

EL DERECHO CIVIL ANTE LA POST-MODERNIDAD

Fernando de Trazegnies

La experiencia jurídica es la gran clepsidra en la cual, con movimiento perpetuo, el futuro se precipita en el pasado y se convierte en objeto de historia.

Francesco Calasso.

I. MODERNIZACION, MODERNIDAD Y MODERNISMO

1. Derecho y tiempo

El presente trabajo pretende explorar las relaciones entre Derecho y tiempo y, más particularmente, la influencia del tiempo sobre el Derecho.

En realidad, Derecho y tiempo son dos categorías que no se relacionan entre sí de manera pasiva. Ambas tratan en alguna manera de subordinar a la otra, de someterla a su lógica propia: la historia de las vinculaciones entre Derecho y tiempo está formada por repetidos intentos de capturas recíprocas.

El Derecho intenta aprisionar el tiempo, insertándolo dentro de un orden formal que establece los criterios de las periodicidades. Niega al tiempo su papel de patrón de los ritmos y de las medidas y trata de obligarlo a regirse por las rutinas y secuencias del orden jurídico. Desde una perspectiva positivista radical, toda norma pretende incluso paralizar el tiempo, lo que equivale a eliminarlo, ya que el tiempo no es otra cosa que movimiento, cambio: la vigencia de la ley es entendida como un compartimento-estanco entre la promulgación y la derogación en cuyo interior no sucede nada, no hay tiempo. El positivismo quiere que la norma sea inmutable durante todo su

período de existencia. La historia positivista del Derecho —o cuando menos, la ideología positivista de la historia jurídica— tiene un carácter cataclísmico: no está constituida por una evolución gradual en donde las cosas van modificando poco a poco su color, sino que se manifiesta sólo a través de esas grandes convulsiones que son el parto (la promulgación) y la muerte (la derogación) de la norma. Es por ello que, desde esa perspectiva positivista, ha podido decirse que toda norma es un momento con vocación de eternidad o una eternidad provisional.

Como la duración y el cambio constituyen una dimensión inexorable del conocimiento humano, algunas normas reconocen la existencia del tiempo, a condición de que se libere de su origen astronómico y adopte la ciudadanía del Derecho. La periodicidad no resulta así fundada en la naturaleza sino en las exigencias racionales del sistema jurídico: hay normas que establecen plazos y hay incluso normas que crean nuevos calendarios (como es el caso del calendario judicial).

Pero el tiempo se resiste a estos encasillamientos, se revuelve dentro de los marcos que le impone el Derecho, se evade por los intersticios del sistema y luego envuelve al sistema mismo, modelándolo y adaptándolo a una lógica diferente: el tiempo, hecho cultura, impregna la aplicación del Derecho y lo va transformando tanto desde fuera como desde dentro.

El propósito de este trabajo es estudiar esta revuelta de la vitalidad del tiempo contra la formalidad del sistema, analizando este fenómeno en el Derecho Civil de nuestra época. Dado que el tema requiere una aproximación sintética en la que deben incluirse mayor número de aspectos que lo que permite este trabajo, las líneas que siguen no deben considerarse como un planteamiento terminado sino como una mera propuesta de un área de investigación que pensamos que puede ser de gran utilidad para reencontrar la identidad del Derecho Civil en medio de la actual crisis que lo agobia.

2. *Cuestiones terminológicas*

El problema central está indudablemente vinculado al papel

del Derecho Civil dentro de los procesos de modernización. Sin embargo, creemos importante distinguir entre modernización, modernidad y modernismo a fin de evitar malentendidos derivados simplemente de una falta de convención lingüística.

Modernización es el cambio social que se supone que conduce hacia las nuevas formas sociales que imperarán permanentemente en el futuro, cualquiera que sea el contenido de estas formas, cualquiera que sea el diseño de la nueva sociedad. Este cambio puede producirse en todo momento de la historia: es así como podemos señalar una modernización del pueblo romano a lo largo de la evolución de la urbe Roma, como hay también una modernización del mundo europeo en la Edad Media de los S. XI y XII; y, obviamente, hay una modernización en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. Estas modernizaciones sociales conllevan modernizaciones jurídicas. Pero la modernización jurídica no es únicamente un *aggiornamento*, que adecúa el Derecho a las circunstancias de una nueva época, sino que muchas veces el Derecho se convierte en elemento dinamizador de la situación y generador —o cuando menos, colaborador— de la producción del cambio social mismo.

Dentro de este orden de ideas, podemos decir que la modernización es una categoría procesal: nos da cuenta de un proceso universal antes que del contenido particular de tal proceso. Es un concepto que nos señala que se ha producido o se está produciendo un cambio social; pero no nos revela el sentido de la nueva sociedad en gestación.

La modernidad, en cambio, es una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término "modernidad" para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como "moderna" dentro del mundo occidental.

El modernismo es el aspecto más superficial de la moderniza-

ción: constituye la adopción de categorías modernas o de patrones de consumo o estilos modernos más como una moda que como un cambio estructural. Es por ello que el modernismo tiene inevitablemente algo de imitativo, algo de extranjero, un cierto sabor de plagio.

Sin embargo, estas importaciones originariamente superfluas no son a la larga inocuas; pueden constituir vehículos espúreos de modernidad porque la racionalidad implícita en el objeto o en la forma social importada va imprimiendo su propio sello en torno suyo. Por ello, es muy difícil decir dónde termina la modernización o la modernidad y dónde comienza el modernismo. A veces se ha puesto como ejemplo de modernismo al consumismo tecnológico de ciertos grupos sociales en los países subdesarrollados: el uso de las novedades tecnológicas dentro de una sociedad en la que inicialmente una mínima parte de la población puede disponer de ellas, sería una muestra de este modernismo imitativo y desvinculado de su propia realidad. Pero la ventaja "racional" de la nueva tecnología puede imponerse, a pesar de las dificultades sociológicas: lo racional no es sinónimo de lo popular. Es así como, a pesar de que muy pocas personas —proporcionalmente hablando— podían adquirir en el Perú televisores de color (y, más tarde, videograbadoras), en la actualidad estos artefactos modernos tienen una función mucho mayor de lo que podría calificarse como modernismo frívolo; y el porcentaje de difusión de estos elementos de modernidad, aun cuando pudiera considerarse muy reducido para un observador apresurado, es suficiente para alterar las condiciones de esa sociedad. El caso reciente de las computadoras es también bastante ilustrativo.

II. *EL DERECHO CIVIL COMO INGREDIENTE DE LA MODERNIDAD*

1. *El papel modernizador del Derecho Civil*

No cabe duda de que el Derecho Civil ha jugado un papel muy importante dentro de varios procesos de modernización: sus características internas, el hecho de que regule las relaciones más directas de los hombres (la familia, el régimen de apropiación privada de los bienes, las promesas de un hombre a otro hombre) le han otorgado una perspectiva y un impulso que ha servido de palanca del cambio en diferentes oportunidades históricas.

El nacimiento del Derecho civil tiene una inspiración progresista y modernizadora. Justiniano explica que inicialmente el pueblo romano vivía sin ley cierta, sin derecho cierto, gobernado solamente por el poder de los Reyes (1). Pero al aumentar la ciudad, no era posible continuar de esta manera; por ello el pueblo y los reyes propusieron algunas leyes (2). Es importante advertir en este comentario justiniano una idea de orden y predictibilidad implícita dentro del concepto de Derecho, que constituirá muchos siglos más tarde una de las bases de la modernidad. Expulsados los reyes, el pueblo romano volvió a caer en un derecho incierto (3). Pero, como esta situación era intolerable, se buscó un Derecho en Grecia y se establecieron las Leyes de las Doce Tablas (4), de cuyo desarrollo deriva el Derecho Civil (5). Por consiguiente, se trata de un proceso de institucionalización de la ciudad, de organización más moderna y civilizada: el Derecho Civil nace como un instrumento fundamental de esta suerte de modernización.

Por otra parte, Koschaker otorga también un papel protagónico al Derecho Civil romano dentro de ese asombroso impulso cultural que se produce en el S. XI y cuyas causas últimas, nos dice ese mismo autor, nos son todavía desconocidas (6). Koschaker advierte que la importancia del Derecho Romano en esa época no se debió únicamente a sus cualidades técnicas sino también al hecho de que no se trataba de un cuerpo jurídico *value-free*: encarnaba el ideal cultural del *imperium romanum* y, a través de éste, del Emperador alemán (7); por lo que la ciencia del Derecho Romano, creada por los glosado-

(1) *Digesto*, I, II, 1.

(2) *Digesto*, I, II, 2.

(3) *Digesto*, I, II, 3.

(4) *Digesto*, I, II, 4.

(5) *Digesto*, I, II, 5.

(6) KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho Romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. pp. 106-109.

(7) KOSCHAKER, P. *Op.Cit.*, p. 130.

res, adquirió carácter y alcance europeos en razón de los intereses políticos del Emperador (8). No obstante, sin desconocer las condiciones políticas y económicas que pudieran haber favorecido su difusión, no puede dudarse del papel dinamizador del razonamiento civilista en la Edad Media, como lo ha explicado extraordinariamente Harold J. Berman: el Derecho Civil tuvo un importantísimo efecto modernizador en el comienzo de la Baja Edad Media por el hecho de reintroducir el análisis racional dentro de un mundo donde primaba el pensamiento dogmático; y esto fue tan significativo en los cambios de la época que incluso el método de razonamiento propuesto por el Derecho se convirtió en el modelo y en el progenitor de la ciencia occidental moderna (9).

2. *La modernidad*

Desde esta perspectiva histórica, interesa preguntarnos por el papel que cumplió el Derecho Civil dentro de una modernización específica: aquella que nos introduce en la modernidad.

Ante todo, cabe preguntarse con Max Weber sobre la especificidad de esa sociedad occidental a la que llamamos "modernidad".

Parafraseando a Hegel, podríamos decir que la modernidad es un tiempo en el que el sujeto entra en relación consigo mismo, un tiempo en el que el hombre se aprehende como sujeto y consecuentemente toma conciencia contradictoria de sí mismo como sujeto y como objeto. Esta autopercepción del sujeto como sujeto lleva a la exaltación de la libertad y de la capacidad de reflexión: la subjetividad ha sido reivindicada.

Es por ello que la modernidad va a generar un derecho a la crítica intensamente vivido, una afirmación de lo personal frente a lo

(8) KOSCHAKER, P. *Ibidem*, p. 131.

(9) BERMAN, Harold J. *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*. Harvard University Press. Cambridge, 1983, pp. 151-164.

colectivo, una aplicación de controles racionales a todo acto humano, una convicción de que el proceso social puede ser conducido y orientado con arreglo a fines, una fe en el poder de la razón individual como instrumento de progreso. La exaltación de lo individual y subjetivo frente a toda finalidad impuesta desde fuera del individuo llevará a plantear esos fines como resultado de convenciones libremente adoptadas, como expresiones de un contrato social. Pero, establecido este voluntarismo inicial (originado por la ausencia de valores objetivos — es decir, fundados al margen de la subjetividad individual— que pudieran servir de criterios para medir los intereses particulares), los medios para lograr los fines socialmente propuestos serán desarrollados racionalmente. Por "racional" entendemos aquí la aplicación de procesos reflexivos en la toma de decisiones, de acuerdo a una concepción general y sistemática y en función de la realización de ciertos fines; en oposición a procesos meramente repetitivos basados en el peso de la tradición. Así, pues, frente a la sociedad tradicional que no anticipa el futuro y en la que la idea de progreso juega un papel muy poco destacado, la modernidad se instaure como el ambiente dentro del cual la acción social se dirige hacia ciertos objetivos (*goal-directedness of action*) (10), particularmente hacia el incremento económico a través de la aplicación de la técnica moderna a la producción, pero también hacia otros objetivos relacionados con la tecnificación y racionalización de la administración social (11).

