDIGO CIVIL. 6. EVOLUCIÓN Y ANACRONISMO. 7. ASPECTO FINAL: ¿PROGRESO O CAMBIO? 8. EL DESPLAZAMIENTO DE LAS FUENTES. 8.1. ¿Qué entender por desplazamiento? 8.2. La circularidad del proceso hermenéutico. 9. DESPLAZAMIENTO POR

¹ «Unidad y pluralidad en el Derecho civil» fue el título del artículo que los autores publicaron en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 22, en 1982. Casi cuarenta años después, hacen una relectura de aquel texto y reflexionan sobre los mismos tópicos, procurando identificar cuáles son las grandes preguntas del Derecho civil en un entorno tan diferente, tras las transformaciones experimentadas en el tránsito del siglo XX al siglo XXI. El diálogo con aquel artículo se trenza con un diálogo entre ambos autores.

² El autor es Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Granada y en 2013 obtuvo la acreditación nacional a Catedrático de Derecho Civil (N. del E.).

VÍA DE REFORMA. PARTE SEGUNDA: UNIDAD, PLURALIDAD Y CENTRALIDAD: EL PROBLEMA DE LOS FUNDAMENTOS. 1. AÑOS DESPUÉS. 2. UNIDAD, PLURALIDAD Y CENTRALIDAD. 3. CULTURA Y MEMORIA. 4. LO QUE ENTONCES NO SABÍAMOS. 5. ¿QUÉ PREGUNTAS DEJAMOS? BIBLIOGRAFÍA

PARTE PRIMERA: EL ESCENARIO ACTUAL DE LAS FUENTES DEL DERECHO

José Antonio Doral García

1. AÑOS DESPUÉS

En un contexto literario la realidad confirma que con la «rueda cotidiana del tiempo» circula la vida humana. Más ligera la vida humana que el Derecho. Con ella, las fuentes de Derecho se desplazan, convierten o alinean de una u otra manera. Ahora le toca al Derecho la llamada «actualización» o reforma del precedente régimen sistemático, que se ha quedado corto.

A.- «*Unidad y Pluralidad en el Derecho civil*» fue el título expresivo de una orientación didáctica de finales de siglo (1982) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, que se publicó en los *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 22/1982; trabajo compartido con mi querido discípulo Miguel PASQUAU, quien recientemente ha disertado sobre «*Cultura jurídica y memoria de los juristas*», en su discurso de recepción como Académico Numerario de Legislación y Jurisprudencia de Granada (2018). La lectura de su discurso me ha hecho mirar atrás, a aquellos años de incesante aventura de *renovación jurídica*, en particular en materia civil, contrato, propiedad, matrimonio y herencia. La novedosa institución del matrimonio y la familia que en él se funda, cuando de hecho esté de espaldas a la realidad, de la pareja que ya no conviva sin presunto arreglo³. Ello con la incidencia en el patrimonio hereditario.

Años después, ¿dónde está la unidad y dónde la pluralidad? ¿Dónde está el Derecho civil? ¿Qué ha pasado? ¿Por qué no volver a pensarlo? ¿Por qué no hacerlo juntos otra vez? ¿Por qué no reescribir aquel artículo? Él aceptó con la misma ilusión con la que yo se lo propuse.

B.- Elige el profesor Miguel PASQUAU para el Discurso académico tres datos significativos de época. Nada menos que la pérdida de memoria de los juristas, el alejamiento de la realidad y la vulgarización del Derecho. La memoria de los juristas ha

³ Escrito de varios juristas de Madrid a la Comisión de Códigos en solicitud de una ley de divorcio: «ni que decir tiene que el divorcio no podrá servir jamás de pretexto para que los esposos eludan sus responsabilidades y obligaciones para con los hijos del matrimonio disuelto, e incluso dentro de los límites temporales inherentes a su nuevo estado, para con el que fue su consorte. El moderado incluso más bien se ha desplazado».

seguido distintos derroteros, afines unos y complementarios otros a la función propia de la justicia. Función que para tenerse en pie no se desarrolla, nos dice, con solo datos sociológicos, psicológicos, políticos o económicos, con ser importantes. Efectivamente, el camino y la guía son la protección de la persona y la producción de frutos de las cosas fructíferas: la cosa justa dio su fruto sin quebrar la naturaleza. La conducta del hombre es significativa para la vida del Derecho. Ella crea expectativas jurídicas, aspiraciones legítimas, impulso para conseguir lo pactado o remedio caso de contradecir el cumplimiento. Basta la lectura sin prisas del artículo 1258 del Código civil para advertir una llamada al razonable comportamiento humano, la fidelidad contractual. Se escucha la voz de la palabra que indica y obliga a estar a las consecuencias del acuerdo o compromiso legítimo, la fuerza obligatoria. Por eso ignorar el esfuerzo de lo antes bien hecho o prometido llega a desestimar el trabajo milenario de muchos biempensantes.

C.- Milenaria es la «unidad de cultura occidental», que personalmente me recuerda el pensamiento del filósofo Xabier ZUBIRI, quien cifraba en tres fuentes históricas la raíz de Europa: la cultura griega, la romana y la cristiana, que no excluyen otras influencias directas de espiritualidad, también milenarias. Salta a la vista, por ejemplo, que hoy el cristianismo ya no es sinónimo de cultura moderna, y que la forma fundamental cristiana ha dejado de ser al menos «determinante»⁴. No obstante, impregna la fundamentación de viejas reglas que no impiden el paso al llamado pensamiento moderno.

Los títulos que en estas reflexiones van en mayúscula responden literalmente al aludido trabajo académico compartido en Granada. El primero de los interrogantes puede ser ¿por qué ese título?, leído tiempo después.

En principio, porque corresponde al momento en que la tendencia a un Código civil general se extendía en la *communis opinio*. Finalizadas las Compilaciones, la última, el Fuero Nuevo, sirvió ante todo de aspiración oportuna del programa político que aspiraba a un Código civil único «para todos los pueblos de España». El Derecho civil con el vivo reflejo de la pluralidad existente, (unidad y pluralidad), era tendencia representativa del panorama particular de nuestro Derecho civil. Necesidad generalmente sentida era incorporar definitivamente los históricos Derechos forales a un solo Código⁵. Ello no solo por el contenido institucional sino también por el espacio sin lugar cerrado, un solo Cuerpo de leyes actual e histórico «allá donde existan». Acaso la expresión preferida en la actualidad fuera «unidad y armonía», que expuse en una ponencia de Congreso en Francia: *Unité et Harmonie*.

⁴ BENEDICTO XVI, *Últimas conversaciones con Peter Seewald*. En la actualidad, nos dice, vivimos en una cultura positivista y agnóstica que se muestra crecientemente intolerante con el cristianismo (15 Recapitulación).

⁵ Sistema radicalmente «innovador, progresivo y realizable al que dio paso final, ultimado, el famoso Real Decreto de 2 de febrero de 1880, llamado de BUGALLAL, con su propuesta de acoger, "andando el tiempo", en un solo volumen toda la legislación civil, así general como regional de España». Histórico desplazamiento de fuentes, todavía *in itinere*.

En realidad, la memoria de datos no se pierde, se desprenden o descartan los efímeros que «el viento se llevó», pero la base se conserva, ahonda su arraigo para sostener el peso a su mayor altura. Siempre queda la unidad de la que «renace» la diversidad de lo cotidiano. «La regla cotidiana del tiempo», expresión apropiada de D. Quijote. En Derecho civil la unidad va acompañada -de ordinario- con la pluralidad de instituciones que configuran la sociedad. Cambian las técnicas, los conceptos, como las hojas, pero las ramas principales transitan. No pasan porque la vida social se sumerge en lo cotidiano del vivir, con la visión optimista de la dignidad humana, esa aspiración a una vida mejor y más noble de la que vivimos⁶. Si difieren la lógica estatal y en la actualidad la lógica del mercado.

D.- Retomando el título elegido de nuestro primer trabajo didáctico y docente, como se suele decir, abría camino. Lograda la unidad del Derecho civil en la armónica interrelación entre Código civil y las Compilaciones del llamado entonces Derecho foral, nuestro Derecho civil responde, todavía hoy, al problema histórico que dio lugar a la gestión y publicación renovada del Proyecto de Derecho civil. Ciertamente que ya contaba con la estrecha correspondencia de aquellas palabras de BUGALLALL: desde entonces *El código era posible*. Los derechos civiles territoriales corresponden a las consideraciones expuestas en el art 149.1.8 de la Constitución, que atestiguaron su vigencia para implantarse *ex novo* a todo el territorio de la Comunidad.

E.- El ideal codificador se proyectó, en efecto, con la vela encendida de la unidad de Derecho civil, y a sus instituciones -todavía vigentes- corresponden la mayoría de las definiciones y clasificaciones al uso. Ciertamente que la vida privada de los particulares y la permanente adaptación tocante a la jurisprudencia han variado el rumbo originario, precisamente con orden en la materia de fuentes. Incluso la historia de la codificación continúa en una fase legislativa que difícilmente puede concurrir con los postulados de la etapa codificadora. La dimensión interdisciplinar que hoy amplía la expresión en diversos aspectos, unidad relacional y real, atrae hacia sí los diversos sectores unidos y diversificados. La unidad y pluralidad remontó a instancias más universales. La etapa llamada descodificación en los sistemas europeos codificados (a la usanza o con inspiración en el viejo Código Napoleón) irrumpe de nuevo en la pluralidad legislativa. En este caso la cascada de leyes especiales rompe con la pérdida de la ilusión originaria de la unidad. La unidad se busca de nuevo, pero ahora en la pluralidad de sistemas europeos incorporados. El conocido como «Derecho de la Unión».

F.- Las nuevas tendencias codificadoras han cambiado de rumbo con la guía de la Constitución y el abanico de derechos de la personalidad o libertades fundamentales. La circulación del *Code*, modelo decimonónico, ha cambiado de ruta. Por estas razones no faltan argumentos para sostener que no una, al menos confluyen dos culturas: la francesa, con el pensamiento iusnaturalista en las premisas del *Code* Napoleón, y la experiencia cultural alemana del orden sistemático, premisa histórica del formalismo,

⁶ FERRER SANTOS, Urbano; *Acción, deber, donación: dos dimensiones éticas inseparables de la acción*, prólogo Josef Seifer. Madrid, 2015. Reciprocidad y gratuidad, mercado y don.

que revierte por otros conductos con predominio de jueces, métodos y enredos de precedentes y mecanismos financieros, más aptos para cruzar los mares que prosiguen sus hondos caminos.

El contraste entre el Derecho civil tradicional o clásico y la óptica más reciente se evidencia en el hecho de que un Derecho privado que tiende a consolidar lo que ya es vivido, que prolonga el momento presente para construir el futuro, se ha reemplazado por otra salida más actual, que quiere involucrar al Derecho privado como factor de desarrollo global, al punto de alcanzar una realista mutación de naturaleza que ha de ser aceptado mayoritariamente para imponerse. En el plano procedimental con mayor discrecionalidad y en la interpretación de las fuentes y su aplicación escuchando las voces de un ordenamiento jurídico global. En el fondo, un cambio de dinamismo, cubierto con ropaje de sencillez y claridad de libro, «el libro verde». El principio de subsidiaridad que ahora reconoce la reciprocidad es el antídoto de toda forma proteccionista, paternalista. Trata de organizar el desarrollo de la igualdad llegando a una ventaja común, el pleno reconocimiento de relaciones jurídicas de intercomunicación social. Ambos criterios traen testimonio del desencanto del modelo decimonónico, con cierto temor de que llegue el día de la uniformidad: «ni siempre de día, ni siempre de noche». La descodificación, un paso adelante políticamente gestionado.