Económicamente hablando, la modernidad se caracteriza por un cambio en la organización del trabajo y en el espíritu de la producción: uso de máquinas, incremento de la productividad, deseo de dominar la naturaleza, organización racional y previsión del futuro (12).

La modernidad aparece así conformada por los ingredientes de

(10) PARSONS, Talcott. *The Social System*. The Free Press. New York, 1964, p. 8.

(11) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La Idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980, p. 27.

(12) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Op.Cit.*, p. 27.

acción con arreglo a fines (*goal-achievement*), racionalismo, liberalismo e individualismo. En esta forma, la modernidad se expresa, políticamente, a través de la filosofía de la ilustración y, económicamente, a través de la sociedad de mercado.

En su forma original, la modernidad presupone la convicción de que el bien de todos se realiza a través de la maximización de los bienes de cada uno, los que, despojados de toda referencia exterior a una noción de bien objetivo, se reducen a la subjetividad de los intereses socialmente compatibles (13): la confianza en la razón humana y en su espíritu creativo lleva a cuestionar todas las verdades establecidas, las que tienen que someterse al análisis racional; y la convicción de que todo hombre es suficientemente racional para controlar su propio destino (14) elimina toda posibilidad de que pudieran surgir nuevas objetividades axiológicas sobre la base de que unos hombres se consideren más capaces de aplicar los procesos racionales. En realidad, la modernidad bajo todas sus formas — veremos que presenta algunas variantes que se diferencian y hasta se oponen al capitalismo— se muestra como un gran fenómeno de renovación y crítica social: crítica racional, individualizada y permanente.

Con una clara influencia kantiana, Weber considera que la racionalidad evoca las nociones de finalidad y de generalidad: es racional la conducta con arreglo a fines que puede ser aplicada de

(13) "The interest of the community is one of the most general expressions that can occur in the phraseology of moral... The community is a fictitious *body*, composed of the individual persons who are considered as constituting as it were its *members*. The interest of the community then is, what? - the sum of the interests of the several members who compose it" (BENTHAM, Jeremy. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Cap. I, IV. Hafner Publishing Co. New York, 1948, p. 3).

(14) "The only freedom which deserves the name, is that of pursuing our own good in our own way, so long as we do not attempt to deprive others of theirs, or impede their efforts to obtain it. Each is the proper guardian of his own health, whether bodily, or mental and spiritual" (MILL, John Stuart. *On liberty*. Cap. I, párrafo 13).

manera general, sin entrar en contradicciones internas. Ahora bien, hay dos tipos de racionalidad: una basada exclusivamente en el cálculo —fundamentalmente numérico y fundamentalmente tomando como unidad al dinero— y otra basada en aspectos cualitativos equívocos, tales como las exigencias éticas, políticas, igualitarias, etc. (15). La racionalidad que organiza el sistema liberal capitalista será la primera, a la que también denomina racionalidad formal frente a la racionalidad sustantiva o cualitativa que corresponde mejor a la organización social pre-capitalista (16).

La modernidad capitalista implica entonces la instauración de una perspectiva universalizante. Frente a los particularismos tradicionales, se pretende constituir una sociedad homogénea en cuyo interior los bienes y servicios sean fácilmente intercambiables por los individuos movidos exclusivamente por sus propios intereses. Esto implica la desaparición de los grupos basados en aspectos estatutarios, tradicionales o religiosos, debido a que crean particularismos: el hombre se encuentra solo frente a un paisaje social universal dentro del cual tendrá que encontrar su ubicación por sí mismo y ocuparse de la tarea de diseñar su propio entorno. Claro está que ello no significa que desaparezcan las agrupaciones: por el contrario, serán muy fuertes pero ya no estarán basadas en elementos ajenos al individuo sino que surgirán de la voluntad de los individuos mismos para sumar sus fuerzas en esa lucha universal por la ganancia.

Dentro de la concepción weberiana, la modernidad está asociada al surgimiento del sistema de capitalismo industrial (17). Para Weber, el mercado aparece como "el arquetipo de toda acción social racional" (18): la conducta del mercado —dice Weber— está orienta-

(15) WEBER, Max. *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. T. I. México, 1974, p. 64.

(16) *Loc.cit.*

(17) TRUBEK, David M. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism*. Wisconsin Law Review. Vol. 1972, N° 3, p. 722.

(18) RHEINSTEIN, Max. *Introducción a Max Weber on Law in Economy and Society*. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. 191;

da por la intención racional y finalista (*purposeful*) de realizar los propios intereses (19). Esta idea de la racionalidad es verdaderamente clave para establecer las características del mundo moderno; pues aun los monopolios —que pasan como contrarios al utopismo liberal de una competencia perfecta— corresponden a esta modernidad en la medida en que no están basados en aspectos religiosos o sociales tradicionales sino que se construyen, según Weber, exclusivamente sobre bases económicas y racionales.

3. *Modernidad y Derecho*

Una modernización con el contenido social de la que ha sido descrita requiere a su vez un Estado y un Derecho que faciliten el libre desenvolvimiento de la racionalidad individual.

La universalización supone un reforzamiento del Gobierno central a fin de compatibilizar las iniciativas individuales en términos de que no se anulen unas a otras y a fin de eliminar las particularidades que dificultan la anticipación racional y los intercambios económicos al introducir elementos extraños al cálculo utilitario. Dentro de este contexto, el Derecho constituye, de un lado, una de las expresiones de la actividad coercitiva del Estado central destinada a lograr la universalización mediante la supresión de los particularismos tradicionales y a suprimir las conductas no racionales (consecuentemente, anti-sociales) que perturban el funcionamiento pacífico de la sociedad de intereses individuales. De otro lado, el Derecho constituye el medio por el cual la sociedad capitalista garantiza la libertad individual de acción tanto frente a las perturbaciones creadas por los individuos entre sí como frente a las interferencias del propio Estado. En ese sentido, el Derecho debe ser predecible a fin de que no origine opacidades en la actividad racional de los individuos; por eso debe tener un carácter genérico y sistemá-

WEBER, Max. *Economía y Sociedad*. Ed. Fondo de Cultura Económica citada. T. I, p. 493.

(19) WEBER, Max. *Op.cit.* ed. Rheinstein, p. 192. Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 494.

tico, es decir, constituir un orden cerrado, sin lagunas, de aplicación uniforme.

Weber señala que este tipo de Derecho tiene que responder a cinco postulados: deben existir reglas generales, las decisiones concretas deben ser producto de la aplicación de tales reglas mediante procedimientos racionales (lógica jurídica), el sistema no debe contener lagunas (real o virtualmente), todo lo irracional debe ser considerado irrelevante y toda acción social debe ser evaluada en términos de Derecho (20). Dentro de su clasificación del pensamiento jurídico, Weber considera que este Derecho que forma parte de la modernidad capitalista corresponde a la categoría que denomina "racionalidad formal lógica" (21). Este pensamiento jurídico es racional en la medida que se apoya en alguna justificación que trasciende el caso y se basa en reglas libres de ambigüedad; es formal en la medida que los criterios de decisión son intrínsecos al sistema jurídico; y es lógico en la medida que los hechos son evaluados a través de un análisis lógico del sentido de la norma y que el sistema se construye con la ayuda de conceptos abstractos que permiten una alta sistematización (22). Rogelio Pérez Perdomo ha explicado con precisión las cinco diferentes acepciones que tiene el formalismo (23). Por el momento nos interesa conservar una definición muy simple, pero suficiente para nuestros propósitos: el Derecho moderno tiene un carácter formal porque pretende que las decisiones jurídicas se justifiquen únicamente con referencia a otras reglas y a los hechos determinados específicamente en las reglas mismas (24). Este formalismo permitiría que el Estado,

(20) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pág. 64. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 511-512.

(21) WEBER, Max. *Ibidem.*

(22) TRUBEK, David M. *Max Weber on Law and the Rise of Capitalism.* Wisconsin Law Review. Vol. 1972, Nº 3, p. 730; WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 62-63. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 510-511.

(23) Vide PEREZ PERDOMO, Rogelio. *El formalismo y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano.* Monte Avila, Editores. Caracas, 1978.

(24) UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society.* ed.cit., p. 204.

a través del Derecho, pueda "regular el proceso global, es decir, el mercado, pero sin intervenir en él como actor económico... El formalismo aparece así solidario de una concepción de la actividad económica básicamente en manos de particulares..." (25).

Un Derecho de estas características se produce en Occidente en razón de la reunión de una serie de circunstancias; pero, a su vez, la aparición de este tipo de Derecho no es una mera consecuencia sino que crea condiciones que permiten un desarrollo de la modernidad y, por este lado, refuerza los otros procesos o incluso los impulsa.

Uno de los elementos característicos de la modernidad política y que tiene una influencia decisiva en la formación del Derecho moderno es el nacimiento de los aparatos burocráticos (26), primero de la Iglesia y luego del Estado. "En la medida en que aumenta la racionalidad de la organización de la autoridad", nos dice, "las formas irracionales de procedimiento son eliminadas y el Derecho sustantivo resulta sistematizado, *i.e.*, el Derecho como un todo es racionalizado". Y pronto, por la lógica de toda administración, los aspectos sustantivos del razonamiento son desplazados por los aspectos formales. Esta justicia formal no conviene a todos quienes pretenden realizar valores objetivos mediante el Derecho; en cambio, es apoyada por quienes buscan esferas de libertad, determinadas por marcos formales, dentro de las que el individuo pueda desarrollar su subjetividad: el Derecho de la modernidad contribuye a abrir oportunidades individuales y libera capacidades (27).

Es así como el mundo preñado de modernidad recoge elementos constructivos antiguos para levantar el nuevo edificio jurídico. Las nuevas clases burguesas, movilizadas durante los últimos siglos del

(25) PEREZ PERDOMO, Rogelio. *Op.cit.*, p. 21.

(26) No debe olvidarse que Weber utiliza al adjetivo burocrático no en sentido despectivo para significar la patología de la administración, sino en su sentido original de gobierno a cargo de un sistema de administradores.

(27) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 228-229. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 606-607.

Medioevo, retoman los elementos modernizadores introducidos en el Derecho por la burguesía romana, debido a que éstos correspondían a la necesidad de racionalidad que demandaba la modernidad (28). Este proceso de recuperación del pensamiento racional había comenzado en la Baja Edad Media con los glosadores: paulatinamente se va sustituyendo el concepto de Derecho como un conjunto de leyes aisladas que son vistas simplemente como "mandatos" de la autoridad o como la expresión de un orden sobrenatural, por un sistema normativo que se apoya en su coherencia interna. El redescubrimiento del Derecho Romano y tanto el estímulo como el desafío que plantea para el pensamiento racional, representan la línea de recuperación de la racionalidad frente al Derecho "autoritario" o religioso de la autoridad feudal. No cabe duda de que los civilistas e incluso los canonistas —en tanto que intentan un esfuerzo legal sistemático y organizan una burocracia clerical— abrieron tempranamente el paso a la modernidad jurídica.

Es cierto que el caso de Inglaterra parece contradecir la relación entre racionalidad lógico-formal y modernización: el propio Weber planteó la falta de sistematización del Derecho inglés y dudó mucho sobre la interpretación de este aparente caso desviado que parecía cuestionar la teoría. Sin embargo, a pesar de que el Derecho inglés no desarrolló originariamente un aparato conceptual tan complejo como el continental ni tuvo el apoyo de la tradición romanista —aun cuando no fue totalmente ajeno a su influencia—, podemos pensar que aseguró por otros medios la calculabilidad individual y, de esta forma, permitió el desarrollo del sistema capitalista. Además, una vez embarcado en la modernidad, el propio Derecho inglés, sin perjuicio de conservar un estilo general bastante más abierto que los rígidos sistemas continentales, adoptó también un razonamiento formal que poco se distingue del que se deriva de la tradición romanista.

4. *El Derecho Civil como paradigma de Derecho Moderno*

Ahora bien, ¿cuál es la rama del Derecho que encarna más

(28) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, p. 225. Ed. Fondo de Cultura Económica, p. 604.

cabalmente estos ideales de la modernidad jurídica? Ciertamente, el Derecho Civil. Weber lo indica claramente y considera que su mayor desarrollo lo ha adquirido bajo la forma pandectista alemana (29). Este Derecho Civil moderno proporciona predictibilidad de los actos privados, es decir, posibilidad de expansión de la libertad individual a través de un cálculo inteligente. Está formado por instituciones como la familia nuclear, la propiedad privada, la autonomía de la voluntad contractual; todas ellas orientadas a garantizar esferas de acción a la subjetividad.

Franz Wieacker ha demostrado la profunda relación entre la evolución del Derecho Privado y la creación del Occidente moderno (30). De otro lado, son conocidas las experiencias de modernización de los países no industrializados que han siempre asociado la modernidad con la implantación de un Derecho Civil, es decir, de un Derecho Privado con las características que éste tiene en la tradición occidental. En Japón, el Gobierno Meiji adoptó la decisión de invitar a un jurista francés, Boissonade, para preparar un Código Civil acorde con la política de modernización económica y social; y es así como el Código Civil de 1898 sustituyó a los viejos procedimientos consuetudinarios basados en la idea de conciliación antes que en la de atribución de derechos individuales. En Turquía, el proyecto modernizador de Mustafá Kemal Atatürk incluyó, como parte importante del mismo, la dación de un Código Civil inspirado en el Código suizo. En la América Latina del S. XIX, todas las nuevas naciones se propusieron modificar sus sistemas de derecho privado como un paso para acercarse al mundo moderno. Rogelio Pérez Perdomo ha descri-

(29) WEBER, Max. *Ob.cit.*, ed. Rheinstein, p. 64. La edición del Fondo de Cultura Económica ha omitido la referencia a la Pandectística, traduciendo la expresión como "Derecho Privado" (pág. 511); pero en todo caso, ello no hace sino enfatizar nuestra tesis de que el Derecho Civil es el prototipo del Derecho de la modernidad, según Weber. Max Rheinstein, en la Introducción de su edición, destaca a su vez esta relación entre modernidad y Derecho Civil. (RHEINSTEIN, Max. *Max Weber on Law in Economy and Society*. Clarion. Simon and Schuster. New York, 1954, p. xliiii).

(30) WIEACKER, Franz. *Storia del Diritto Privato Moderno*. Giuffrè Editore. Milano, 1980.

to este proceso en Venezuela (31). Carlos José Gutiérrez lo ha hecho respecto de Costa Rica (32) y ha presentado en este mismo Congreso una interesante ponencia en la que analiza la relación entre Derecho Civil y modernización en América Latina en general (33). El autor del presente trabajo ha analizado la misma relación en el Perú del S. XIX (34).

Es interesante advertir cómo los protagonistas de estos intentos de modernización en América Latina, fueron muchas veces perfectamente conscientes de la necesidad de desarrollar un Derecho Civil para satisfacer e impulsar los propósitos modernizadores.

Manuel Lorenzo de Vidaurre, quien redactó el primer proyecto de Código Civil peruano, planteaba los objetivos que quería lograr con ese cuerpo de leyes en términos convenientes para la incorporación a la modernidad: "El estado será dichoso y permanecerá tranquilo, cuando sean seguras las propiedades, fáciles y honestos los modos de adquirirlas" (35). El mariscal Andrés de Santa Cruz, Presidente de la Confederación Perú-Boliviana, tuvo la clara percepción de la necesidad de códigos liberales para lograr un ingreso pleno de estas tierras a la modernidad (ideal que nunca se logró realizar). Por eso, pone en vigencia un Código Civil al estilo francés, en cuyo prólogo declara: "La legislación civil, criminal y de procedimientos, a que habéis estado

-
- (31) PEREZ PERDOMO, Rogelio. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el S. XIX venezolano*. Monte Avila Editores. Caracas, 1978 y *Los Abogados en Venezuela*. Monte Avila Editores. Caracas, 1981.
- (32) Vide GUTIERREZ, Carlos José. *El funcionamiento del sistema jurídico*. Editorial Juricentro. Costa Rica, 1979.
- (33) GUTIERREZ, Carlos José. *Derecho Privado y Modernización. El esfuerzo latinoamericano*. New York. Agosto de 1989.
- (34) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La idea de Derecho en el Perú Republicano del S. XIX*. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1980.
- (35) DE VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *Proyecto de Código Civil Peruano dividido en tres partes, escrito por el ciudadano M.L. Vidaurre*. Imprenta del Constitucionali, por Justo León. Lima, 1835. II Parte, p. 11.

sometidos en vuestros negocios privados, (es la) única parte de vuestra organización a que no se ha aplicado la mano reformadora del siglo" (36). En consecuencia, agrega, se promulga dicho Código para que "quede amparada la propiedad y asegurada su transferencia por medio de decisiones exactas y positivas" (37) y "se consolide el crédito privado" (38).

Andrés Bello, autor de un Código Civil para Chile, que fuera adoptado después por Colombia y que ha influido sobre la codificación civil de un gran número de países latinoamericanos, era plenamente consciente de esta vinculación entre un Derecho claramente sistematizado y una adecuada administración de los intereses individuales: "Reducidas las leyes a un cuerpo bien ordenado, sin la hojarasca de preámbulos y frases redundantes, sin la multitud de vocablos y locuciones desusadas, que ahora la embrollan y oscurecen, descartadas las materias que no han tenido nunca, y que ya han dejado de tener aplicación al orden de cosas en que vivimos ¿cuánto no se facilitará el estudio a la juventud? El libro de las leyes podrá andar entonces en manos de todos; podrá ser consultado por cada ciudadano en casos dudosos, y servirle de guía en el desempeño de sus obligaciones y en la administración de sus intereses" (39). Por su parte, las grandes construcciones civilistas de Texeira de Freitas y de Dalmacio Vélez Sarsfield no cabe duda de que son un consciente esfuerzo de adoptar una legislación que incorporará la racionalidad lógico-formal a fin de permitir un desarrollo del individuo. Prueba de la presencia de este espíritu modernizador —no es una casualidad que Vélez Sarsfield como diputado hubiera intervenido en todos los proyectos económicos del Congreso argentino, como miembro de la

(36) *Código Civil Santa Cruz del Estado Nor-Peruano*. Edición oficial. Imprenta de José Masías. Lima, 1836, p. IV.

(37) *Ibidem*, p. V.

(38) *Ibidem*, p. VI.

(39) *El Araucano*, N° 146 de 28 de junio de 1833, cit. por Guillermo FELIU CRUZ: *La prensa chilena y la codificación. 1822-1878*. Comisión Nacional de Conmemoración del Centenario de la muerte de Andrés Bello. Santiago de Chile, 1966, p. 21.

Comisión de Hacienda (40)— está en la acerba crítica de Juan Bautista Alberdi, que lo acusa de falta de originalidad y sostiene que su Código es extranjero y europeizante (41), es decir, lo sindicó como importador de la modernidad europea. La crítica parece excesiva e injusta, porque Vélez Sarsfield había tomado en cuenta la legislación nacional argentina y la había incorporado en la mayor medida posible, siempre que no originara incongruencias. Pero no cabe duda de que hay un espíritu nuevo en el Código de Vélez Sarsfield, tanto en el contenido individualista que aporta como en su esfuerzo de sistematización. Y, el propio Vélez Sarsfield, al contestar a Alberdi, da cuenta de su consciencia de la necesidad de incorporarse jurídicamente a la modernidad: ¿por qué —se pregunta— no podríamos modificar las leyes dadas en España desde el S. XIII y que representan intereses contradictorios? ¿Por qué no agregaríamos las leyes que exigen o el adelantamiento de la ciencia o las nuevas necesidades de los pueblos, su nuevo ser político, las nuevas costumbres o los principios económicos, todo este distinto o contrario orden de cosas al orden en que vivían en la Edad Media los pueblos españoles? (42).

III. LA CRISIS CONTEMPORANEA DEL DERECHO CIVIL

1. *El Derecho Civil visto como lastre frente a los cambios de nuestro tiempo*

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

A pesar de que la crítica al Derecho Civil no se expresa siempre de manera abierta, existe una atmósfera general que tiende a consi-

(40) LEVENE, Ricardo. *Manual de Historia del Derecho Argentino*. 4ta. ed. Depalma. Buenos Aires, 1969, p. 430.

(41) LEVENE, Ricardo. *Op.cit.*, p. 439.

(42) LEVENE, Ricardo. *Op.cit.*, p. 442.

derar el civilismo como un rezago de un mundo que está a punto de convertirse en pasado. En el ambiente político, en los centros internacionales de cooperación, en las fundaciones que auspician investigaciones en el campo del Derecho, existe una suerte de silencioso consenso en el sentido de que el Derecho Civil no merece ser apoyado porque se encuentra muy distante de las urgencias del momento. En las Facultades de Derecho —particularmente en los países del Tercer Mundo— los estudiantes y los profesores, preocupados por el desarrollo social y económico de sus países, pretenden orientar la formación de las nuevas generaciones y los esfuerzos de investigación hacia disciplinas jurídicas de mayor contenido social; es general la crítica a los programas de estudio tradicionales, fuertemente centrados en la tradición civilista. Francesco Lucarelli señala que existe una pérdida de identidad de los dogmas civilistas y que ello genera consecuencias muy graves en la enseñanza del Derecho Civil: se habla cada vez más en la Universidad de una alienación del estudiante, de un rechazo a las fórmulas abstractas que son fruto del positivismo y del racionalismo jurídicos antes que reflejo de la sociedad viva y real; se denuncia el mero tecnicismo de las instituciones, la carencia de contenido histórico y crítico de la formación (43).