2. LA IDEA ABSTRACTA DE NEGOCIO JURÍDICO: ITINERARIOS CULTURALES CON IDEOLOGÍAS DIVERSAS⁷

Ante este cambio de pensamiento, alejado del punto de mira estatista, su configuración dogmática y sus principios básicos permanecen ahora dentro de las nuevas orientaciones: la capacidad de la persona, la propiedad, las obligaciones y la herencia, que se rigen por criterios con tinte o raíz histórica, pero con distintas maneras o enfoque (consumidores, discapacitados), en el amplio campo del mercado y la empresa.

Pero no faltan figuras encerradas en el tiempo por falta de aliento pero con virtualidad de continuada aplicación, algunas de «larguísima tradición histórica», como las sustituciones fideicomisarias. Reguladas apenas en el Código civil, «de corto espacio y regulación», art. 781, y otros preceptos, que cuentan con «abrumadora reiteración de

⁷ FERRI, Giovanni; «La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo», escrito en honor de Rodolfo Sacco. La experiencia italiana presenta peculiaridades francesas y alemanas, pero el Código civil italiano en vigor en 1865, un siglo, era imagen textual del Code.

FALCEA, A; *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milán, 1982, tiempo en que muchos civilistas españoles fueron a «hacer tesis» en Bolonia: los *bolonios*. En Francia el corazón del sistema fue y sigue siendo el Code, que, según dice en la actualización (22 de mayo de 2019) no abandona el consensualismo, modelo para la integración. La primacía de una disposición legal clara es principio de efectividad, modelo exegético, modelo cultural y modelo de sistematización. Como tendencia sistemática la derogación en Francia es proclive a la «tabla rasa», según la expresión de JESTAZ. De manera que un cambio de ley hace saltar el sistema, por coherencia, en el plano normativo. La regla no es sino un modo de expresión del arte jurídico según los criterios de justicia, como las pinturas son el arte del pintor.

jurisprudencia», sin sobresaltos de época. Abundan, por ejemplo, criterios abandonados por subjetivistas y proscritos en el proceso de secularización⁸. Entran ahora por otra vía, empresarial o económica, como instituciones financieras con cadenas de intermediarios garantizando la continuidad de ordenanzas sucesivas que algunos ven como instrumentos que se guardan de marcas progresivas. Las generaciones fiduciarias de la cultura jurídica transmiten la memoria, es imagen brillante de que se sirve PASQUAU en su Discurso: la del siglo XX al XXI; pero un historiador llevaría la cuenta de los conflictos generacionales: unas veces se innova y otras se resiste, *tot gradus quam generatione*. Efectivamente, de la estructura piramidal a la globalización ha transcurrido una guerra mundial que se resiste a la concepción estatal del normativismo, entre las fronteras y el teléfono móvil. El gesto atrevido de la Academia de Legislación y Jurisprudencia, abrir ventanas a la jurisprudencia, debiera ser así: leer, estudiar y pensar; pero topa hoy con el conflicto entre leyes y jueces que se encuentra con el «foso» de que habla PASQUAU y arriesga cerrar ventanas al mal que viene de fuera, «desmemoria» de una vieja concepción del orden público en Derecho internacional privado. Me encanta la imagen como Corporación entre personas distinguidas profesionalmente, con amistad, que piensan de modo distinto con ideales comunes, interesados en sectores culturales.

3. EL DERECHO CIVIL

Decíamos -tiempo atrás-, que el Derecho civil es una «forma de estudiar una parte o un sector del ordenamiento jurídico "*históricamente condicionada*"». Hoy se recrimina «la inercia jurídica» que se ha encargado de perpetuar ese término. ¿Se corresponde tal inercia, o desidia, con la «desmemoria» de los juristas? Hay quien lo ve como un derecho en tránsito colgado de una Constitución sin precedentes. Son puntos de referencia, rastros de testimonios verdaderos o modelos que tanto influyeron en la formación de juristas. «Colgado» me suena a un cuadro de museo con figuras de sala suspendidas en memoria a escuelas de grandes figuras que dejaron sus rasgos estampados. La Constitución como puerta de entrada.

La metodología sí que ha colmado el Derecho civil de construcciones idealistas, salas enteras del museo. Desde el idealismo racionalista al apogeo de doctrinas positivistas, legalistas o no, que se hallan vinculadas a una manera de entender la justicia y

⁸ Este cambio histórico no sería comprensible sin la etapa compiladora que propició el Congreso Nacional de Derecho civil elaborado en Zaragoza en 1946, pero distinta situación en cuanto recupera el reconocimiento y garantía constitucionales del derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que integran la Nación española. No deja de ser un desplazamiento de fuentes precedida de una política de Derecho continuada sucesivamente, en que permanecemos ya siempre vinculados. Mi relación profesional con tantos animadores, amigos y compañeros me ha permitido seguir de cerca su guía para ver de cerca la tradición jurídica y cultura de algo que otros no ven.

seguridad jurídica con utilización convencional de antinomias jurídicas, manifestaciones contrapuestas a la realidad de las cosas⁹.

Se explica así la primera pregunta de nuestro enfoque: ¿hasta dónde está permitida *ad casum* la búsqueda de la norma aplicable? ¿Cuáles son los límites de la interpretación? La censurable respuesta de la «teoría oficial del positivismo» sobre el «no más allá» de lo que diga la ley. Aspecto comparativo de gran interés, la perspectiva crítica de nuestro enfoque ha ganado actualidad: el normativismo no goza hoy de adeptos precisamente ante la concepción realista de buscar el Derecho positivo «mas allá de la ley». La búsqueda del DERECHO sigue siendo una preocupación: ¿dónde se ha ido y dónde se encuentra la conciencia jurídica? La primacía de la ley es cuestión sobre la que se debate en el estado actual. Materia de mi estudio reciente sobre el «desplazamiento de fuentes». Legislar mejor señala conflictos diversos en la atribución de Derecho a toda determinación legislativa. En el foro se comprueba que, aunque la jurisprudencia no sea ley, el abogado confía más en ella para apoyar la solución y con mayor frecuencia se incorporan al sistema las mejores motivaciones.

La «Memoria de los juristas» de PASQUAU admite el desaliento de que haya «juristas sin memoria», lo que explica que ya en aquellos años de vida universitaria dedicásemos un estudio muy completo sobre normas de Derecho positivo sumergidas en el océano del Derecho natural, entre «olas que vienen y van», como el cantar galaico. En la Memoria, son los «faros hacia atrás de largo alcance». Situados en los siglos XIX y XX se plantea el Derecho civil con el calificativo «Derecho privado». Con buen sentido decíamos entonces que la cuestión no es vana; por más que discutamos dónde está la línea, que la distinción público y privado es clave de la ciencia jurídica. Lo cual cobra carácter de una profecía: ¿distinción por antonomasia? La defensa de esta postura es magnífica porque agota las incógnitas de la época en una distinción de posturas dualistas, pluralistas, negativas, ecléctica, que sintetizan memoria de juristas sobre la distinción y la denegación. Las dos posiciones se reclaman todavía y se entrecruzan continuamente con sugerencias políticas. Es profética, diríamos intuitiva (reflejo del conocimiento directo) la afirmación que manteníamos entonces sobre la alternativa entre Derecho público y privado. Consecuencias de la pérdida de vista de su «complementariedad». Y también la afirmación siguiente: ha de advertirse también el fenómeno opuesto que –a sensu contrario podemos calificar de «privatización del Derecho público», aproximación entre ambos sectores por comunicación en el mismo lenguaje, autonomía, derogación y racional justificación. Así es, la economía, la circulación, el mercado, la protección de las personas discapacitadas, etc., son el muestrario de la modernización.

⁹ FERRI, Giovanni B; «La cultura del civilista tra formalismo e antiformalismo», en *Riv. Dir. Civ.* 1993, p 197. Sobre la idea de sistema, entre normas y conceptos, en el itinerario conceptual y la armonía del sistema en el ámbito de los estudios civilistas.

Una vez situados en esta perspectiva doctrinal, no entra en contraste con las orientaciones sobre la persona humana en la perspectiva concreta de su protagonismo en la realidad de una sociedad pluralista.

4. EL DERECHO CIVIL ES DERECHO COMÚN. PERSPECTIVAS ACTUALES

¿Qué significado tiene «recuperar» precedentes? Conservar el valor de *ius commune* como una característica propia que tiene reglas jurídicas comunes al Derecho privado por los principios informadores, la personalidad, la familia, el contrato, la herencia, y por contenido progresivo las fuentes subsidiarias del Derecho mercantil. Actualmente ¿qué es, por qué, donde se encuentra? La expresión parece una machada. ¿Qué queda del viejo Derecho civil foral?, pero es así, ¿dónde se encuentra hoy el nuevo derecho común? ¿El legalismo por sistema queda desplazado por el esfuerzo de las leyes especiales en la defensa de soluciones sociales importantes y equilibradas?

Una de las razones es que, efectivamente, el Derecho civil ha prestado la base dogmática a todo el Derecho positivo no estrictamente público. La unidad y sistemática del Derecho a través de la Parte General. Allí se encuentran los tipos y los arquetipos contractuales¹⁰, el lenguaje jurídico, las reglas de interpretación de las leyes, la búsqueda prioritaria del bien común universal. El tronco o núcleo base de que han ido desgajándose las distintas materias jurídicas no lo desnaturalizan. Desplazamiento no es transformación en otro, *nemo ad alterum*, o en otra rama «separatista», como fuera la mercantil en origen por el gran capitalismo como sistema de valores en su momento.

No deja de ser la ida y vuelta, la exaltación de la autonomía privada y la crisis del contrato, el derecho flexible y el imperativo, la avanzadilla hacia las nuevas rutas. ¿De dónde toma el juez las bases para motivar sus decisiones? La iniciativa privada y la gestión administrativa se distancian en la «vindicación del pensamiento jurídico», quizá más propiamente en la reivindicación del derecho justo y del deber jurídico. Entre «cultura jurídica» y práctica.

Las jurisdicciones europeas ejercen una influencia grandísima en las legislaciones internas. En un país tan legalista como Francia el derecho jurisprudencial, la jurisprudencia, eclipsa el poder legislativo; la exégesis de los nuevos textos legales y las reglas jurisprudenciales se siguen y se persiguen. Una ley nueva se exhorta con una batería jurisprudencial. Los desplazamientos históricos que se producen hoy en Francia -como en España- se parecen porque provienen de una proclama común. Como bien dice el profesor Jestaz, refiriéndose a Francia, es patente *l'oscillation d'un pôle à un autre*. De manera que oscila el marco de la ley a la jurisprudencia, y regresa de la jurisprudencia a la ley. Es el caso actual del derecho de obligaciones, de la reforma de la

¹⁰ D'ORS, A. «Los arquetipos contractuales (un ensayo de meta-historia jurídica)», en *Orlandis 70: Estudios de derecho privado y penal romano, feudal y burgués*, Barcelona, 1988. Sobre el concepto de contractus. El tipo y arquetipo, en GABRIELLI, E. (2006). «Il contratto e le sue classificazioni». In *Trattato dei contratti*. Rescigno e Gabrielli (Dir), Tomo I, 2ª ed., pp. 43-75).

filiación, por la evolución de las costumbres. ¿En cada paso que se da en jurisprudencia media el retorno a una segunda «reforma legislativa»?

Caso cierto es la desconsolada realidad de convenios a partir del «divorcio sin juez» (también instaurado en España), so pretexto de no meter al juez en asuntos familiares, que remueve los cimientos clásicos del Derecho civil en materia de familia y sucesiones. El post-divorcio es un caso asistemático, «las familias» como pluralidad sin el matrimonio como unidad en las fuentes oficiales es un «indescriptible desorden». Benito GUTIÉRREZ Y FERNÁNDEZ, consultor insigne en la redacción del Código (año 1885), en el discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas dijo que el divorcio, «atacando la indisolubilidad del matrimonio, es un dardo dirigido al corazón de la familia». Fue una predicción. Actualmente el movimiento en Francia de que los excónyuges por divorcio convencional, por consentimiento mutuo, acuerden la exclusión del juez, equivale al movimiento de contractualización en la familia. Especie de capitulaciones extramatrimoniales, a modo de una liquidación: las cláusulas incompatibles quedan sin efecto, arts. 1119, 238, *conventions matrimoniales ¿lógica contractual?* Sin duda estas posiciones ¿reducen, cambian o amplían el Derecho civil, por más que no desplazan el núcleo común, propiedad, obligaciones, herencia o Registro? Siguen otras rutas. El Derecho económico, Derecho del trabajo, que abarca el servicio, se emancipan en su técnica o análisis, pero coinciden en el contenido vital. Se cuenta hoy con esas nuevas perspectivas que no desplazan sino estudian de otra manera. Se advierte la observación de PASQUAU: los conflictos sociales crean nuevas palabras para el Derecho. ¿De quien dependen los cambios sociales?

Aquí nos planteábamos el problema -de feliz memoria histórica- sobre la manera o modo: ¿Por qué un Código -me pregunta de Álvaro D'ORS- para dar vida a un «Derecho nuevo»? Me bastan tres folios.

A la sazón era la historia del Derecho común y foral el punto clave para la distinción entre retroactividad y subsidiaridad, que hoy se alcanzan con dificultad en su cometido.

Entre los modernos desplazamientos por razón de la materia, civil-comercial, forma unidad de trato con las adaptaciones en Derecho europeo. Así la Convención de Bruselas 1978. Brota un nuevo Derecho común con *vis atractiva*, sobre el especial, conceptos y categorías que no suponen, como decíamos, *reabsorción* de materias, pero, sin duda, cubren las lagunas y deficiencias con nuevas reglas. La interpretación de la noción «materia civil-comercial» y la competencia jurisdiccional, cláusulas atributivas de competencia y cláusulas en materia de seguros¹¹. Como tal no ha perdido el carácter histórico ni tampoco en los antiguos o viejos derechos forales, que mantienen un cierto carácter de especialidad respecto al Código civil, al menos en materia de fuentes, aplicable con carácter subsidiario el contrato mercantil (arts. 2 y 50 C de C).

¹¹ El caso de acciones repetitorias y problemas interpretativos, como el *leasing financiero*, el *trust por naturaleza no es contrato por su función si, ni derecho real.*, Riv. Dir. europeo 1980. P, 267.

Para mí el Derecho civil clásico es Derecho general en el sentido de que abarca la dignidad de cada persona en su totalidad de la vida. La persona persevera desde antes de nacer hasta la muerte, que extingue la personalidad, pero persiste su espíritu en la sucesión hereditaria. Con expresión jovial del querido JORDANO BAREA, en el Derecho mercantil y laboral el niño ya ha nacido. El Derecho civil es realmente vivido. Ahora se dice «vivo y viviente», que excede las sistematizaciones formalistas. La vida transcurre hacia adelante. Por eso la ley de vida sirve de modelo de la ley que mira al futuro.

Conocer derecho extranjero es tarea de técnica comparativa. Con no ser esencial, no nos interesan las fuentes en que nacen y el proceso en que se realizan. Se manifiestan en la tradición jurídica, la vida les da unidad y variedad en la sociedad renovada: «estilo y costumbre», texto e interpretación, lo que los jueces consideran.

5. FILOSOFÍA DEL CÓDIGO CIVIL

Decíamos en la introducción de aquel artículo que el liberalismo decimonónico, el racionalismo codificador, y el positivismo formalista son los tres pilares básicos que constituyen el punto de referencia del análisis del Código desde el punto de vista de la llamada «filosofía jurídica». Por más que van siendo desacreditados, todavía sus repercusiones se hacen notar como desenfoque de cultura jurídica. El modelo histórico de Código civil (Code) ha perdido el perfil del viejo liberalismo ilustrado al incorporar un sentido social más objetivista con el valor social de compromisos y reglas de comportamiento. En sentido afirmativo, la solidaridad en ámbitos tan importantes como la manera de entender la radical importancia de persona y comunidad, incluidos la persona jurídica, los grupos de empresas y de contratos, actualmente la sensibilidad en la verdad y las manifestaciones jurídicas de la libertad civil, y dentro de los límites del ejercicio de derechos la libertad de pactar (art 1255), de testar (658), de capitular (1315), inciden en cada materia de Derecho civil revestida con los límites del algo «más allá del derecho dispositivo». De manera que el abuso de derecho y del deber jurídico, que delimita el derecho, ocupan un lugar de acreditado respeto a la verdad y la justicia. La ley, la moral, el orden público se orientan hacia la persona como eje o centro del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva de libertad se advierte la dimensión del problema entre progreso (mejora), o cambio, (de otra manera).

La que llamo «circularidad de la persona» nos lleva a una nueva reflexión sobre los principios generales y la interpretación. La dignidad de la persona es el fundamento del orden jurídico y social, art 10 CE. En el fondo esa es la línea de nuestra cultura. Con razón dice PASQUAU que «no aceptar esto y no hacerlo con todas sus consecuencias es situarse en contra del sistema». Pero es aquí, añade, donde confiesa un rasgo de pesimismo. La «derrota silente» sería un fracaso. La degradación del cambio.

En punto a la cultura de los derechos expone, con lamento, la imagen de «rosas que están perdiendo su color en los extremos de nuestra cultura». La solidaridad «a la contra» (expresión navarra): si va mal, estaremos haciendo mal entre todos. En sentido positivo afirma Miguel que «sin la garantía del Derecho los derechos no resisten». Me

parece un planteamiento colosal. El Derecho no puede desplazarse al «no derecho», lo que supone no confundirlo con el legalismo. Efectivamente, la cultura jurídica «se juega su razón de ser si se aparta de la justicia». El ejercicio de la potestad legislativa también tiene sus límites, lo ignora la miopía del positivismo ambiente. La prohibición de arbitrariedad de los poderes públicos figura en la propia Constitución (art. 9).

La red de principios de este «entramado» facilita lo que debe saber el alumno de Derecho con suficiencia y entender lo «justo concreto» en cada caso. Ortega y Gasset decía yo soy yo y mis circunstancias, en la filosofía del ser (metafísica) en el yo, la unidad, en la pluralidad, las circunstancias. Ocurre hoy al revés, que las circunstancias preceden al yo, llámese sociología o normativismo realista y pragmático, la conducta como determinante del Derecho. El binomio exclusivo Estado-Mercado entorpece la formación cultural de los alumnos en los estudios de Derecho. Sin conocer de dónde viene el Derecho como raíz del entramado y para qué sirve no se entiende aquella afirmación del fundamento: sin la garantía del Derecho el derecho no resiste. En efecto el *ius suum quique tribuendi* presupone el *suum*, la persona que da y la que recibe.

Yo cambiaría en la vuelta a la persona como centralidad, la dignidad de la persona, implícita en el principio de legalidad. Proteger la ley con el Derecho y proteger el Derecho como garantía del derecho frente al ilícito. La cosa juzgada con la verdad. El juez protege la ley cerrando la puerta al ilícito en una sociedad alienada con ideologías falsas, que se proponen y difunden como dogmas. La visión perversa del hombre *lupus versus lupus* hace mal a la vida corriente. El hombre normal entiende el Derecho y es capaz de aplicarlo en la vida corriente, en los acontecimientos de la vida bajo el signo de solidaridad porque la luz que ilumina la inteligencia y el ímpetu que fortalece la voluntad le vienen dados por naturaleza.

6. EVOLUCIÓN Y ANACRONISMO

El final de nuestro artículo versa sobre qué es lo que ha pasado. Agua pasada no mueve molino, pero embalsada sigue su destino.

La antropología y la sociología pretenden descubrir las raíces de la persona en sociedad, y el liberalismo individualista queda en la zona oscura del anacronismo. Las «sucesivas reformas» del Derecho civil tratan de ajustar el Derecho civil a las necesidades actuales, en el obrar autónomo de los particulares.

El plan de estudios *anacrónico*, de que habla PASQUAU en la Memoria, se debe al viejo estilo de no salir del libro o de la ley aplicable o acudir al compendio de casos ya formalizados, clases prácticas, para recomponer hechos pretéritos. Los dogmas en Derecho positivo flotan como globos hinchados que lo mejor es pincharlos para ver lo que contienen. El aparato crítico ante el dogmatismo descubre tipos. La imagen del globo es de D'ORS. Cierto, pero el método dogmático y el método sociológico han encaminado hacia la *era de la descodificación*, con la proliferación de la legislación especial, dando o quitando valor a las categorías dogmáticas incorporadas a una

autónoma legislación especial que, pese a todo, conserva la «centralidad» de materias del Código civil.

¿Cómo, desde aquí, los problemas reales de nuestro tiempo pueden configurar otras soluciones nuevas? A mi manera de ver la analogía y la interpretación extensiva difieren en la línea de progreso. La analogía expande la *ratio legis* a un caso semejante no previsto en la ley, pero no lo crea, y la interpretación extensiva, como la equidad, modera o flexibiliza lo ya existente. El Derecho histórico en todos los contratos, especialmente en los que abarca uso de las cosas «en que de ordinario campea el buen proceder»¹². Acerca la ley a la justicia con la *ratio iuris* por más que no salimos del temido normativismo aplicado como instrumento del relativismo que no pocas veces se refleja difundido en la sociedad moderna. Recuerdo que un alumno a la salida de clase en Granada me preguntó por la diferencia entre *analogía iuris* y *analogía legis*, y le di una explicación dudosa, con base en la razón de semejanza, la famosa de ciencias, *similia similibus*, a lo que me respondió, «pues no salimos de la lógica». ¿Tenía razón? Utilizar una palabra en una acepción ambigua presenta esa dificultad, entre la ficción, lo que parece. La *subtilitas intelligendi*, operación del entendimiento, que con buen sentido VALLET DE GOYTISOLO prefería llamar «intelección de las normas»¹³.

En épocas pasadas la jurisprudencia aconsejaba ya el abandono de los «viejos cauces del dogmatismo»; como sistema o terminología obsoleta, «se desechen o aparten». Así, en Ss de 7 enero 1981 [RJ 133], 18 noviembre 1980 [RJ 4140], con el signo de la «dogmática en crisis», antes de la reforma la RDGRN de 6 junio 1983 [RJ 6973], 5 junio 1982 [RJ 6475]. Para el estudioso del Derecho civil muchos son modelos culturales que han influenciado en la formación del jurista. Entre conceptos y normas está la idea de sistema: aun con su relatividad, no por ser creaciones intelectuales pierden su valor de comunicación. La tendencia dogmática ciertamente pierde relieve, pero surgen múltiples tipos negociales excéntricos respecto al punto de referencia de aquellas categorías generales en las cuales se realizaba una suerte de *reductio ad unitatem*, como muestras del obrar autónomo del interesado. Eso explica la proliferación de legislaciones especiales que condujeron a la descodificación¹⁴. La cuerda admonición de D. Quijote que he repetido por su expresividad, «vámonos poco a poco, pues ya en los nidos de antaño, no hay pájaros ogaño»¹⁵.

La expansión de la autonomía privada se considera por la jurisprudencia el más firme principio de nuestra ordenación sustantiva, *pacta sunt servanda*, que como principio

¹² Lo que todo hombre debe saber, SALAS, *Derecho Real*, I. libro II, título XIII.

¹³ VALLET DE GOYTISOLO, J.; *La interpretación según el Título preliminar del Código civil*, discurso en la Real Academia, 1996.

¹⁴ FERRI, Giovanni B.; *Contratto e negozio, da un regolamento per categorie generali verso una disciplina per tipi*, separata amablemente remitida por el autor, 1988. En un tiempo, nos dice, estaba de moda, como toda moda efímera, hablar de uso alternativo del derecho. Hoy se prefiere hablar de microsistemas. Prefiere, con buen sentido, como indicaba Filippo Vasalli, reenviar al estudioso a los datos de la vida que se transforman en esquemas de pensamiento.