En algunos casos, el ataque contra el Derecho Civil es bastante más agresivo. Así, Eduardo Novoa Monreal distingue entre las leyes nuevas con sentido social y la legislación básica codificada que equivale al Derecho tradicional y, fundamentalmente, al Derecho Civil. A esta legislación tradicional codificada la acusa de haber perdido el ritmo de la historia: mientras la vida moderna es extremadamente móvil y plantea problemas tecnológicos, económicos y sociales nuevos, el Derecho —léase, civil— tiende a conservar formas de los S. XVIII y XIX, cuando no de la Antigua Roma (44). "Cada vez se hace más perceptible la desconexión que existe entre el Derecho y las realidades sociales que hoy vive el mundo" (45). "Sus preceptos,

(43) LUCARELLI, Francesco. *Diritti Civili, e Istituti Privatistici*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, 1983, p. 6

(44) NOVOA MONREAL, Eduardo. *El Derecho como obstáculo al cambio social*. 2a. ed. Siglo Veintiuno Editores S.A. México, 1975, p. 13.

(45) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

agrega, están notoriamente retrasados respecto de las exigencias de la vida moderna... han perdido vitalidad"(46). "A nuestro juicio, la nota más deprimente reside en que los preceptos, esquemas y principios jurídicos en boga se van convirtiendo gradualmente no sólo en un pesado lastre que frena el progreso social sino que llega, en muchas ocasiones, a levantarse como un verdadero obstáculo contra ésta" (47). La crítica de Novoa Monreal alcanza tonos muy duros: el Derecho actual es obsoleto, pero el conservantismo de los juristas no ha sido capaz de advertirlo; el mundo cambia en medio del adormecimiento de los juristas (civilistas).

Lo cierto es que el predominio y el prestigio que tenía el Derecho Civil dentro del mundo jurídico, se ha perdido en gran parte. Y, como consecuencia de ello, una serie de áreas que pertenecían tradicionalmente a sus dominios han comenzado un éxodo o una independización: algunas, han preferido pasarse al Derecho Público; otras, han intentado adquirir autonomía y, como se sentían a medio camino entre lo público y lo privado, han preferido crear una nueva categoría denominada Derecho Social y ubicarse dentro de ella. Es así como el Derecho Laboral se desgajó del contrato de locación conducción. Más tarde, leyes cuyo espíritu y técnica es ajena a la tradición civilista, fueron poco a poco haciendo retroceder las fronteras del Derecho Civil, en materias tales como la propiedad de la tierra rústica y los contratos agrícolas (particularmente en los países que llevaron a cabo una reforma agraria), la urbanización, los contratos de inquilinato, la regulación del uso y propiedad de vehículos automotores, de naves y aeronaves, etc. Las nuevas formas de procreación, los trasplantes de órganos, la misma muerte, son jurídicamente definidas y normadas por leyes especiales. La organización de seguros obligatorios de automóviles y de ciertas actividades públicas o particularmente riesgosas, incluyendo los accidentes de trabajo, ha limitado a su mínima expresión el campo de la responsabilidad extracontractual. En algunos países se pretende incluso dar un Código especial para la familia, retirando esta área de la vida social del marco del Código Civil, donde se encontraba desde siempre.

(46) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

(47) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 11.

De esta manera, es posible decir ahora que el Derecho Civil "tiene un ámbito de aplicación extraordinariamente reducido y cada vez beneficia o afecta, en la vida práctica a un menor número de personas" (48). En realidad, este Código que se ocupaba de los aspectos más importantes del ser humano —el nacimiento, el matrimonio, la filiación, la propiedad, la contratación, la muerte y los problemas de sucesión— tiende actualmente a quedar arrinconado a aspectos muy puntuales: la propiedad realmente normada por el Código Civil, por ejemplo, casi no abarca sino el vehículo propio, el menaje y la casa personal. Con relación a esta pérdida de importancia social del Derecho Civil, dice Novoa Monreal: "Hay una demostración empírica muy sencilla que lo comprueba: revísense las materias sobre las que versan los litigios que se promueven actualmente ante los tribunales ordinarios de justicia y compárense porcentualmente con los que ingresaban a comienzos de siglo y se verificará que —excluida la materia criminal que puede permanecer más o menos constante— cada vez es menor la proporción en materias propiamente "civiles", en el sentido de aquéllas que versan sobre conflictos que corresponde resolver de manera directa al Código Civil" (49).

2. *El caso contra el Derecho Civil*

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

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

Todo jurista, decía George Ripert, es conservador; no en el sentido político del término sino en su sentido funcional: la ciencia que domina (el Derecho) vive de la estabilidad y de la continuidad; no

(48) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 25.

(49) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Ibidem*, p. 25-26.

puede, entonces, el jurista pensar sino en mantenerla (50). Nadie está impedido de creer en un derecho nuevo que regule la sociedad del futuro, agregaba; pero los adivinos y los profetas no son juristas. "El derecho es la formulación del orden social establecido y no la representación de un orden futuro, la defensa del presente y no la anticipación del porvenir" (51). Y esta característica propia de toda norma —en razón de que la norma precede formalmente siempre al hecho al cual será aplicada— se acentúa más en el caso del Derecho Civil. El peso de una tradición milenaria, entendida muchas veces de manera estática y como simple representación de un orden que está en la naturaleza misma y que consiguientemente es inmutable, lleva al civilista a no contar con la dimensión temporal: vive en un eterno presente, atento al pasado sólo en cuanto le confirma el presente y despreocupado por el futuro porque está convencido que, como dice Ripert, a él le toca únicamente aplicar la norma vigente.

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

Esta cierta inercia del Derecho Civil frente al cambio, se convierte en problema en épocas en que la vida social, política y económica evoluciona muy rápidamente. Evidentemente, el Derecho Civil hace crisis ante las grandes revoluciones. Dice, por ejemplo, Nemtsov, reflexionando sobre el Derecho Civil durante la Revolución Rusa: "En la medida en que la situación cambia, el esquema de las cosas tiene que ser modificado, incluyendo el sistema de normas; porque el derecho es, por naturaleza, conservador y refleja la situación que existía en el día de su promulgación... Pero se requiere tiempo para transformar un sistema de normas. Un cierto tiempo — a menudo considerable— transcurre antes de que el proyecto de ley haya pasado por todas las fases preparatorias para su entrada en

(50) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, p. 8.

(51) *Ibidem*, p. 10.

vigencia y antes de que sea promulgado y recibido a nivel local. Mientras tanto, la vida no se ha detenido. Ha creado nuevos problemas que deben ser resueltos. Ha remodelado las relaciones sociales que requieren ahora nuevas formas y métodos de regulación. Por esta razón, una de las características del presente período de situaciones rápidamente cambiantes ha sido la notoria discrepancia entre el sistema normativo y nuestras necesidades cotidianas. En muchos casos, la discrepancia conduce a una situación en la que una ley soviética bloquea el progreso y actúa como un lastre frente a nuestro aparato estatal en el trabajo diario" (52).

Una segunda razón de queja contra el Derecho Civil se encuentra en *la acentuación del rol del Estado y la correspondiente desvalorización de lo privado* que ocurre en la época actual.

Ya Max Weber había señalado que un sistema jurídico formal —como el Derecho Civil— no convenía a los propósitos de los gobernantes que no tenían interés en alcanzar el más alto grado de precisión formal que maximizaría las posibilidades de una correcta predicción de las consecuencias legales de los actos privados, sino, más bien, realizar ciertos objetivos ético-políticos: los déspotas ilustrados, los populistas quieren realizar socialmente ciertos contenidos sustantivos y, por eso, no se sujetan a limitaciones formales de ninguna especie, ni quieren estar ligados por las reglas que ellos mismos establecen. Todos ellos, dice Weber, tropiezan con el obstáculo de la inevitable contradicción entre el formalismo abstracto de la lógica jurídica y el deseo de lograr, a través del derecho, ciertos fines sustantivos (53).

Este punto ha sido muy claramente percibido por quienes se sitúan en la posición contraria a la iniciativa individual como motor

(52) NEMTSOV, N. *La legalidad revolucionaria y el trabajo de las Cortes durante el período de la reconstrucción*, publicado en *El Semanario de la Justicia Soviética*, 1929, N° 47, pp. 1101-1102, transcrito por Zigurds L. ZILE. *Ideas and Forces in Soviet Legal History*. College Printing & Typing Co. Madison, Wisconsin, 1967, p. 214.

(53) WEBER, Max. *Op.cit.*, ed. Rheinstein, pp. 225-227. Ed. Fondo de Cultura Económica, pp. 604-605.

de la sociedad y que, en consecuencia, no otorgan mayor importancia al cálculo privado de intereses. Desde una perspectiva comunista, este factor limitante de la racionalidad lógico-formal ha sido puesto de relieve: "El Derecho", dice Trainin, "tiene siempre dos aspectos: obliga a los ciudadanos pero también obliga a las autoridades. Así, el Derecho castiga al ladrón y simultáneamente establece los límites del castigo. Por este motivo, el Derecho —no importa cuán variado sea y a veces incluso cuán despóticos sean sus contenidos— está siempre bajo su propia restricción" (54). Obviamente, el Gobierno revolucionario soviético no podía aceptar esta limitación; no tenía interés en hacerlo porque su preocupación no era el cálculo individual sino la imposición de una determinada política de carácter general. Por eso, Trainin agrega: "Pero cuando el viejo mundo colapsó, cuando la dictadura se instauró como orden político, la autoridad soviética conscientemente rechazó reconocer tal restricción" (55).

El mismo razonamiento, con matices en cuanto a su mayor o menor radicalidad, se encuentra en las posiciones socialistas. Eduardo Novoa, por ejemplo, sostiene que el Código Civil es un Derecho de propietarios; y cada vez hay menos propietarios quienes, lejos de ser el ideal del tipo social como era en el Código Napoléon, han pasado a ser un pequeño grupo de privilegiados (56). Por eso, dice, en la hora actual, "La tarea urgente de los juristas es elaborar las nuevas instituciones jurídicas para un Derecho moderno que sirva a las ideas de solidaridad social, de primacía del interés colectivo por sobre el particular y de activa dirección de la economía por el Estado" (57).

Sin embargo, no es sólo desde posiciones políticas extremistas que el argumento puede ser esgrimido. Aun desde dentro de la modernidad liberal, no cabe duda de que, primero el *Welfare State* y luego las modernas formas de administración, sin desconocer la

(54) TRAININ, A. *Sobre la legalidad revolucionaria*, publicado en *Derecho y Vida*, 1922, N° 2, p. 5. transcrito por Zigurds L. ZILÉ, *op.cit.*, p. 48.

(55) *Ibidem*, p. 48.

(56) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, pp. 25.

(57) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, p. 15.

libertad individual y la iniciativa privada, han otorgado una importancia al Estado como promotor del bien común, bastante mayor que la que pudo aceptar el liberalismo del S. XIX. Aún más; en los países subdesarrollados con economías muchas veces pre-capitalistas, el Estado asume un papel promotor y director, precisamente para implantar un sistema social de libertad individual y de economía liberal-capitalista. En consecuencia, ese Estado no se limita a una racionalidad lógico-formal sino que persigue la realización de fines sustantivos; aun cuando tales fines sean los de implantar una sociedad en la que en el futuro la racionalidad sustantiva pase a un segundo plano y el Derecho asuma un carácter racional formal.