¹⁵ Cap. LXXIV.

tradicional ya contribuyó a la desaparición del formalismo de las «primeras edades» de derecho (STS 3 mayo 1959). El formalismo en la experiencia romanista ha contribuido a la Ciencia del Derecho. La autonomía privada es principio informador y fuente supletoria. La autorregulación de los intereses forma parte de la autonomía creadora razón que se da como parte principal, amiga de la dignidad de la persona.

7. EL ASPECTO FINAL: ¿PROGRESO, O CAMBIO?

Mirando hacia atrás, era un momento especialmente significativo, porque se advertía algo realmente nuevo con posibilidad de cambiar el panorama legislativo. Contemplando aquel el panorama brotaba esta pregunta:

¿Sería preciso poner un acento especial en el estudio del Derecho civil caminando hacia la vida profesional? La opción sobre métodos interpretativos se mueve entre «dos polos». Uno, presentar el progreso de las Fuentes, proceso subalterno a la unificación de los principios y normas insertas en distintos sistemas con un orden de preferencia en el ordenamiento jurídico. Análisis que sirve de argumento para entender el sentido histórico de nuestro Derecho civil. Unidad de Derecho con pluralidad de sistemas, no se refiere a un método concreto del uso alternativo, que tilda la distinción de formal y entorpecedora. En realidad, progreso implica avance. Es decir, añadir algo ventajoso, cierta mejoría, completar leyes vigentes. Y otro, el cambio, supone cerrar las puertas o ventanas al exterior, derogar la ley para cambiar su carácter o sentido. La palabra alternativo en versión actual, que con el apoyo en la técnica jurídica opta por el innovativo «progreso mundial», utopía presentada como meta que cuenta con clamorosa atmósfera cultural, pero se aleja del cambio histórico de las cosas.

La propuesta alternativa sugerida en el plano académico se basaba en dedicar tiempo al trabajo o estudio más detenido en razones estrictamente jurídicas, con el signo de «Derecho Nuevo», o abundar en la crítica por las circunstancias que estaban ya entonces y están cambiando en la tradicional concepción del Derecho entre los modernos. Ello entre los modos en que se manifiesta. El Derecho civil se manifiesta a los juristas como rama principal de Derecho privado.

A comienzos del siglo en curso me invitaron en la Universidad de Santiago a pronunciar unas palabras con este título: La ley siglo XXI. Lo que me quedó más abierto a la esperanza fue la expresión, después popularizada en ámbitos europeos: LEGISLAR MEJOR. Implícitamente, como parte más sólida de la que depende la interpretación y aplicación del buen Derecho. Me recordó después la versión de Miguel: dejar al siglo XXI lo que se recibe en el último tercio del siglo XX.

Hoy parece más apropiada la expresión «Unidad y armonía», que implica la comunicación entre dos culturas, continental y anglosajona, con planes de estudio que

expliquen la transmisión cultural en una sociedad abierta al espíritu de la totalidad del Derecho¹⁶.

En «Cultura jurídica y memoria de los Juristas» deja PASQUAU a las claras que el Derecho es mucho más que sus últimas expresiones legales o normativas, y que sus más recientes construcciones jurisprudenciales. Hay ciertamente una base cultural, que llama Miguel «patrimonio cultural», la dimensión histórica del Derecho, que se transmite con los diversos intereses y valores entre la lógica y lenguaje jurídico (hoy, incluso con Diccionario de la Academia), como técnicas interpretativas. Unas instituciones consolidadas en el tiempo y espacio, que permiten que el conjunto de normas jurídicas ordenadas entre sí con prevalentes principios y valores no constituya una simple recopilación o compilación. Más bien un «sistema», pero con fondo y perspectiva, no puramente formal. En el fondo el Derecho es un fenómeno cultural, como servicio jurídico fundamentalmente humano¹⁷.

Añadiría que el Derecho es también un arte de resolver problemas de la sociedad con el fundamento de la justicia. En palabras de JESTAZ, admirado colega, como arte (*ars iuris*) capaz de entender la belleza del mundo y del espíritu, los valores sin determinación de precio en dinero, el recto proceder en lo que no precisa tasación. La idea de libertad preside la cultura jurídica. La cultura francesa y alemana, por ejemplo, son dos modelos de elaboración diferente; la alemana con la idea de coherencia explica el sistema lógico conceptual, la francesa se apoya en el consensualismo como principio de la transmisión de dominio. Me decía un amigo alemán, con cierto aire de hipérbole, que para un alemán una sola idea cristaliza en sistema de conceptos o de pensamiento. De tendencias dogmáticas y tendencias sistemáticas están llenos los siglos precedentes, cultura positiva, cultura cualidad del obrar humano. Se advierte el sentido diverso en la transmisión de la propiedad: Francia subraya el consensualismo al comenzar el acto de transmisión, Alemania al terminar con el acto de disposición, España con el título al comenzar y el modo o tradición para terminar el proceso iniciado con el previo acto causal. Antes, en y después acreditan alcanzar un mismo resultado con variación de sistemas.

Tantos ejemplos, como la servidumbre de paso que destacó PUCHTA como «proceso racional del pensamiento»¹⁸, han servido para explicar el paso de grados desde la cima de la figura ideal y abstracta de derecho subjetivo al derecho real de goce, la situación concreta de derecho real. La diversa formación cultural de los estudiantes de Derecho por Europa debe mucho a la tradición, sea del *Code*, del BGB o del *Common Law* entre sistemas conceptuales, normativos o jurisprudenciales. En el fondo el método dogmático y sistemático conviven y reflejan el fenómeno cultural del Derecho, que

¹⁶ Con el sistema de reglas nace el Code y esa predisposición a cifrar el Derecho civil con el Código civil. Resulta hoy ininteligible la famosa frase de BUCHNET: *Je ne connais pas le Droit civil; je n'enseigne que le Code Napoléon*. Modelo de un Sistema cultural individualista.

¹⁷ FALZEA, Angelo; *Sistema culturale e sistema giuridico*, Rivista di Diritto civile, 1988, Parte I.

¹⁸ PUCHTA, G. F.; *Genealogie der Begriffe*.

provienen de itinerarios culturales, camino que todo jurista debe reconocer con el respeto de un sano pluralismo. Si los programas de estudio se quedan sin memoria histórica, sin explicar de donde viene «todo eso», aquello que permanece como principios inalienables, todo se reduce a la crisis. La crisis dogmática y la reforma legislativa se entienden mal si se identifica lo nuevo con lo episódico del cambio, si del «patrimonio cultural» se desplaza la base sólida con un nuevo sentido. Estos puntos de discernimiento del Derecho y la solución de las cuestiones jurídicas han servido a la importante contribución de la que VALLET DE GOYTOSOLO llama Escuela española a la Ciencia jurídica¹⁹. El lenguaje jurídico es modelo de cultura.

8. EL DESPLAZAMIENTO DE FUENTES

El título proviene de la lectura detenida de un artículo del profesor Philippe JESTAZ, catedrático de Derecho civil de París XII y Miembro del Institut Universitaire de Francia: *Les sources du Droit: le déplacement d'un pôle à un autre*. El profesor JESTAZ, advertía que dicho título exige explicación. Efectivamente el texto profundiza en las diferentes etapas del recorrido en la dinámica de las fuentes en Francia: en primer lugar el desplazamiento antes de la Revolución industrial; en segundo término después de la Revolución industrial, y finalmente, el «ensayo de una teoría del desplazamiento» precedente de la conclusión: que cada fuente tiene su validez propia, atendiendo a la vida real del Derecho, y que la interacción perpetua entre ley, jurisprudencia, práctica, doctrina es producto de la dinámica de las fuentes. Como puede advertirse, etapas paralelas al problema de fondo de nuestro «*Unidad y pluralidad en el derecho civil*». Cabe también distribuir en etapas la formación de nuestro Derecho civil antes del Código civil y después de su publicación.

Pero la diferencia es notable, puesto que en Francia el legalismo ha sido siempre, y sigue siéndolo todavía, el signo característico más relevante. No así en España. Con ser la ley fuente eminente su aplicación parece hoy más permeable a la costumbre que en el país vecino; incluso se admite en determinadas circunstancias la costumbre contra ley (caso del testamento apelado «a la Navarra»), por más que con prioridad los principios de Derecho, la libertad de disponer. De manera que concuerdan los dos «poles interactifs», que JESTAZ fija en Francia: la *Loi et le juge*. La alternativa entre ley y juez se plantea hoy en Francia, dice JESTAZ, con un «desorden indescriptible» y lo mismo puede decirse en España.

Acaso con menos intensidad que en el país vecino, la jurisprudencia civil es novedosa en la actual valoración en España. Efectivamente el juez no es órgano pasivo en acarrear ideas de ulterior codificación (*Idee der Kodifikation*). En particular se encuentran las leyes dictadas por razones de «urgencia y necesidad», fruto de interpretación y exégesis. También el correlativo proceso de «desvinculación» de leyes civiles en el ordenamiento jurídico, y la caída de las leyes hacia ciertas cláusulas,

¹⁹ «El profesor Federico de Castro y el Derecho Natural», en *ADC*, 1980.

constituye un dilatado proceso del que ya advirtió en sus inicios el profesor Luis Díez PICAZO, en los *Comentarios del Código civil* (Ministerio de Justicia, 1991).

La comunicación científica que va más allá de las fronteras nos permite hoy conocer mejor y reflexionar sobre los límites históricos y dogmáticos de *soluciones legislativas*, las influencias de las escuelas en la fundamentación de los códigos, las peculiaridades de su formación y las innovaciones en el espacio sobre métodos de interpretación. Nuestra doctrina científica ha comparado las ventajas y los inconvenientes en la dirección seguida en los cambios de codificación de Derecho privado después de las guerras mundiales, alemana, francesa, portuguesa. Las versiones retiradas «del cielo de los conceptos», teorías dogmáticas y formalistas pierden su significación interpretativa salvo algunas categorías referidas al concepto de patrimonio²⁰. Las reformas de fin de siglo y recodificaciones se autoapoyan para la comprensión de la realidad en un diálogo europeo con sistematización moderna, donde también ha estado, con protagonismo, el Reino Unido. Se abandona el orden del Código civil y con la modernización cobran relieve las leyes especiales que aportan nuevas cuestiones de interpretaciones divergentes. Basta pensar en el principio de Derecho inglés *parol evidence rule*, correspondiente al brocardo *in claris non fit interpretatio*, que se consolida en otros itinerarios culturales en primer rango interpretative. La palabra no ha perdido jerarquía entre las normas interpretativas si se mantiene el *texto claro*.

En mi «discurso» analizo con detalle la vinculación de la jurisprudencia en el excesivo formalismo precedente con la imposición del rigorismo formal en el ámbito interpretativo. La prioridad de conceptos abstractos en el pensamiento jurídico pierde relieve en la nueva etapa de desplazamiento post constitucional. Requiere «no esforzarse en los viejos cauces del dogmatismo» o «sistema de conceptos», expresión referida, entre otras, en las Ss de 7 enero 1981, 18 noviembre 1980 (nuestra época granadina). Con imágenes al uso de la tierra elaboré una construcción sugerida de ORTEGA Y GASSET, ante el agobio de un viejo puente que se pregunta: «¿dónde diablos se me han ido las aguas?» A lo que añado: No está hecho el puente para navegar entre varias aguas, por «aguas vivas». La tensión de la frase está en que el puente permanece empedrado, quieto, fiel a sus arcos, seguro en los cambios de la corriente. No anda lejos de la advertencia de Miguel en la Memoria de los juristas: «cuidar la cultura jurídica es cuidar los cauces para que el agua fluya». La pandemia me impidió decir el programado discurso en la Real Academia sobre el desplazamiento de las fuentes, que no está impreso. Pero con motivo del confinamiento he seguido dándole vueltas y éstas son, en síntesis, las que me ocupan:

8.1. ¿Qué entender por «desplazamiento»?

El *dinamismo* del Derecho no se agota en las fuentes formales. No hay un sistema cultural formal como arrastre de conceptos. De manera que no es menester cerrar la

²⁰ GOHET GORDEY, F. Cohen; *La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français*, RTD, civ 1996.819839.

lista de antigüedades. En las cláusulas generales que actúan desde el mismo interior de la vida privada y social se advierte con luz propia el dinamismo. En particular:

a) El régimen patrimonial multiplica la variedad de desplazamientos. En las leyes pactadas, reforma, actualización, se advierte cómo se desplazan los frutos y rentas entre los patrimonios, del patrimonio privativo hacia el régimen común de bienes, y los deberes jurídicos van con las cargas propias que cambian por acuerdo o de hecho. La precedente reglamentación de inmutabilidad *post nuptias* de las capitulaciones se desplaza a la libertad de cambio convenida por acuerdo en función de la convivencia. Parece oírse la voz de D. Quijote, no sin cierta ironía, que «el amor ni mira respetos, ni guarda términos de razón en sus discursos». El desplazamiento del matrimonio a la convivencia de pareja en apariencia progresa continuamente en la ordenación natural al amor.

b) El Derecho, si bien se dice, no opera a saltos, pero sí seguido de desplazamientos como todo lo «vivo y viviente». Incluso los remedios frente a los incumplimientos, frente a excesos, la configuración jurídica de las cláusulas de resolución o de sobrevivencia (STS 6 marzo 2020) desplazan la fuerza de ley. El alcance de este último supuesto se advertía ya en la RDGRN de 21 enero 1991.

c) La autonomía de la voluntad admite como principio pactos de alimentos, y la relación entre patrimonios, con la posible prevención del fraude a tercero. Sobre la titularidad de los bienes y el patrimonio se admiten con «razón causal» acuerdos que desplazan a la noción de orden público como control de seguridad jurídica. En expresión feliz de PASQUAU, con referencia al movimiento, se están «sustituyendo a las fronteras con el teléfono móvil», la influencia en la cultura topa con la inmediatez en el espacio. En definitiva, diríamos, la norma gira hoy con el ondear en globalidad.

8.2. *La circularidad del proceso hermenéutico*

El paso del histórico principio *in claris* en la extensión gradual cede el paso a interpretaciones diversas con carácter subsidiario, con el buen sentido común, la buena fe, el comportamiento sucesivo a la estipulación. Desplazamiento gradual que no veo claro como «imposición por ley» de un principio interpretativo.

a) Progreso hemos dicho implica mejorar lo ya existente. Es producto de reflexión, estado de razonamiento en constante búsqueda del bien mayor o de mejoras en el ser en lo posible. La antigua promesa o juramento de los reyes en Navarra y Aragón formulada para la coronación era explícita fórmula de progreso en la transmisión de la cultura: «mejorarlo y no empeorarlo», implica la no eventual disposición hacia lo oportuno y conveniente peor. La antítesis «cuanto peor mejor», que se atribuye al antisistema, es demoledora para un sistema global.

b) En el cambio algo deja de ser lo que antes fuera. El pasado se transforma, conlleva la derogación con efecto retroactivo. La famosa disposición final, art 1976 «quedan derogados todos los cuerpos legales con las disposiciones» que el Tribunal

Supremo tuvo que rematar y dejar a salvo los que fueron desplazados. Modelo de derogación «a la tabla rasa» a usanza francesa, en frase de JESTAZ, o vuelta al chiquero en la imagen taurina, solo en favor de derechos personales desconocidos, la clamorosa acción de jactancia, que condena al silencio a quien con discurso difama, o en favor de la nobleza en los títulos sucesorios nobiliarios.

c) El ilustre civilista D. Federico DE CASTRO, dedicó unas páginas sugerentes a las «tendencias disgregadoras y unificadoras del Derecho civil». El punto de partida, del que la doctrina del Derecho civil ha sido secularmente representativa en la unidad del Derecho, pero sin olvidar causas de separación, desplazamientos o tendencias en ese fin. Las «medidas urgentes», para completar la entrada de una disposición legislativa, modificar la ley de Enjuiciamiento en materia de ocupación ilegal de viviendas. La oportunidad de lanzar ocupas ilegales y los ocupas sin ley que hoy autorizan.

d) Como causas internas de disgregación en la moderna sociedad europea se señalan la disminución de Derecho civil, por las desviaciones del Derecho ante los puntos de referencia: la protección de la persona y de la producción. Innovaciones del Derecho comercial o económico. Los acuerdos relativos a los hijos están sometidos en Francia a la homologación del juez para asegurar la protección, material tradicionalmente indisponible, pero el control inicial del juez puede desjudicializarse, por divorcio mutuo. ¿Son material contractual las convenciones parentales? Desplazamiento francés, el Consejo de parientes, art 2017, ¿movimiento contractualista o ruptura de la esencia?

9. DESPLAZAMIENTOS POR VÍA DE REFORMA

a) No resulta difícil imaginar la incidencia entre la exégesis de un texto y la interpretación en la apertura progresiva de los ordenamientos a la armonización de soluciones y acceso al Derecho.

En efecto, está en juego la cultura del civilista entre formalismo y antiformalismo, sobre todo para el estudioso de Derecho civil, que suele ser el lugar amurallado donde se producen las tormentas, entre el cambio de realidad y la norma nueva. En el sistema normativo se encuentra la fuente prevalente en los códigos.

b) La cultura es el mejor intérprete del ambiente natural, porque está orientada por la libertad responsable, no por simples datos que, acumulados, pueden ser fuente de violencia; la ciencia sola absolutiza si queda cerrada en sí misma. La cultura suministra criterios para un uso inteligente, la dimensión ético cultural de la globalización y desarrollo solidario. Pero no hay una cultura, hay varias. Y está la sorpresa del «algo más». ¿Innovar o resistir?

PARTE SEGUNDA: UNIDAD, PLURALIDAD Y CENTRALIDAD. EL PROBLEMA DE LOS FUNDAMENTOS

Miguel Pasquau Liaño

1. AÑOS DESPUÉS

Casi cuarenta años después, pero no somos tan distintos a entonces

Corría 1981. Al salir de uno de los últimos días de clase, mi profesor de Derecho Civil, José Antonio DORAL, un hombre del norte que entró como un remolino a desordenar la quietud con la que los años anteriores nos habían enseñado la materia, alguien que, por donde quiera que empezase la clase, acababa con seguridad hablando de cuatro conceptos fundamentales cruzados en aspa y dibujados en la pizarra con el colofón de «aquí está todo», me propuso tomar un café. En el café, me sorprendió su pregunta: «¿no te has planteado hacer carrera universitaria?» Yo no sabía si quería ser juez o abogado, y tuve que añadir otra posibilidad: profesor. Tardé un verano en decirle que sí, y en noviembre ya tenía el contrato como Profesor Ayudante.

Sus tres grandes consejos iniciales me dejaron marca. Lo he dicho ya alguna vez. «Lee a los clásicos», me dijo. En la biblioteca, bien nutrida entre otras cosas por el legado del Profesor Don Juan OSSORIO, había muchos clásicos. Leí a los franceses, a algún italiano, y a los alemanes de los que había traducción. «Lee un buen tratado actual», dijo también. Elegí los *Fundamentos* de DíEZ-PICAZO: la finalidad era adquirir una visión de conjunto, una especie de sustituto del estudio de una oposición a temario completo. «Lee al menos, pero a fondo, una buena sentencia cada semana», fue el tercer consejo. Y fui nutriendo un fichero personal, con fichas de tamaño cuartilla, de jurisprudencia escogida, con los hechos, la cuestión controvertida, la doctrina relevante, y la solución al caso, según el modelo de comentario que él nos enseñó.

Cultura jurídica (los clásicos), sistema (el tratado) y jurisprudencia (la visión del Derecho como instrumentos de solución de problemas típicos). Esa es, para mí, la materia prima del Derecho, desde aquellos tres buenos consejos de los que tanto me he beneficiado. Es verdad que hubo un cuarto consejo, pero de otra naturaleza: «a clase se va a disfrutar»; y también me tomé en serio esa filosofía.

En el primer trimestre de 1982, cuando lo que a mí me preocupaba era elegir un buen tema de tesis (eso tardó mucho en llegar, por el enormemente amplio abanico que José Antonio Doral me ofrecía, y por mi indecisión), me vino con otra propuesta: «ve pensando lo de la tesis, pero vamos a escribir un artículo juntos». Apenas pude

reaccionar, cuando me dijo: «toma esto». «Esto» eran un conjunto de notas dispersas que ya tenían un título: «Unidad y pluralidad del Derecho Civil». Leí las notas, y no sabía si las estaba entendiendo. Una y otra vez iba al título: la pluralidad era evidente; lo que no acertaba a identificar era la «unidad». Leía sus notas, que me ponían «de puntillas» para asomarme a la altura. Encontraba zarpazos, ideas profundas muy sugerentes, pero con un colosal nivel de abstracción, aunque salpicado con datos precisos y concretos: yo no llegaba a tanta abstracción, y me perdía, por ignorancia, en lo concreto. Pero él me decía: «da igual, de eso se trata».

Vi que, en el fondo, en aquellas notas había una reflexión madura sobre el «ideal codificador». En lo territorial, pero sobre todo en lo sistemático y cultural. Era un asunto demasiado grave para mi escasa formación. Pero tiré de esas notas, las aproveché minuciosamente, aun sin saber si las estaba entendiendo; tuvimos alguna charla, y leí algunas otras cosas. Redacté algunas ideas planas, tópicas, incluso vulgares. «Vulgaricé» las ideas de mi profesor, pasándolas por la reductora de mi mente, por entonces más esquemática, y por tanto más simple.

He releído el artículo, tantos años después. Ahora puedo decirme que en la parte que a mí me correspondió no hay apenas aportación alguna, pero sí tiene un valor objetivo: es un *reflejo* cabal del tipo de cultura jurídica que podría haber alcanzado un recién licenciado de primeros de los 80, que hubiese contado, como yo, con buenos profesores. Para eso sí sirve: como una muestra. Sobre las piezas incisivas y sugerentes de José Antonio DORAL, yo introduje una red de tópicos que pueden equivaler a una memoria de fin de carrera: la percepción del anacronismo del Código y de la dispersión de la legislación especial, la distinción difuminada entre Derecho público y Derecho privado, la tensión entre ley y jurisprudencia, el cuadro de los conceptos enfrentado al empuje de los intereses, el impacto de la reciente Constitución sobre el sistema, la distinta naturaleza del Derecho y la política, y algunas notas de filosofía política que se nutrieron de lo recién aprendido en Filosofía del Derecho con el profesor Mariano MARESCA.

Casi cuarenta años después, en otro café, ahora con mascarillas, José Antonio DORAL me propone «volver a escribir el artículo». Concluir con lo que empezamos. Cerrar el círculo. «Años después», lo tituló, y la idea me entusiasmó.

No hemos cambiado mucho. Leo el texto que él me ha enviado ahora, y que constituye la primera parte de este artículo, y compruebo que me produce sensaciones parecidas a las que tuve al leer las notas de 1982: sobre todo, la duda de si he llegado a entenderlas cabalmente, o si me he quedado en la superficie. De nuevo encuentro en ellas sugerencias, pistas de lanzamiento, tirones intelectuales que me obligan a ponerme de puntillas. Es un texto plagado de las constantes propias de José Antonio Doral: revelan un fondo cultural clásico que con frecuencia encuentran palabras latinas; junto al civil más «viejo», hay una mirada de frente al Derecho Mercantil y al Derecho europeo. La jurisprudencia utilizada como «síntoma», signo de los tiempos, o corroboración de lo duradero. Sobre todo, una extraordinaria flexibilidad intelectual

que le da hondura a los principios y los rescata del tópico. Hay un constante «más allá», una preocupación por el «algo más», es decir, pura inquietud intelectual por la sospecha de algo que acaso se nos está escapando. Dialogan Francia, Alemania y lo anglosajón. Y dialogan, en fin, siempre fue así con él, el Estado, el mercado, y el Derecho. Es el texto de un jurista europeo que en el siglo XX ya intuía el XXI, y que ahora tiene memoria del XIX.