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

Esto significa que diversas áreas de las relaciones sociales no aceptan ya ser regidas exclusivamente por "lógica" sino que suponen una técnica determinada, que tiene un cuerpo de conocimientos propios. Por ejemplo, las formas de usar una propiedad inmueble para urbanizarla y dividirla en lotes de terreno, no puede ya estar sujeta simplemente a las reglas generales del Código Civil; exige un tratamiento normativo que incluye aspectos de ingeniería, economía, y sociología. La reglamentación relativa a los bienes culturales no puede limitarse a las normas relativas a la propiedad en general; requiere una precisión normativa con ayuda de la historia, de la arqueología y, posiblemente, de la política y de la economía. La regulación de la procreación asistida o de la muerte plantea referencias a la biología y a la ciencia médica. De esta manera, el Código Civil aparece como insuficiente para establecer las líneas imperativas que definen el diseño jurídico del área. Esto genera una necesidad de utilizar leyes especiales, usualmente redactadas no por juristas sino por especialistas de esas otras áreas aludidas.

Una cuarta causa de inadaptación del pensamiento civilista a las necesidades del mundo de hoy radica en *la naturaleza formalista del Derecho Civil*.

Paradójicamente, esa característica de racionalidad formal que para Weber era la clave de la modernidad, resulta ahora una de las razones por las que el Derecho Civil no se encuentra a gusto en el seno del mundo contemporáneo; y por las que el mundo jurídico contemporáneo no se encuentra a gusto con el Derecho Civil. El formalismo del Derecho Civil lo aparta de la realidad en la que se aplica y, de este modo, lo convierte en un Derecho abstracto, poco atento a los problemas y a las preocupaciones de la época.

"La enseñanza del Derecho, ha puesto énfasis en todas partes en el estudio de la doctrina jurídica, y ha habido poca instrucción en los conceptos y la metodología de la investigación de las ciencias sociales", denunciaba el International Legal Center (58). "Si los juristas no desarrollan una perspectiva social y política, hay pocas esperanzas de que un programa de investigación en Derecho y Desarrollo tenga sentido para los abogados y académicos del Tercer Mundo" (59). En general, dado que la preocupación por el desarrollo se manifiesta sobre todo en otras áreas del Derecho más vinculadas con la regulación económica, son esas otras áreas las que asumen la función modernizadora; en cambio, el Derecho Civil va siendo relegado a los "juristas puros" que son mirados despectivamente por los "desarrollistas". El Derecho Civil estaba realmente vinculado a lo económico cuando la iniciativa económica estaba en manos totalmente privadas; pero cuando el Estado tiene un papel promotor, son más bien las reglas administrativas las que adquieren un papel protagónico. Porque lo económico dentro de una sociedad "moderna" estaba servido por una garantía jurídica de la libertad individual, lo que implicaba un disfrute pacífico de sus propiedades y una autonomía contractual. Pero cuando lo económico no se basa en el cálculo individual sino en el impulso estatal (incluyendo un impulso de tipo

(58) International Legal Center. *Informe sobre la Investigación en Derecho y Desarrollo*. Facultad de Derecho. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1975, p. 58.

(59) *Ibidem*, p. 83.

capitalista, como lo puede ejercer el Estado taiwanés o el coreano), entonces interesa no tanto un razonamiento formal sino más bien un razonamiento teleológico o finalista que oriente el sistema hacia los fines político-económicos propuestos.

3. *Las desventajas de la nueva legislación*

De acuerdo a lo expuesto, existen diferentes razones para que el Derecho contemporáneo excluya del campo del Derecho Civil importantes áreas de la vida social. Sin embargo, este alejamiento de las fuentes civilistas no deja de tener consecuencias; y algunas bastantes negativas.

Mientras el Derecho tradicional muestra un alto nivel de coherencia y —¿por qué no decirlo?— de rigor científico, inspirado en las ideas filosóficas del individualismo liberal, ese nuevo Derecho reglamentario, orientado hacia lo público y basado en la técnica antes que en el método jurídico, se presenta con un notable grado de asistematicidad.

Las nuevas leyes tienen un carácter disperso, sin ninguna organicidad; por ello, carecen del prestigio y la calidad de las tradicionales. No tienen un plan y un método adecuado (no debe olvidarse que el plan del Código Civil ha sido pensado hace 1,400 años y refrendado muchas veces, después de concienzuda reflexión). El nuevo orden jurídico "reglamentario" o de "leyes especiales" está constituido, en gran parte de los casos, por disposiciones creadas apresuradamente, mal redactadas, pobremente coordinadas con el ordenamiento jurídico vigente, resultado de cubileteos políticos que no responden a una lógica estricta sino a las conveniencias de los grupos de poder involucrados.

4. *Las estrategias del civilismo*

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

En términos generales, podemos decir que ha adoptado dos

diferentes estrategias de supervivencia; pero en ninguna de las dos ha asumido la actitud de defender palmo a palmo su sitio: en ambas ha hecho concesiones y, de alguna manera, se ha retirado a posiciones más modestas.

La primera estrategia ha sido la del repliegue: en vista de las incursiones limítrofes y de las revueltas intestinas que habían logrado arrancar varias provincias al Derecho Civil, un poco pudorosamente los propios juristas civilistas han procedido a una retirada estratégica. En vez de pelear sus fronteras y discutir las razones por las que las leyes especiales pretendían una autonomía conceptual, los civilistas han preferido ceder el terreno a cambio de asegurar la paz en áreas más reducidas. Sin embargo, esta estrategia es suicida; porque, si el Derecho Civil ha renunciado a esgrimir razones para mantener un determinado territorio conceptual, ¿cómo puede pretender conservar otros territorios? Tarde o temprano, los merodeadores avanzan y terminan procurándose nuevas zonas que los civilistas siguen abandonando, engañados por la ilusión de que en esa forma lograrán salvar ciertas áreas cada vez menores.

La política del encogimiento es sumamente peligrosa, porque de tanto encogerse el Derecho Civil puede desaparecer.

La otra estrategia es la de la transformación: no hay otra manera de conservar que transformando. Es así como se abandonan los baluartes doctrinarios clásicos y se aceptan nuevas formas de pensar que no responden necesariamente a la tradición civilista, marcada por el racionalismo y el individualismo de los últimos tres siglos. Esta política de la conversión ha sido utilizada en aspectos particulares por un importante número de juristas inteligentes, desde fines del siglo pasado. Conscientes de que algo estaba pasando en el mundo en torno suyo y de que ese algo no podía ser ignorado, algunos civilistas de gran nivel se dedicaron a repensar algunos aspectos de la tradición con la idea de eliminar los anquilosamientos y recobrar una agilidad de espíritu que, si bien siempre ha sido necesaria, lo es mucho más en épocas de convulsión.

Ya en 1951 los cambios eran de tal naturaleza que Savatier pudo aventurar un inventario en sus *Métamorphoses du Droit Civil*

(60): la eclosión de la noción de contrato, las nuevas formas de la familia, la socialización de los contratos de trabajo, la distribución social de los riesgos de accidentes, el enaltecimiento de la posesión, la proliferación de bienes incorporales y de extraños derechos nacidos en torno a ellos, etc.

La gran pregunta, obviamente, consiste en saber si el Derecho Civil se puede mantener en tanto que tal en medio de esta tormenta política, socio-económica, y de técnica jurídica.

IV. *LA POST-MODERNIDAD CIVILISTA*

1. *La Idea de post-modernidad*

Nuestro planteamiento consiste en que la crisis del Derecho Civil no está simplemente motivada por maneras o estilos diferentes de tratar los problemas. No es una crisis técnica: lo que sucede es que esa modernidad a la que el Derecho Civil ha servido durante el siglo pasado de manera tan eficiente, está siendo cuestionada.

El cuestionamiento se dirige al centro mismo del asunto: son los contenidos de la modernidad en sí que están siendo objetados y no solamente una forma u otra de legislar.

Algunos de los grandes teóricos del pensamiento liberal advirtieron desde muy temprano las contradicciones implícitas que llevarían algún día a la necesidad de replantearlo. Rousseau, por ejemplo, percibió con lucidez que no basta con elegir libremente; hay que escoger la libertad. El propio Weber hizo notar que la modernidad generaba una tensión entre la racionalidad formal que era propuesta como fundamento del sistema y la racionalidad sustantiva basada en la aspiración de lograr ciertas realizaciones políticas o morales, ya que la acción social con arreglo a fines no se compatibilizaba bien con la primacía del interés individual. Sin embargo, no logró establecer las bases para superar la fricción. En realidad, a pesar de la subjetivización radical de todos los valores que realiza el pensamiento

(60) SAVATIER, René. *Les Métamorphoses économiques et sociales du Droit Civil d'aujourd'hui*. 3a. ed. Dalloz. Paris, 1964.

liberal, queda cuando menos un valor objetivo que perturba el sistema y lo distorsiona cada vez que puede: este valor objetivo es la bondad del propio pensamiento liberal, es decir, la convicción de que el sistema que organiza la sociedad sobre la base de que no existen valores objetivos es en sí mismo un valor objetivo.

Estas dificultades teóricas —que se manifiestan a través de problemas efectivamente vividos por la sociedad— han dado origen a críticas que han llevado a intentar formas alternativas de modernidad. La clasificación que propone Roberto Mangabeira Unger, en modernización capitalista, modernización revolucionaria y modernización tradicionalista, es bastante sugestiva (61). Algunas de estas variantes de modernidad, como es el caso de los socialismos, plantean posiciones radicalmente diferentes de las de la modernidad capitalista. Sin embargo, forman parte del sistema de la modernidad en tanto que son de alguna manera respuestas a ella: hay una imbricación dialéctica entre capitalismo y socialismo.

No cabe duda de que Nietzsche, Marx y Freud inauguran una nueva era al introducir la sospecha como método: con la ayuda de instrumentos tales como la noción de poder, el interés económico subyacente y el inconsciente, se procedió a una cuidadosa obra de demolición de los valores establecidos: aquello que se creía absoluto se redujo cuando menos a elementos históricos y relativos; y, en muchos casos, los pretendidos valores fueron desenmascarados, comprobándose que eran sólo disfraces de posiciones interesadas. La sospecha se volvió contra los propios sospechadores y sus propias tesis fueron puestas en duda. Se produjo así una reintroducción de la agresiva razón crítica en la historia de la humanidad, con terribles efectos de devastación y de creación. Por otra parte, los nuevos descubrimientos científicos y tecnológicos del S. XX contribuyeron notablemente a la limpieza de los dogmas demasiado ligeramente construidos, que fundamentaban la vida social y política. Y las situa-

(61) UNGER, Roberto Mangabeira. *The Place of Law in "Modern" Society: Sketch for an interpretation*. Preliminary Draft. Harvard Law School. Cambridge, U.S.A., 1972; *vide etiam* UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society: Toward a Criticism of Social Theory*. The Free Press. New York, 1975.

ciones-límite creadas por las guerras y las crisis económicas y políticas, cuestionaron la importancia y aun la validez de muchas de las verdades establecidas.

El fenómeno que comprobamos en la actualidad consiste en que tanto el capitalismo como el socialismo se modifican profundamente, como resultado de cambios teóricos y también en razón de los progresos tecnológicos en materia de producción y de comunicación de masas, que transforman sustancialmente la naturaleza de los problemas. En realidad, el liberalismo inicial y el socialismo tradicional fueron manifestaciones extremas de aspectos parciales de la modernidad: el uno puso el acento en la libertad subjetiva y el otro en la acción con arreglo a fines; el uno pretendió construir la sociedad exclusivamente en base a la racionalidad formal y el otro rescató y exacerbó la racionalidad sustantiva implícita dentro del propio liberalismo; el uno puso el acento en la producción y en la convicción de que la acción de conquista del hombre sobre la naturaleza solucionaría todos los problemas económicos de la humanidad, y el otro puso el acento en la distribución como piedra de toque del progreso social; el uno postuló una sociedad formada sólo por individuos autónomos y el otro acentuó el papel de las estructuraciones sociales en clases; el uno pretendió colocar toda la acción social en el plano privado y el otro en el plano público.