¿Qué puedo hacer yo, después de leer sus notas? ¿Volver a «vulgarizar» a José Antonio DORAL? Sería como si alguien se empeñase en escribir una novela de aventuras con el material condensado de un relato de Borges. Pensé que es mejor dejar a Borges (a Doral) tal cual, dejarlo a salvo de mi «reductora», y añadir, al margen, mi propia reflexión personal sobre la tensión entre unidad y diversidad, entre constantes y cambios, en el Derecho civil, cuarenta años después, a modo de un diálogo. Hemos cambiado, pero no tanto.

2. UNIDAD, PLURALIDAD, CENTRALIDAD

En un contexto aceleradamente multicultural, ideológicamente atomizado y en cierto modo desintegrado por la derrota de las grandes ideologías, y con intereses tan abierta e indisimuladamente en pugna, el problema de la *unidad* se tropieza con el de la *centralidad*. Dicho de otro modo, con lo que José Antonio llama el «*desplazamiento*».

Si todo es pugna (entre el Estado y la empresa, entre la propiedad y el crédito, entre la libertad y la igualdad, entre la voluntad y la razón), ¿dónde están los centros de referencia? ¿Qué significa «centralidad»? ¿Son los centros la simple y aleatoria resultante de la disputa? ¿Pueden ser la mera traducción de una victoria, coyuntural por definición? ¿Podría acaso señalarse por vía de «consenso», igualmente coyuntural? ¿Puede seguir siéndolo el pasado, la tradición que logre resistir? Y si no hay centros, ¿cómo sostener un sistema, es decir, un conjunto de referencias? Para mí, son grandes preguntas.

José Antonio DORAL esparce en sus reflexiones varias respuestas a estas preguntas, que en realidad son invitaciones a ir más allá:

- a) No es el grupo, ni el individuo, el centro es la persona y su dignidad «*en su totalidad de vida*».
- b) El centro no es la ley, sino el Derecho, y eso lo demuestra día a día la jurisprudencia.
- c) El centro no está en Madrid, sino que es una Europa sin centro y con diversos itinerarios culturales capaces de confluir sin confundirse.
- d) Ni siquiera es (sólo) la Constitución, porque los principios generales del Derecho también tienen fuerza magnética.

Con su idea de «*desplazamiento de las fuentes*», José Antonio DORAL nos fuerza a preguntarnos si, en presencia de tanto factor centrífugo, tiene sentido la idea misma de «código». Código entendido, claro está, como núcleo de un sistema con vocación expansiva de totalidad.

Como *factores centrífugos*, es decir, como elementos rivales de la idea clásica de «código», encuentro constantemente tres en las reflexiones de José Antonio Doral:

- Por un lado, el aprisionamiento del Derecho entre el Estado y la Empresa: en esa yuxtaposición de política y mercado, el Derecho va viendo reducido más y más su propio espacio de previsibilidad de reglas razonables que funcionen a modo de protocolos predecibles de justiciar.

- Por otro lado, el componente «voluntarista» de la ley, reflejo de objetivos e intereses coyunturales, contingentes y ensimismados en la «propia autoridad de la ley»: es decir, la ley como «argumento de autoridad» que se cree dispensada de la «autoridad del argumento». Esto es particularmente así en la categoría de «normas de ámbito temporal» (artículo 4.2 CC), tan utilizados en este año de pandemia, que por no ser traducción de principios y razones con vocación de generalidad, carecen de fuerza expansiva y se convierten en islotes o *sand-boxes* regulatorios. También lo percibe Doral en un cierto fenómeno de «degradación de la ley» que no ve compensado con una recuperación de los principios, por la mayor fuerza de la costumbre, es decir, de la «dictadura de la realidad».

- Y la globalización, claro está. ¿En qué queda toda idea de centro, una vez que «la materia de que se trata» (es decir, los conflictos), escapan del ámbito definido territorialmente? Del centro se pasa, desde luego, a la idea de red. El centro es «la conexión entre terminales», es decir, es la relación; y, por ello, de las figuras geométricas (la pirámide kelseniana), vamos pasando a la teoría funcional de sistemas. ¿Sistema formal, o sistema material? Esa pregunta es clave, porque marca dos itinerarios diferentes.

¿Qué significado puede tener un Código en el siglo XXI? ¿Es un reflejo instintivo de otros tiempos, o es un empeño racional? En el fondo, ésta sigue siendo la pregunta, aunque la respuesta deba discurrir por cauces diferentes a aquellos que manejábamos hace cuarenta años.

3. CULTURA Y MEMORIA

Hasta aquí, una especie de traducción de las pistas para la reflexión que José Antonio DORAL desgrana en su texto.

Hay en ese texto un punto de encuentro claramente reconocible para mí, en el que me siento más seguro y que me incita al diálogo: es la llamada a la memoria de los juristas, es decir, a la cultura jurídica concebida como patrimonio consolidado de técnicas, principios, reglas, conceptos e instituciones decantadas y consolidadas a lo

largo de los siglos, que han ganado muchas batallas intelectuales y forenses. Doral lee mi discurso de ingreso en la Academia de Legislación y Jurisprudencia, titulado «Cultura jurídica y memoria de los juristas» y, creo, reconoce su huella en mí, tanto como yo, al escribirlo, me reconocí discípulo suyo. Es posible, es muy posible que en esa huella y en ese eco, en esa llamada a la cultura jurídica y a la memoria, esté la tensión entre unidad y pluralidad que hace cuarenta años yo no supe entender. Como si tanto tiempo después hubiese comprendido mejor aquellas notas que él me dejó escritas.

Recuerdo que mi padre insistía, fuera del mundo del Derecho, en que había una presunción de valor en lo duradero, y que por tanto el cambio había de soportar la carga de la prueba. Es un planteamiento conservador, pero cargado de sabiduría. No se refería a lo rancio, sino a lo que ha sido útil a lo largo del tiempo. A lo que «ha servido largamente». El valor de lo duradero no lleva necesariamente a un anquilosamiento, pero sí a una cautela. Sobre todo, pone el listón alto para cualquier mejora. Si algo dura puede ser por rutina, pero si dura mucho, seguramente es porque vale más que su contrario. Distinguir valor y rutina, ese sería el reto del jurista que ha tenido la suerte de mirar atrás y que está inquieto por el futuro.

La cultura jurídica es un patrimonio sin titular definido. Un patrimonio sin dueño, expuesto a gastos inútiles y a enriquecimientos demasiado rápidos. Cada generación de juristas lo recibe de una u otra manera, para luego transmitirlo, en una suerte de depósito o fideicomiso. Su principal factor devastador y entrópico es el olvido. Y el olvido tiene varios frentes de ataque: uno de ellos, muy importante, es el deterioro de la formación cultural de los juristas en las universidades. Es decir, el espejismo de una enseñanza profesionalizante que se cree capaz de prescindir de las penúltimas preguntas y de los fundamentos, como si eso solo fuera asunto de extraños investigadores autistas. Un plan docente de estructura escuálida y lleno de adornos suntuarios. Un menú de picoteo. Se puede usar un ordenador sin conocer los fundamentos del sistema operativo, pero es más difícil construir una buena jurisprudencia sin una buena ciencia del Derecho que la avale, por más destreza que se tenga en el manejo de las bases de datos. Lo «científico» en el Derecho tiene más de cultura que de pericia. La maquinaria de experimentación son los libros, y el método es la dialéctica que dirime controversias. No hay buen Derecho sin buena doctrina jurídica, y la doctrina es la encargada de conocer el pasado, lo ya escrito, el «estado de la cuestión», con intención de traerlo a la incesante rampa del futuro próximo.

Esa labor de puente es cosa de las universidades, pero también lo es, aunque de otro modo, de los tribunales que tienen encomendada la alta función de interpretar con autoridad: no ya la autoridad de la cosa juzgada, sino la de la decantación de buenas razones jurisprudenciales.

La jurisprudencia necesita realidad y memoria. Sin realidad, es decir, con solo rutinas y estribillos, funciona, pero le ocurriría lo que Mark RAMPION, un personaje de la novela «Contrapunto» de A. HUXLEY, lamentaba: *«Palabras, palabras, palabras... lo aíslan a uno del Universo. Las tres cuartas partes del tiempo no se halla uno en contacto con las*

cosas, y sí solo con las cochinas palabras que las representan». Es decir, el conceptualismo en su peor versión, que escamotea la realidad. De otro modo, también lo dice el autor de un tweet (@nafasaro1) que he leído estos días: «Cuando la interpretación se distancia de la realidad, surge la ideología en forma de justicia».

Pero sin «palabras», y no digamos sin «ideas» ... Sólo queda la composición de intereses, la justicia intuitiva, el regateo argumental, la habilidad dialéctica. Hacen falta palabras que designen a las cosas de tanto haberlas señalado y nombrado, e ideas que sirvan para valorar (para poner valor); esas palabras, esas ideas, son la memoria. Realidad y palabras según un orden dinámico de ideas: eso es la jurisprudencia, y el Derecho mismo.

La cultura jurídica -las palabras preñadas de realidad- es el soporte del buen Derecho, flanqueado por el Estado y por la eficiencia, por la voluntad de perseguir objetivos y por la utilidad en su consecución, y con el norte de la justicia. Sin cultura jurídica, y por tanto sin memoria, lo jurídico se desenvuelve en el ámbito azaroso del voluntarismo, y en trasunto del poder, o de los poderes. La cultura jurídica ofrece resistencias a las prisas de los poderes.

Sirve, en efecto, como límite racional al legislador. Lo sujeta en parámetros contrastados. Larga experiencia tenemos de leyes voluntaristas, y de legisladores que confunden el BOE con la realidad. Una ley no es un torpedo que cambia las cosas por su entrada en vigor o por la ambición de las palabras promulgadas. Sólo sirven las leyes que tienen memoria, que se apoyan en fundamentos y emplean buena técnica, que traen recuerdo de fracasos de ayer. Sin cauce, el agua no circula, solo inunda por un tiempo. El legislador ha de conocer el cauce, y si quiere derivarlo o corregirlo hay que excavar y construir, no basta con darle órdenes.

Sirve, también, desde luego, como guía para el juez en la interpretación de normas y contratos. La letra (de la norma, del contrato, del testamento) es legible, pero la «ratio» no se lee, se interpreta. Y en cada norma confusa, en cada cláusula ambigua, hay un reto que requiere mucho más que comprensión lectora. Cada uno de los criterios interpretativos de los artículos 1282 y siguientes, si son bien comprendidos, son un cauce horadado por el que ha discurrido mucha agua. Son razones decantadas por el tiempo. Valen porque han ganado muchos pleitos. La repetición, en la interpretación de normas y contratos, es más una garantía que un anquilosamiento.

También sirve la cultura jurídica para hacernos entender. Para la comunicación. Es un lenguaje compartido, si no universalmente, al menos sí en grandes ámbitos culturales que desbordan fronteras de espacio y tiempo. El derecho comparado sin un marco de referencias culturales compartidas es un ejercicio de mero virtuosismo. El lenguaje consolidado ayuda a entenderse a unas generaciones de juristas con otras, y también a juristas alemanes, franceses y anglosajones.

Puede que aquí sí pudiéramos encontrar una fuerza centrípeta capaz de mediar en las pugnas centrífugas a que antes nos referíamos. La honda cultura jurídica tiene vida, no es una pieza de museo, y puede servir tanto para modernizar un código suministrando seguridad a la pulsión de progreso, como para unificar marcos jurídicos, e incluso para organizar un plan de estudios. La buena memoria, la de las buenas razones, ofrece cohesión y armazón, es decir, fundamento, y ello a su vez permite el avance. Seguridad para el cambio. ¿Son, también, solo palabras?