Sin embargo, estamos ahora ante un mundo que trasciende esta antinomia de la modernidad y que se transforma desde sus dos extremos: el capitalismo incorpora cada vez mayores dosis de fines sociales y el socialismo mayores dosis de libertad y subjetividad; el capitalismo reconoce y utiliza estructuras sociales mientras que el socialismo flexibiliza sus esquemas rígidos clasistas; el capitalismo admite cada vez más la intervención pública y el socialismo privatiza su sistema e introduce consecuentemente una racionalidad formal.

Este nuevo mundo en ciernes —que posiblemente conservará siempre sus variantes capitalistas y socialistas— es el que ha sido denominado como post-modernidad. En realidad, pretende ser una modernidad integrada, en la que se logre una conciliación teórica y social de los elementos en tensión dentro de la modernidad.

En ese sentido, la post-modernidad supone de alguna manera la

decadencia de las ideologías —al menos concebidas a la manera del S. XIX— y una aspiración hacia un cierto equilibrio clásico, ajeno a los romanticismos políticos, donde los aspectos pragmáticos primen sobre los patéticos: los programas políticos contruidos antes en base a palabras con mayúsculas (Libertad, Patria, Estado, Libre Empresa, Dictadura del Proletariado) se convierten en listas de objetivos muy concretos. Se deja de lado un pensamiento neumático, inspirado, para someterse a las exigencias minuciosas de la construcción y la administración de una sociedad efectiva y concebida desde una perspectiva auténticamente social. Es así como las teorías políticas post-modernas no se apoyarán exclusivamente en la libertad individual ni en su antítesis constituida por la superioridad del Estado, sino que intentarán, cada una a su manera, una cierta forma de suprimir en circunstancias concretas la aparente incompatibilidad entre la racionalidad formal y la racionalidad sustantiva. Es posible que el camino se encuentre a través de una noción repensada de libertad, en la que (i) ésta no sea entendida solamente en el acto de escoger sino también en el objeto de la escogencia, y (ii) no solamente sea planteada como salvaguarda de la autonomía sino también como participación en los destinos comunes, de manera que libertad y solidaridad no resulten categorías enfrentadas.

Dado que se trata de una perspectiva que va más allá del sustrato de modernidad de todas las posiciones anteriores, debemos pensar que estamos ante una ruptura. Sin embargo, no debe por ello considerarse que se trata de "otra" tradición: modernidad y post-modernidad forman un *continuum*, en el que la segunda no sería posible sin la primera. Esta nueva fase organiza los elementos de la tradición occidental de manera nueva, crea otros e incluso ensancha esa tradición mediante la inserción de otras tradiciones antes separadas: en este sentido, la problemática y las antiguas culturas de los países del Tercer Mundo tendrán dentro de la post-modernidad el lugar que les había sido negado por la actitud colonizadora de la modernidad. Pero, a pesar de todos los afluentes que se incorporan al río desde regiones remotas, continúa siendo el río de la tradición occidental que tiene su origen en la concepción griega del hombre y del mundo. No es, entonces, una tradición diferente sino una explosión dentro de la tradición occidental. De alguna manera Vedel tiene razón cuando afirma que toda revolución es a la vez una ruptura con la tradición y

una utilización de esa tradición, por lo que no hay revoluciones absolutas (62).

2. *¿Sobrevivirá el Derecho Civil dentro de la era post-moderna?*

Dado que el Derecho Civil moderno se encuentra ligado a las categorías de la modernidad, cuando éstas son cuestionadas el Derecho Civil resulta también afectado. Es verdad que el Derecho es una técnica que permite manejar conceptos sociales diversos. Pero no hay técnicas puras: todo instrumento está, aunque sea de manera suelta, en relación con ciertos fines: si los fines cambian, tendrá que cambiar el instrumento.

En consecuencia, a pesar de esa característica conservadora del Derecho que anotaba Ripert, las circunstancias obligan a los juristas a salir de lo establecido y a arriesgar, a convertirse de alguna manera en profetas y adivinos: estamos ante un mundo nuevo en formación y no es posible quedarse en la casa del liberalismo disfrutando de una cómoda tranquilidad burguesa; porque esa casa está siendo desmantelada para construir con sus materiales una nueva edificación cuyas características nos son todavía en gran parte desconocidas. Es verdad que los últimos siglos de modernidad nos han hecho perder la costumbre de los cambios; y ahora nos cuesta mucho seguir la línea sinuosa de los acontecimientos. Pero vivimos en lo incierto y tenemos que habituarnos. En medio de este intenso remolino, el Derecho Civil no puede quedar incólume como una *aeterna veritas*: hecho de modernidad, tiene que ser también desmantelado y rearmado como lo es la sociedad que lo sustenta y a la que sustenta.

La gran pregunta consiste en saber si el Derecho Civil podrá cumplir el mismo papel modernizador dentro de un cambio hacia la post-modernidad, como lo hizo en la construcción de la modernidad.

Notemos que no estamos ante un problema meramente mecánico de suplir ciertas deficiencias: por ejemplo, instaurar los mecanismos y procedimientos para que el legislador cuente con asesoría en

(62) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, pp. 6-7.

materia no jurídica y, de esa forma, pueda hacer frente al desafío planteado por las nuevas tecnologías. La tarea de hoy no es, como quisiera Ripert, simplemente dedicarse a conservar el viejo edificio, realizando las reparaciones necesarias. Ripert piensa que el Derecho es fundamentalmente estático y debe serlo tanto para asegurar su aplicación efectiva como para reforzar su legitimidad. Por consiguiente, más que realizar cambios, se trata de adaptar las reglas antiguas a las situaciones nuevas (63). En nuestra opinión, hay un problema más de fondo que toca a la naturaleza y al diseño del Derecho Civil.

Ahora bien, ¿el paso de la modernidad a la post-modernidad no implica la desaparición del Derecho Civil? Dada su identificación con la modernidad, ¿la crisis de la modernidad llevará consigo la crisis definitiva del Derecho Civil? Contestando a Ripert con sus propias palabras, podríamos decir que la estabilidad es necesaria al Derecho Civil, pero su transformación no es fatal (64).

Es verdad que cada vez sabemos menos lo que es el Derecho Civil. Algunos prefieren definirlo simplemente como el conjunto de normas contenidas en el Código Civil y en sus leyes accesorias. Sin embargo, esta definición es una trampa; porque el Derecho Civil se define *non razione imperii, sed imperio rationis*. En realidad, esa respuesta simplemente nos remite a una segunda pregunta: ¿qué es lo que debe estar contenido en el Código Civil?; o más simplemente, ¿en qué consiste la naturaleza civilista de un derecho? El Presidente de la Corte Suprema de Justicia de Argentina, Alfredo Orgaz, comentaba que, si se quiere ir al fondo de las cosas y dar una definición conceptual del Derecho Civil, se advierte que, por obra de las circunstancias históricas, es por ahora imposible hacerlo (65).

En verdad, el contenido del Derecho Civil puede ser definido

(63) RIPERT, Georges. *Les forces créatrices du droit*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. Paris, 1955, pp. 4-5.

(64) *Ibidem*, p. VI.

(65) ORGAZ, Alfredo. *Artículo "Derecho Civil"* en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, 1964. T. VII, p. 11.

sólo desde el punto de vista de una tradición que sigue desarrollándose. Creemos que el Derecho Civil es el tipo de pensamiento jurídico—algunos de cuyos aspectos ciertamente se plasman en un Código—que continúa una tradición que proviene desde Roma.

Pero esto no significa que sus contenidos permanecen inalterables, porque ninguna verdadera tradición—auténtica, creativa, rica—permanece inalterable. Reconocer la existencia de una tradición no significa desconocer la historicidad del Derecho Civil moderno—y del post-moderno—, pretendiendo que el modelo romano sigue vivo como núcleo esencial y definitorio de esta tradición. Desde nuestra perspectiva, la tradición civilista no debe entenderse como una "esencia" que subsiste a través del tiempo, sino más bien, con un sentido heraclitiano, como un cauce dentro del cual discurren elementos muy diversos, con corrientes y contracorrientes, con continuidades y rupturas; pero, a través de las vueltas y revueltas del río, sigue siendo el mismo río. De esta forma, la tradición occidental puede ser mejor definida por filiación que por un modelo común a todas sus manifestaciones: cada situación, aun cuando se presente como ruptura de la anterior, es continuadora de la precedente en tanto que se define frente a ella y que no sería posible sin ella. El Derecho Civil moderno, aun cuando tiene elementos de construcción romanos y medioevales, es un producto nuevo de la época; sin embargo, las instituciones de la modernidad no son innovaciones *ab ovo* ni se derivan de la tradición china o hindú, sino que son creadas dentro del marco jurídico-cultural de Occidente. Dentro de este orden de ideas, el contenido del Derecho Civil puede ser radicalmente diferente en cada época; y serán los juristas de cada tiempo quienes, siguiendo la línea marcada por las circunstancias, determinen aquello que queda, aquello que sale y aquello que se introduce dentro del Derecho Civil. Sin embargo, seguimos llamando a ello Derecho Civil a pesar de los cambios, porque las novedades aparecen dentro de un campo de emergencia cuya filiación puede ser remontada como los eslabones de una cadena; este campo conceptual es el que forma a los juristas que desarrollan las novedades y es frente a él que tales juristas tienen que tomar posición.

El problema debe, entonces, ser planteado en términos de decidir si esa tradición civilista que se origina en Roma, que atraviesa la Edad Media y que se alía con el racionalismo y el individualismo

para fundar la modernidad, tiene todavía elementos dinámicos que permitan continuarla a través de la post-modernidad. La alternativa consistiría en decidir que esa tradición agotó definitivamente sus canteras de recursos productivos y es preciso acudir a una tradición distinta para encontrar los materiales de construcción que requiere la post-modernidad jurídica; o incluso, en la quimera de las vanidades, las nuevas generaciones consideran que es necesario reinventar todo desde el origen, liberarse de toda tradición y olvidarse de lo aprendido para comenzar desde la nada.

Evidentemente, desde la perspectiva historicista que hemos adoptado, la supervivencia del Derecho Civil no puede ya ser planteada sobre la base de un pretendido carácter universal de los problemas morales: como éstos no varían, el Derecho de la antigua Roma podría servir también para nuestros días. Este tipo de planteamientos son simplemente considerados ilusorios por la post-modernidad, cuya consciencia historicista y rigurosa le cierra el paso a romanticismos "esencialistas". Por el contrario, pretender tal universalidad no haría sino levantar la partida de defunción del Derecho Civil al no permitirle tomar el peso de las nuevas circunstancias a las que tiene que responder si quiere sobrevivir.

Si hacemos un inventario de los antiguos dominios del Derecho Civil que se han independizado y que incluso han afirmado su identidad asumiendo una posición agresiva frente a quien fuera su progenitor conceptual, podríamos pensar que poco le queda al Derecho Civil: éste no sería sino el cajón de los saldos y retazos que sobran luego de que se han extraído todos los elementos utilizables para el desarrollo de construcciones jurídicas presuntamente especializadas. Pensamos que éste es el resultado inevitable de la estrategia de repliegue adoptada por los civilistas, quienes poco a poco se resignan a hacer maníficas confecciones sobre la base de restos de sucesivos naufragios.