4. LO QUE ENTONCES NO SABÍAMOS

No somos tan distintos, pero sí hemos cambiado. La sensación es que ha habido una aceleración de las transformaciones justamente en el final del siglo pasado y comienzos del presente, que entonces no llegábamos a sospechar. Si hace cuarenta años dibujábamos las transformaciones y giros que desde el Código se habían producido en la noción de persona, de contrato, de propiedad, de familia y de herencia, ahora más bien parece que se ha producido una inundación y un cambio de tableros de juego.

En el ámbito de la *persona* ya no solo hay que hablar de la tensión entre individuo y grupo o sociedad. La inundación se produce desde los márgenes. Es complicado seguir imaginando al sujeto igual, libre y responsable, que era el paradigma de la noción de persona. Es un modelo disfuncional. La nueva percepción de la discapacidad o diversidad funcional, la ideología de género, el fortísimo impacto de la inmigración (el que viene de lejos y sin equipaje), las nuevas formas de pobreza e indignidad, las víctimas sin delito y la voracidad comercial invasiva de la intimidad, han «desordenado» las simples ideas de capacidad jurídica y capacidad de obrar con que antes bastaba para articular la libertad civil de las personas, así como la línea fronteriza entre la dimensión pública y privada del individuo, disuelto en algoritmos de *big data* que construyen robots más «útiles» que un trabajador de carne y mente. Es sintomático que hoy se empiece a propugnar para los robots o unidades de inteligencia artificial el estatus de «persona» como titular de derechos y obligaciones, algo imposible de sustentar si se mantiene el principio fundante de nuestra civilización de que una persona (física, jurídica, o *ficta*), es decir, un sujeto, *no puede ser objeto de propiedad de nadie*. De otro lado, todavía dentro del concepto de dignidad personal, los derechos fundamentales, máxima expresión de la dignidad humana en su «totalidad de vida», requieren mucho más que los imprescindibles cauces procesales despejados. La protección de la dignidad exige un abordaje distinto y complejo, que tampoco se colma con el debate entre libertad e igualdad, tan tenso y fecundo en el siglo pasado. La privacidad, el derecho a elegir, la diversidad, la inserción social, la inclusión digital, son retos sociales descomunales, que han desbordado nuestros estrechos moldes jurídicos. Rescatar la dignidad de la persona es hoy mucho más que «situar -ubicar- en el centro a la persona», y requiere esfuerzos por tierra, mar y aire. Voluntad política y memoria.

La inundación también se ha producido en el ámbito del *contrato*, como efecto de la total deslocalización del mercado y el fenómeno del gigantismo empresarial al que

antes se denominaba «acumulación de capital». Los contratos de consumo buscan razones de protección fuera de las reglas del derecho común de los contratos, y conforman un «reino separado» cuya frontera es la arbitraria noción jurídica de «consumidor». De otro lado, la mercantilización del derecho de contratos ha impuesto la prisa, y la eficiencia a la idea de equilibrio: las cláusulas no son el resultado de voluntades que se dan la mano, sino manuales de instrucciones. Del *favor debitoris* del código pasamos en el siglo XX, por vía legal y jurisprudencial, al *favor creditoris*, hasta hacer de la garantía lo principal en vez de lo accesorio, pero los abusos han provocado un reflujo de protección del deudor en el que acaso no hemos reparado lo suficiente. La lógica del contrato como composición singular de intereses se ha disuelto en macroestrategias estandarizadas de competitividad internacional, frente a las que apenas el Derecho opone razones de protección que la libertad de contratar no asegura. ¿Resiste la noción de contrato a la tendencia a percibirlo como una suerte de moneda de cambio? Nada hay más «abstracto» (como contrapuesto a causal) que una moneda. No es que el centro se desplace, es que todo gira en torno al movimiento mismo.

La *propiedad*, por su parte, ha dejado clamorosamente de ser el suelo. La superficie (la producción agrícola, la plantación, el aprovechamiento urbanístico) es lo que importa, y el suelo sólo se gestiona. ¿*Superficie solo cedit*? Ya en la asignatura de Derecho civil III el profesor DORAL nos animó a un grupo de alumnos a encontrar excepciones a ese principio que pudieran tornarse en regla. Pero más allá de lo inmobiliario, la popularización de la informática y de la conectividad fuerza a introducir en el cómodo marco de los bienes y las cosas, un nuevo objeto: los bienes digitales. La concentración empresarial y la globalización han expandido el acceso a bienes de consumo, han abierto mercados, han favorecido la formación de clases medias en zonas geográficas deprimidas, pero también nos han hecho más vulnerables frente a los movimientos de un estratosférico sistema financiero exento de control que provoca lluvias, sequías y ciclones. Las finanzas envuelven a la propiedad, que se convierte en variable de ajuste o en contingencia. La idea misma de patrimonio se ha fugado de su concepción estática, y se ha convertido en flujo. La acción reivindicatoria y el derecho real palidecen ante un apunte contable. Por último, la crisis ambiental ha añadido a la vieja función social de la propiedad, de la que tanto hablábamos hace cuarenta años, la nueva «función ecológica». También, por fortuna, se habla ya decididamente de la «función cultural de la propiedad» con referencia a ese otro ejercicio de gran memoria que es la protección de bienes culturales.

El proceso de desinstitucionalización jurídica de la *familia*, ya entonces apuntado, ha alcanzado, prácticamente, sus últimos objetivos. La familia se independizó del matrimonio, y el matrimonio civil ha pasado a ser un liviano estado civil cada vez más contractualizado, una vez que se desprendió de sus elementos «esenciales» de orden público, como los llamados «fines del matrimonio»: se aligera la «causa» del acto matrimonial, en un esfuerzo por hacerlo útil como «mínimo común cultural» en el que caben *culturas familiares* bien distintas, en un marco de neutralidad. Entonces hablábamos de «*familia flexible*», ahora hay que usar el plural: no hay familia, sino familias. Tampoco la filiación queda fuera de una profunda transformación. Las técnicas

de fecundación artificial, la maternidad subrogada, los reconocimientos de complacencia, más aún que la vieja adopción, permiten un «diseño» de la filiación en el que al hecho biológico se sobrepone la voluntad de paternidad o maternidad: la posesión de estado y el interés del menor adquieren nueva relevancia y ordenan las relaciones paterno-filiales con otra lógica más judicial que registral. Por último, en este ámbito, la red de prestaciones sociales públicas, y en particular, hoy, el ingreso mínimo vital, han incidido de manera notable sobre la institución del derecho de alimentos entre parientes: la solidaridad familiar convive de manera no siempre armónica con la solidaridad social: ¿puede reclamarse al Estado el ingreso mínimo de inserción cuando hay parientes obligados a prestar alimentos, o esta obligación queda como subsidiaria, para los casos en que no se puede obtener el ingreso mínimo de inserción -o mientras no se obtenga-?

En materia de *herencia*, en cambio -y esto es llamativo-, al margen del proceso de *fuga de las legítimas* por vía de desmaterialización de la propiedad, todo sigue casi igual... A nivel doctrinal, todo parece empujar a favorecer la libertad de testar, la conservación de la empresa, y la mengua o desaparición de legítimas y reservas, como lógico trasunto de la desinstitucionalización de la familia. Sólo la falta de voluntad política, más que las resistencias culturales, explica que esa pulsión no haya llegado todavía al código.

Particularmente, en materia de *fuentes*, si en 1982 reflexionábamos sobre la pluralidad derivada de los derechos forales o territoriales dentro del Estado, en estos cuarenta años no es posible dejar de considerar el enorme impacto que ha supuesto para cada ordenamiento nacional la irrupción de ese nuevo tipo de norma que es la directiva europea (y la autoridad de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea). De un lado, como factor de «desorganización», de desorden, de especialidades y excepciones, de singularidades desentendidas del entorno normativo en el que han de incrustarse, como un «cuerpo extraño», no tanto por su contenido como por su distinta naturaleza normativa: atécnica, sectorial, reflejo de una competencia normativa no plena, sino limitada a la *soberanía parcialmente cedida* (las competencias de la Unión), y elaborada desde la preocupación de un mercado sin obstáculos fronterizos, abstracción hecha de otros factores (culturales, valorativos sociológicos) que no podrían ignorarse de ser normas estatales. Pero de otro lado, es cierto, las directivas son un factor de «aproximación», y acaso germen de un sistema de base más amplia.

En efecto, las directivas, y sobre todo las de la primera generación, son, por definición, normas de carácter sectorial con finalidad normalmente económica que, sin una perspectiva sistemática global, se van añadiendo una a otra, generando un conjunto de reglas que acaban afectando a la coherencia del ámbito al que pertenece (muy particularmente me refiero al derecho de contratos) generando «islotos» de protección (o de simple regulación) que difícilmente engarzan con las categorías generales. Su técnica es bien alejada, por no decir antitética, a un movimiento codificador, en el que prevalece la preocupación por la universalidad y la generalidad, es decir, por generar reglas y principios de carácter expansivo, para la regulación *integral* de un problema.

Cierto que, a cambio, los procesos de transposición nacional de las directivas han suscitado debates similares en unos países y otros, han puesto en contacto unos ordenamientos y otros, y han constituido la ocasión para un acercamiento no sólo legislativo, sino también doctrinal y científico entre los distintos Estados miembros. Sobre todo, las directivas más importantes (como la de responsabilidad civil por productos defectuosos, la de cláusulas abusivas, y la de venta y garantías de los bienes de consumo), han obligado a los juristas de acá y de allá a plantearse preguntas similares y a reflexionar en paralelo sobre figuras de gran calado y enorme importancia para una teoría general del contrato o de la responsabilidad civil.

Hablábamos hace cuarenta años, en «Unidad y pluralidad del Derecho Civil», de individuo y de persona; de derechos individuales y derechos sociales; de libertad formal y libertad material; de mercado y de orden público; de función social de la propiedad e intervencionismo estatal; de diversificación del estatuto de la propiedad según el tipo de objeto... Nada de aquello quedó del todo resuelto, pero ahora ya no constituye el mapa principal de preguntas, como si hubiésemos pasado de una cartografía bidimensional (longitud y latitud) a otra tridimensional (volumen), que incluso ya empieza a parecernos insuficiente. De «la edad de la descodificación», de la que hablaba N. IRTI, en la que entonces ya estábamos, ¿hemos pasado a la edad de la inundación?

¿Cómo ubicarse en medio de una inundación?

5. ¿QUÉ PREGUNTAS DEJAMOS?

Expresamente quedó formulada la pregunta en nuestro artículo de hace cuarenta años: «¿Progreso, o cambio?». Había en esa pregunta una mirada optimista y voluntariosa hacia adelante, la propia del momento, con resonancias de aquél «reforma o ruptura» que había marcado el debate político. La duda era, al menos para mí, cuánto y cómo íbamos a mejorar, pero la mejora aparecía como segura.

Mi impresión es que el cambio no vino por «decisión», sino por inundación. Cómo legislar, e incluso cómo interpretar, no ha sido el resultado de la aplicación de un método, sino un atarse los cordones de los zapatos mientras se corre.

José Antonio DORAL, cuarenta años después, propone otra nueva pregunta, acaso más ambiciosa, aunque pueda parecer más pesimista: «¿Innovar o resistir?». Me apunto a esa pregunta. Ya sabemos que no se puede resistir sin innovar, pero la pregunta se entiende.

Diría que, acaso por vértigo, me parece prioritario el esfuerzo intelectual por la resistencia. En el binomio unidad y pluralidad, la vida pone diversidad y la razón debe buscar la unidad. La tensión que mueve al mundo es, como dice Manuel RIVAS en *Ordesa*, la que se produce entre la unidad, es decir, la búsqueda de fundamento, sentido y orientación, y la promiscuidad, es decir la fascinación por la diferencia. No estamos inventando nada: por eso seguimos siendo tan parecidos a hace casi cuarenta

años. Los juristas, de un lado, deben procurar recuperar la realidad, y ello requiere la promiscuidad de la legislación especial, del derecho excepcional, de la política, y de la evolución jurisprudencial en clave de interpretación evolutiva sobre la base de matices y distinciones; pero de otro lado el Derecho no puede disolverse en la realidad, y ahí está la resistencia. La función del Derecho es, en definitiva, *reducir*, con formulas predecibles, seguras y contrastadas, la complejidad de la pregunta por la justicia, sin olvidarse de ella. No una justicia intuitiva, movediza, voluntarista, coyuntural, sino una justicia asistida de buenas inercias. Es decir, una justicia con fundamentos. Es decir, y aquí doy un salto: una justicia constitucional, y por tanto dotada de códigos. Una codificación de reglas al servicio de aquello que nos hace ciudadanos: las constituciones. Esto es importante, porque los códigos no pueden sobrevivir a las inundaciones sin los diques constitucionales, y las constituciones necesitan a los códigos para articular cualquier movimiento.

La disolución del Derecho en la realidad, la pérdida de voz propia, el debilitamiento de su resistencia, solo puede provocar la intensificación de dinámicas sociales y económicas invertebradas, rápidas, azarosas, oportunistas. El deterioro del Derecho supone la pérdida de derechos, porque la justicia y los derechos necesitan un armazón, y ese armazón debe estar cargado de buenas razones, de las mejores razones a nuestro alcance, que los proteja del poder y de los poderes: eso, justamente, es el Derecho: un trasiego constante, recíproco y creativo, entre la unidad que nos permite entendernos en empeños que valen la pena, y la pluralidad que nos hace cambiar.

«Siempre queda la unidad de la que renace la diversidad de lo cotidiano», escribe José Antonio DORAL más arriba. Resistir para innovar con criterio, para no perderse ni quedarse atrás, para defender lo que sabemos que sí funciona: la radicalidad de la dignidad humana igual para todos, la libertad como modo de composición de la pluralidad de intereses y objetivos, la fortaleza de los derechos frente a la arbitrariedad del poder y frente a la ventajista codicia, el cuidado de los perdedores, es decir, de las víctimas sin derecho a indemnización. Sobre un patrimonio cultural del que no olvidemos sus razones duraderas, la incisión de la ley y la orfebrería de la jurisprudencia, en una fecunda conversación que nos permitiría innovar y resistir. ¿Por qué no, entonces, *una codificación aliada del constitucionalismo en el siglo XXI?*

Hablo más de «codificación» como proceso, que de «código» como resultado. Es decir, me refiero a la *vocación codificadora de nuestro tiempo*, expresión de cuyo eco me sirvo con oportunismo. La forma «código» es hoy discutible; sin embargo, creo que hay consenso alrededor de la urgencia de una tarea «codificadora». A nivel nacional, para poner encima de la mesa lo mejor de la tradición jurídica de cada nación y cada territorio (algunos países europeos están marcando el camino), y a nivel europeo, donde la necesidad de formulación de un cuerpo normativo dotado de coherencia es evidente, particularmente en los sectores en que se ha legislado por acumulación y sucesión.

Pero en este empeño, que combina bien la unidad con la pluralidad, tropezamos con otro reto que no creo que pueda decirse acabado: el reto de la *composición entre la cultura de la codificación y la cultura constitucional*.

Diría que una característica de los sistemas jurídicos continentales es la existencia de un doble fundamento cultural: por un lado está la cultura (racionalista, ilustrada, liberal, moderna) de la codificación, que supuso una conmixión entre las elaboraciones científicas de la recepción del Derecho romano y los principios políticos y económicos que sirvieron para superar el Antiguo Régimen; por otro lado la cultura constitucional, caja de resonancia de los conflictos políticos del siglo XX, en la que se han inscrito monumentales esfuerzos civilizatorios tendentes a buscar equilibrios entre el poder y la sociedad, con especial preocupación por las víctimas. No hay una antítesis entre los dos basamentos, pero no es atrevido decir que tampoco hay una armonía entre ambos, hasta el punto de que, tomando prestada una célebre expresión, podríamos hablar de un «malestar cultural» de nuestros sistemas jurídicos. Quizás no nos hemos dado cuenta suficientemente de ello: la codificación fue el triunfo de los ganadores; las constituciones, la última garantía de los perdedores.

No acabaremos de comprender nuestros propios sistemas jurídicos, es decir, no acabaremos de comprendernos a nosotros mismos, si limitamos la reflexión sobre esta cohabitación cultural, reduciéndola a la empobrecedora, aunque útil para otros menesteres, distinción entre el plano de la legalidad y el plano de la constitucionalidad. El principio de jerarquía normativa y el recurso de constitucionalidad sirven para poner orden; su función se agota en la eliminación de contradicciones y seleccionar la norma aplicable, pero sólo formalmente dotan al ordenamiento jurídico de coherencia y consistencia interna en un contexto agónico de diversidad. El propio modo de ser de nuestros sistemas admite, o mejor aún, «está hecho» de materiales y precipitados cuyo ensamblaje puede calificarse como difícil o fácil, como complicado o simple, como posible o imposible, pero desde luego no como «natural» o «necesario». Son materiales conceptuales, técnicas, principios e instituciones cuya densidad no se corresponde con la altura en la que el principio de jerarquía los ha colocado en la montaña (que no pirámide) normativa. Y esa densitometría desordenada es la que suscita tensiones nunca perceptibles en un recurso de inconstitucionalidad y sin embargo tan características de nuestros sistemas.

Sigamos con la imagen. Nuestro Derecho no es un montón de leyes, pero tampoco una pirámide. Como he dicho antes, más bien parece una montaña. Una formación geológica. El Profesor HÄBERLE utilizó la expresión «estratos» en su discurso en el acto de su nombramiento como Doctor Honoris Causa de la Universidad de Granada, para referirse al modo en que se han ido combinando, es decir, acumulando, los componentes culturales del Derecho europeo. Qué palabra más expresiva. Sólo desde un racionalismo jurídico de corte deliberadamente formalista puede seguir hablándose de pirámide.

Olvidémonos, pues, de la idea de cúspide, y regresemos a la de **fundamento**. Es ahí abajo, en la base, donde codificación y constitucionalización coexisten en equilibrio inestable. Son dos universos culturales no antagónicos, pero tampoco todo lo contrario. Cada uno de ellos ha traído consigo un proyecto de organización social. Cada uno de ellos tiene su autonomía, su evolución histórica, y su centro de gravedad. En esa tensión entre códigos y constituciones hay algo más que una articulación entre leyes y normas fundamentales: hay dos momentos constituyentes que se sucedieron en la historia pero se superponen en el ordenamiento jurídico. Los códigos fueron constitución material, si no de los Estados, sí de los mercados y de las sociedades, y aunque la promulgación de Constituciones con pleno valor normativo ha supuesto una desvalorización y desacoplamiento de muchas normas codificadas, el resultado no ha sido ni una pirámide ni un robusto edificio cimentado en tierra homogénea y compacta, sino una estructura con más de un centro de gravedad: el centro de gravedad de la constitución está -permítaseme la osadía- en el artículo más importante de todo nuestro ordenamiento jurídico, que es el artículo 53, es decir, la idea de garantía de los derechos; el centro de gravedad de la codificación está en la propiedad y el contrato que, con sus complementos de capacidad de obrar, responsabilidad civil, sucesión mortis causa, etc., tienen también un inequívoco valor de fundamento.

Codificación constitucional. Codificación al servicio del constitucionalismo. Esa es la innovación que puede dar resistencia a lo mejor que hemos recibido. Es fácil de decir, pero en cuanto se ha dicho, aparecen las enormes dificultades. Ninguna de las respuestas más tópicas de los civilistas ante el impacto del constitucionalismo me ha parecido nunca satisfactoria. Hubo una primera respuesta, demasiado rápida y demasiado optimista, que se apresuró a negar el problema: superados los restos de frontal inconstitucionalidad, fundamentalmente localizados en el Derecho de la familia y de la persona, quedaría una interesante y fecunda tarea de constitucionalización del Derecho civil patrimonial que, incorporando en el ámbito de la propiedad y del contrato las exigencias del Estado social, permitirían una armónica adaptación del Derecho privado al nuevo universo constitucional, haciéndonos a todos iguales, libres y felices. Pero en esto, decir no es hacer. Esa respuesta, que podríamos denominar socialdemócrata, fue pronto calificada como «optimista», porque no había tomado en consideración la resistencia intrínseca de los materiales codificados.

Los materiales codificados tienen una cierta flexibilidad, que les ha dado el tiempo y su incesante aplicación a una realidad cambiante. La propiedad comenzó a modularse con la noción de función social, posibilitando la protección jurídica de intereses no propietarios (la protección del patrimonio histórico y cultural, el medio ambiente, la idea de ciudad, la planificación económica, etc.); la autonomía de la voluntad o libertad de contratación no cesa de matizarse con exigencias del principio que ha venido a denominarse «protección del contratante débil», que introduce contrapesos tendentes a limitar los desequilibrios contractuales; y la misma noción de derecho subjetivo se ha visto forzada a convivir, incluso en las leyes procesales, con la de «interés colectivo», dando paso a fórmulas interesantísimas de control social de la actividad de empresa en sede judicial, a través de las acciones de defensa de los intereses colectivos de

consumidores y, más recientemente, acciones de reparación de daños producidos a una generalidad no determinada de víctimas. Pero la flexibilidad de estos materiales tiene límites, de modo que, a la larga, por más que vayan adquiriendo fuerza de «principios técnicos», y no sólo derivaciones político-jurídicas del impacto constitucional, la función social de la propiedad, la protección del contratante débil, los intereses colectivos, no son mucho más que unas anotaciones al margen del texto principal en el que siguen las palabras propiedad y contrato.

Las inercias acabaron imponiéndose, y la doctrina civil mayoritaria prefiere hoy contemplar la Constitución como una norma, la «más alta», dentro de un ordenamiento jurídico cuya coherencia interna sería debida a un Derecho civil situado en el centro. Pero si ya es difícil definir el centro en la política, cuánto más lo será en el ordenamiento jurídico. Yo creo que esa centralidad del Código (es decir, de los elementos culturales, científicos y normativos procedentes de la codificación) es tan real como ideológica, tan ideológica como real: depende de lo que queramos decir con ello.

Vuelvo a la idea de memoria, para así concluir. Vuelvo a la doraliana idea de los principios (nada hay más flexible que un principio, precisamente por su seguro anclaje en un fundamento no contingente: los árboles se mecen al viento porque no son arrancados), y su apertura al «algo más», a eso que acaso se nos escapa. Codificar es decantar, depurar, y también jerarquizar y ordenar. No hay código sin fundamentos armados con voluntad política en su mejor sentido, y sin sistema. No se trata de volver a la simetría geométrica o a la *ratio scripta*, de la que es natural descreer en la postmodernidad. Quizás no haya un canon o una proporción áurea en el Derecho, pero sí hay una descomunal experiencia humana que, en debates doctrinales y en controversias forenses, marcan líneas seguras. Y, por seguras, flexibles: nada hay más rígido que la ignorancia. De esa experiencia surgieron reglas, criterios, conceptos, palabras. ¿Hemos dejado de confiar en nuestra capacidad de escrutinio? ¿No están pidiendo a gritos los derechos y los principios constitucionales el soporte de una nueva (innovación) obra codificadora (resistencia) sobre los fundamentos de la persona, el contrato y la propiedad? ¿No es la codificación del derecho privado, hoy, una tarea «constitucional», tanto a nivel nacional como europeo? Serán códigos distintos, porque distintas son las fuerzas centrífugas que se disputan la realidad, pero renunciar a la pulsión de unidad sistemática que favorece un Derecho privado codificado (o en proceso de permanente codificación) equivale a algo parecido a rendirse. ¿Será ésta la generación de juristas que firme el acta de rendición, o tiene aún fondo cultural suficiente para innovar, y por tanto para resistir?

Fecha de recepción: 06.02.2020

Fecha de aceptación: 04.03.2021