No obstante, existen otros impulsos que nos llevan a pensar que todavía la tradición civilista tiene una vitalidad que debe ser adecuadamente canalizada para dar lugar a un nuevo florecimiento. El razonamiento riguroso y las instituciones desarrolladas por esta tradición no han sido puestas todavía fuera de agenda. Por el contrario, la crítica de la modernidad y la construcción de la post-moderni-

dad se remontan a veces a las fuentes civilistas a fin de intentar alternativas a las construcciones modernas; y es así como, frente al *Pacta sunt servanda*, los civilistas se vuelven hacia la Edad Media para encontrar ahí el *Rebus sic stantibus* como base de los desarrollos contractuales futuros. Otro ejemplo de vitalidad del civilismo lo constituye el hecho de que el método y las soluciones del Derecho Civil comienzan a extenderse hacia el Derecho Internacional (66); y se habla actualmente de la necesidad de "civilizar" el Derecho Internacional a fin de proporcionarle instrumentos que le permitan tratar los problemas de la deuda externa de los países con el refinamiento jurídico con que cuenta el derecho privado para tratar las deudas de los particulares (67).

En realidad, la supervivencia del Derecho Civil parece estar condicionada a la existencia de relaciones privadas entre los individuos: sólo si éstas desaparecieran totalmente dentro de un sistema perfectamente totalitario, el Derecho Civil no tendría posibilidad de continuar. Por consiguiente, en un mundo post-moderno donde, sin perjuicio de una creciente preocupación social en todos los campos, no cabe duda de que las relaciones de ciudadano a ciudadano —o incluso las relaciones económicas horizontales de país a país, que se asemejan a las relaciones privadas— mantienen plenamente su vigencia e incluso la readquieren ahí donde la habían perdido: la privatización de la economía no es más un tema ideológico sino una medida práctica.

3. *Condiciones de supervivencia*

Sin embargo, esta supervivencia no se encuentra asegurada por

(66) FRANKENBERG, Günter y KNIEPER, Rolf. *Problemas jurídicos del sobreendeudamiento de los países en desarrollo. Relevancia de la doctrina de las deudas ociosas*. En *Revista Derecho*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, diciembre de 1984.

(67) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *Nuevas aproximaciones del Derecho a los problemas internacionales*. Centro Peruano de Estudios Internacionales. Lima, 1986, p. 27.

el mero hecho del mantenimiento de las relaciones privadas: es necesario que el Derecho Civil recoja las nuevas formas de tales relaciones; y para ello debe lograr una cierta des-identificación con los contenidos específicos de la modernidad.

Una de las condiciones necesarias para cumplir este proceso será liberarse de las ataduras de un positivismo anquilosante que castra su poder creativo. La preocupación de la modernidad de protegerse contra las arbitrariedades del mundo pre-moderno llevó a la pretensión de establecer leyes que no requirieran interpretación alguna: Montesquieu decía que los jueces "no son más que el órgano que pronuncia las palabras de la ley; unos entes inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de ella" (68); y Robespierre sentenciaba: "La frase de que las Cortes crean Derecho... debe ser desterrada de nuestra lengua. En un Estado donde hay una Constitución y una Legislatura, la jurisprudencia de las Cortes consiste solamente en la ley" (69). En general, dada la importancia del *Code Napoléon*, que parecía un monumento jurídico insuperable, la actitud de los civilistas estuvo más bien orientada a la exégesis antes que a la creación.

Sin embargo, los desafíos actuales exigen una revalorización de la imaginación creativa de los juristas. En realidad, este dinamismo creador fue siempre una característica del Derecho Civil, salvo en las construcciones extremas de la modernidad a las que nos hemos referido. La "modernización" romana inicial se llevó a cabo, no anquilosando el derecho, sino liberando la capacidad creadora y la imaginación jurídica de los "hombres prudentísimos" (*virī prudentissimi*) de Roman (70). Y el propio Justiniano, aun cuando pretende otorgarle la

(68) Charles Louis de Secondat, baron de La Brède et de MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. L. XI, cap. VI. En la Imprenta de Villalpando. Madrid, 1820, T. II, P. 53.

(69) Cit. por NEUMANN, Franz. *The Change in the Function of Law in Modern Society*, en: *The Democratic and the Authoritarian State. Essays in Political and Legal Theory*. Herbert Marcuse (ed.). Free Press, U.S.A., 1964, p. 37.

(70) *Digesto*: I, II, 4.

mayor permanencia a su propia compilación, exige a Triboniano que proceda a una expurgación y realice un trabajo creativo (71): el Derecho no es un mero calco de disposiciones anteriores sino una reflexión propia con ayuda de las fuentes anteriores.

Por otra parte, la post-modernidad se presenta con características muy pragmáticas y técnicas: las grandes palabras, aquellas cuya inicial se escribe siempre con mayúsculas, ceden el paso a políticas, estadísticas y fórmulas. Esto significa que el civilista no puede trabajar ya en una torre de marfil, aislado del mundo y limitado a los instrumentos conceptuales y a la información del Derecho Civil: tiene que abrir ventanas y dialogar con el resto de la sociedad. De ahí que la vinculación con las ciencias sociales sea esencial para la construcción del nuevo Derecho Civil: la responsabilidad extracontractual post-moderna, por ejemplo, no podrá ser deducida de abstractos ideales de justicia y de una noción moral de responsabilidad, sino que requerirá incorporar el importante mecanismo de los seguros; tendrá que determinar el tipo de accidentes más frecuente, tomar en cuenta las transferencias y desplazamientos económicos que se producen en virtud de una u otra forma de reparación, considerar las posibilidades y los efectos sociales de erradicación del riesgo (*deterrence*) implícitos en las reglas jurídicas de compensación.

En realidad, esta apertura hacia las cosas, hacia el mundo donde efectivamente suceden las cosas, no es tampoco un elemento extraño a la tradición civilista. A pesar de que la modernidad convirtió al Derecho Civil en un "paraíso conceptual de los juristas" (72), en Roma el Derecho estaba profundamente vinculado a los hechos: dice Ulpiano que es "rerum notitia", conocimiento de las cosas (73). Y, según explica Koschaker, en la Edad Media "Los comentaristas [post-glosadores] convirtieron los tesoros de la sabiduría jurídica romana, la técnica del Derecho de Roma, en elementos aplicables a

(71) *Digesto*: Proemio, 4-7.

(72) La expresión es de H.L.A. HART. *The Concept of Law*. At the Clarendon Press. Oxford, 1961, p. 127.

(73) *Digesto*, I, I, 10, 2.

su época, en parte viva del Derecho de sus tiempos..." (74). Calasso también nos señala que los comentaristas "sintieron la necesidad de mantenerse adheridos a la realidad de la vida, para edificar sobre sólido" (75). Más tarde, los juristas humanistas concibieron la *renovatio* del Derecho Civil como una *reformatio* de la sociedad y las costumbres (76).

No pedimos entonces demasiado al Derecho Civil cuando planteamos que debe aproximarse a la realidad de su tiempo con los instrumentos de las ciencias sociales e incluso de las otras ciencias. Y de hecho este acercamiento comienza a producirse: escuelas aparentemente tan opuestas entre sí como *Law & Economics* y *Critical Legal Studies*, no son sino aspectos parciales de esta tendencia; al punto que constituyen dos caminos distintos, pero que conducen ambos hacia la post-modernidad.

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

No es posible seguir perdiendo terreno y conformándose con retroceder a esos campos de la vida humana pretendidamente menos contaminados por la política, por la economía o por la ciencia moderna. No hay ya campos inmunes; y la búsqueda de un pequeño jardín florido y libre del mundanal ruido sólo puede conducirnos a la desaparición del Derecho Civil por encogimiento. El deseo de asegurar permanencia al Código lleva a renunciar a aquellas áreas que han adquirido demasiado dinamismo y que, en consecuencia (se piensa), deben ser reguladas por leyes contingentes o por disposiciones administrativas, a fin de que la modificación constante de su régimen jurídico no afecte la majestad del Código. Pero el tiempo es un vencedor implacable contra quienes tratan de paralizarlo: a pasos

(74) KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955, p. 150.

(75) CALASSO, Francesco. *Introduzione al diritto comune*. Dott. A. Giuffré editore. Milano, 1970, p. 64.

(76) CALASSO, Francesco. *Op.cit.*, p. 199.

rápidos, el Código va quedando desactualizado y perdiendo importancia social. Evidentemente, los civilistas seguirán todavía escribiendo tratados de 14 tomos y dictando conferencias, pero la aplicación de su saber en la vida efectiva de la sociedad tendrá un alcance cada vez más limitado.

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

Es así como, por ejemplo, puede haber muchas formas de propiedad, con diferentes regímenes jurídicos específicos: propiedad urbana, propiedad agraria, gran propiedad, pequeña propiedad, propiedad horizontal, etc. Pero es posible agrupar todas estas propiedades en una institución a la que llamamos derecho de propiedad y cuyo diseño básico debe encontrarse no en cada una de las leyes especiales sino en las normas generales del Código Civil. De la misma manera, la institución civil del contrato puede iluminar la interpretación de las normatividades más episódicas sobre los distintos tipos de contrato: inquilinato, contratos agrarios, contratos de obras públicas, prenda sin desplazamiento, etc., que están sometidos a leyes especiales. La responsabilidad extracontractual no debe sentir que el área de los accidentes más usuales (accidentes de tránsito, accidentes de trabajo, etc.) ya no le pertenece o le pertenece sólo marginalmente y supletoriamente— porque, aplicando la teoría de la distribución del riesgo, estos daños han pasado a ser indemnizados por sistemas de seguros obligatorios (públicos o privados). Por el contrario, la responsabilidad del Código Civil no puede limitarse a la culpa y ni aun a la responsabilidad objetiva, sino que debe comprender el seguro, no sólo como un respaldo de una responsabilidad previamente determinada por el Derecho Civil, sino también como una institución del propio Derecho Civil: como una forma directa —y no necesariamente ajena a su propia lógica— de hacer frente a la reparación (particularmente en el caso de los seguros *no-fault*). Este esfuerzo integrativo debería incluso alcanzar al Derecho Comercial, intentando recuperar dentro de su marco fundante a este hijo pródigo que dejó la casa paterna del

civilismo en la Edad Media: Italia se ha orientado en tal dirección y algunos países de América Latina están también estudiando la posibilidad de reunir el Código Civil y el Código de Comercio en uno solo.

Evidentemente, una tarea de esta naturaleza requerirá grandes dosis de inventiva y de creación, porque no se puede pensar que la integración debe producirse haciendo entrar a la fuerza los nuevos conceptos dentro de las viejas categorías del Derecho Civil que le quedan estrechas: la continuación de la tradición civilista sólo puede tener lugar a través de una gran transformación. Integrar no significa, por ejemplo, inflar la propiedad de manera que puedan entrar dentro de ella derechos tan variados como la llamada "propiedad incorporal" o la "propiedad del empleo" o la "propiedad cultural de la Nación" (77). Si la propiedad pretende hincharse de esta forma, le puede suceder lo que a la *rana rupta* de la fábula de Esopo: explotará desde dentro y dejará de tener un significado preciso. Integrar implica sistematizar, no homogeneizar. En consecuencia, asumir una actitud fundante supone reconocer la diversidad de los nuevos derechos y crear nuevas instituciones, sin pretender reducir todo a los antiguos patrones. Así, la propiedad no puede aspirar a convertirse en buey mediante la absorción de los nuevos derechos, sino admitir que, al lado de ella, existen otras figuras jurídicas que organizan ciertas áreas de la conducta humana tan eficientemente como la propiedad y sin perder necesariamente su carácter civil: la llamada "propiedad" intelectual es, en realidad, un nuevo derecho subjetivo con características diferentes; la "propiedad" del empleo es más bien un derecho a la estabilidad laboral; la "propiedad" cultural de la Nación es un derecho novedoso que otorga a la Nación ciertas prerrogativas respecto de la conservación y exhibición de los bienes culturales, los que pueden ser de propiedad (en el sentido clásico) de particulares; etc.

4. *El Derecho Civil de la post-modernidad*

¿Qué características tiene este Derecho Civil de la post-modernidad?

(77) DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La transformación del derecho de propiedad*. En la Revista *Derecho*. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. N° 33. Lima, 1978, pp. 75-104.

nidad que se viene ya perfilando por entre las resquebrajaduras cada vez más anchas de la modernidad?

En tanto que Derecho privado, el nuevo Derecho Civil conservará los elementos de libertad, individualidad y racionalidad que le han otorgado un impulso tan grande durante los últimos siglos. Sin embargo, afirmar esos valores no significa necesariamente perpetuar los "ismos" que los han acaparado durante la modernidad: el liberalismo, el individualismo y el racionalismo.

No cabe duda de que la post-modernidad —y, consecuentemente, el Derecho post-moderno— intentará superar la antinomia en la que nos ha sumido la modernidad al postular la existencia únicamente de una racionalidad lógico-formal, sustentándola sin embargo en una racionalidad inevitablemente sustantiva. Por consiguiente, la post-modernidad no sólo atenderá a las exigencias procesales de la libertad (como libertad de elección) sino que se preocupará también por los modos libres de definir la libertad (como objeto de la elección): no basta esa racionalidad formal del pensamiento liberal que se limitaba a enseñar las formas de ejercer la libertad; se requiere definir la libertad misma a través de contenidos libres.

Un elemento sustancial de esa racionalidad sustantiva lo constituye el principio de solidaridad. Este principio, fundante del nuevo derecho, no supone el abandono de la tradición occidental sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales de esa tradición: la solidaridad no cancela al principio de libertad individual, sino que lo complementa y lo organiza. La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del Derecho Privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta ingerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del Derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no es tampoco pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales. Estos son los casos antes mencionados del Derecho Laboral (que es una derivación de la

locación-conducción), del Derecho Agrario (que reúne temas de Derechos Reales y de Contratos), y otros similares. Sin embargo, la solidaridad no supone una estatización de la vida social: el principio de solidaridad se puede realizar perfectamente a través de las autonomías individuales, por lo que no se ve la razón para que las partes del sistema jurídico con fuerte sentido solidario tengan que abandonar la fuente de un Derecho Civil repensado.

Esta necesidad de realizar fines sustantivos obliga asimismo a la utilización, tanto en la creación como en la interpretación de la ley, de un razonamiento jurídico que ya no puede ser meramente formal (basado en la mera invocación de reglas positivas y operando a través de concordancias textuales) sino que requiere tener un sentido finalista (*policy-oriented*), es decir, orientado a verificar en la realidad el cumplimiento de ciertos propósitos sociales. Por ese motivo, el Derecho Civil post-moderno exigirá de los juristas no una simple labor exegética sino fundamentalmente una función imaginativa, capaz de dar soluciones nuevas a problemas nuevos; aun cuando muchas veces se extraigan materiales de las viejas canteras conceptuales.

Dentro de este orden de ideas, el Derecho post-moderno hará también un uso, prudente pero libre de prejuicios, de ciertas categorías generales y conceptos *standards*, que permitan contrarrestar los efectos formalistas que inevitablemente cristalizan en toda organización de normas como sistema. Entre estas categorías, se encuentran de manera muy importante nociones tales como el abuso del derecho, la armonía con el interés social y el enriquecimiento indebido. Ciertamente, el uso de tales categorías cuya concreción sólo se produce frente al caso, unida a una apelación a formas sustantivas de la racionalidad con toda su carga de políticas sociales por realizar, corrompe la generalidad de la ley (78). No obstante, cuidando de conservar el equilibrio con la seguridad jurídica que garantiza la calculabilidad individual y es condición de la libertad de ejercicio, dichas categorías resultan indispensables para dinamizar el orden jurídico.

(78) UNGER, Roberto Mangabeira. *Law in Modern Society*. Ed. cit., pp. 193-198.

5. *Derecho Civil post-moderno y la justicia*

El Derecho Civil moderno se ha apoyado de manera muy importante en una cierta noción de justicia: de manera paradójica, la aspiración a un pensamiento jurídico formal recurría, para darse legitimidad, a una noción sustantiva de justicia que colocaba al individuo y sus manifestaciones como centro del orden social. Es así como, utilizando los materiales de la tradición romanística, construyó un sistema de valores morales que aparecían como las piedras angulares de la sociedad individualista liberal. Conceptos tales como responsabilidad, culpa, santidad de la propiedad absoluta, total autonomía de la voluntad, parecían insoslayables porque eran parte de una ética, participaban de una naturaleza moral que no permitía que fueran puestos de lado.

Sin embargo, la gran pregunta de la post-modernidad es aquella que fuera planteada por Nietzsche: "¿No se podrán voltear todas las medallas? ¿Y el bien no podrá ser el mal?" (79).

El Derecho post-moderno pone en duda la validez de los cimientos morales y, en muchos casos, desenmascara su origen liberal individualista. El Derecho post-moderno tiende a organizarse más bien en torno a ciertas políticas (*policies*) por realizar, antes que constituirse en expresión transparente de una moral; y, consecuentemente, ese Derecho se juzga no tanto en función de una cierta axiología sino de acuerdo a criterios de eficiencia en la consecución de las políticas propuestas. De la misma manera como la Política se desideologiza, pierde su patetismo romántico y se articula en torno a objetivos específicos, el Derecho Civil abandona también su voz iluminada para adquirir un tono más técnico. Las grandes fórmulas, vibrantes de contenidos morales presuntamente eternos y universales, así como las contiendas doctrinarias que han dado origen, quedan atrás ante el avance del lenguaje sobrio del científico social, ante un razonamiento basado en la eficacia.

Los fundamentos individualistas y liberales, que se presentaban como la estructura moral insoslayable de todo sistema jurídico

(79) NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*. Prefacio, No. 3. Edaf. Madrid, 1980, pág. 28.

pasado o futuro, han pasado a ser obstáculos epistemológicos (80). La liberación del Derecho Civil de ellos permite abandonar ciertos elementos constructivos que parecían intangibles y abre las puertas a un tratamiento más técnico (*policy-oriented*) de las situaciones sociales involucradas.

Es así como, por ejemplo, la responsabilidad extracontractual abandona la culpa como elemento subjetivamente vinculante de la obligación de indemnizar y se orienta por los caminos de la responsabilidad objetiva y del seguro, dentro del marco de una política de distribución de los riesgos de los accidentes en el interior del todo social. Esta evolución hubiera sido imposible si el Derecho fuera visto simplemente como la normativización de la ética, ya que ello llevaba a considerar que la responsabilidad sin culpa era inmoral, y, por tanto, impensable.

Para una perspectiva tradicional, estas nuevas tendencias del Derecho Civil parecen representar un cierto amoralismo porque se niegan a recurrir de manera tan inmediata a la idea de justicia y a los pretendidos valores morales para justificar cada solución particular. ¿Puede decirse, entonces, que el Derecho post-moderno no está necesariamente ligado a la justicia, como lo hacen algunos críticos del Derecho Civil tradicional (81), afirmando que la idea de la ley como expresión de la justicia es liberal-individualista?

Pensamos que no. Es correcto que una justicia basada en una ética individualista liberal es una justicia liberal individualista. Pero esto no significa que toda noción de justicia sea necesariamente, *per se*, liberal individualista. Este proceso de depuración de una ética de

(80) La noción de "obstáculo epistemológico" la utilizamos en el sentido de Bachelard, como aquellos conocimientos que, aun siendo correctos (al menos desde cierta perspectiva), detienen demasiado pronto la investigación e impiden la evolución del pensamiento por el hecho de que evitan su relativización y se imponen como hitos imperativos. (BACHELARD, Gastón. *La formación del espíritu científico. Contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*. Siglo Veintiuno Editores. México, 1978, p. 19.

(81) NOVOA MONREAL, Eduardo. *Op.cit.*, pp. 74-77.

la modernidad como condición para el ingreso del Derecho a la post-modernidad, no implica necesariamente un abandono de toda categoría moral, sino sólo de aquéllas vinculadas a una sociedad individualista a ultranza y que, de alguna manera, trampean haciéndose pasar como las únicas categorías morales posibles. Por el contrario, la perspectiva moral nos parece indispensable: sin ella, carecemos del distanciamiento necesario frente a nuestra realidad cotidiana para juzgarla y para revisarla. La ausencia de un deber ser nos hunde en las viscosidades del ser, nos cosifica, mientras que el ejercicio de la crítica moral pone en acción nuestra libertad, nos devuelve nuestra condición humana al permitir que nos empinemos sobre el ser desde una perspectiva evaluadora. Es gracias a este pensamiento "negativo", a esta confrontación entre el ser y el deber ser, que podemos evadir la banalidad y la unidimensionalidad de un positivismo chato (82). En realidad, la preocupación permanente por la justicia —cualquier cosa que esta palabra signifique y sin ninguna pretensión de universalidad de su contenido semántico—, lejos de ser un factor de inmutabilidad, ha sido históricamente un motor de cambio jurídico, como lo señala Luis Díez-Picazo (83).

El Derecho de nuestro tiempo no abandona la justicia; sólo que la reivindica desde una perspectiva social, sistémica, antes que desde una visión diádica e intersubjetiva: la justicia debe presidir el sistema en su conjunto, sin perjuicio de que muchas de las soluciones particulares sean indiferentes desde el punto de vista moral y respondan a criterios fundamentalmente técnicos: implantar el seguro obligatorio de automóviles y suprimir así el análisis de la culpa personal para determinar la reparación del daño, no es acabar con la moralidad del Derecho.

No se trata, entonces, de una renuncia a la moral en general, sino de una renuncia a valores jurídicos basados en una moralidad

(82) MARCUSE, Herbert. *L'homme unidimensionnel. Essai sur l'idéologie de la société industrielle avancée*. Les Editions du Minuit. Paris, 1968, pp. 147-151 et passim..

(83) DIEZ PICAZO, Luis. *Experiencias jurídicas y Teoría del Derecho*. Ariel, Barcelona, 1973, p. 305.

que ya no satisface: el nihilismo de la sospecha es un método y no una doctrina; más allá del bien y del mal, se reconstruyen otras categorías éticas y otras instituciones jurídicas con características diferentes; quizá menos presuntuosas, más atentas a las realidades cotidianas e históricas, preocupadas no solamente de su valor para el individuo en particular sino para la sociedad en general.