

CONSIDERACIONES PARA UN FUTURO SISTEMA DE DERECHO CIVIL

*Hermann Eichler**

I. LA SISTEMÁTICA EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL

A. ESQUEMA DE CLASIFICACIONES EXISTENTES

1. *Introducción*

Desde hace mucho tiempo, y dentro de un fenómeno aún no concluido, el Derecho privado se encuentra en un proceso de modificaciones continuas. Las instituciones tradicionales del Derecho privado todavía permanecen, pero con otro sentido y con otro espíritu, pues sus primitivas bases sociales, con el transcurso del tiempo, se han modificado más y más. De esta manera, las Codificaciones del Derecho Civil del s. XIX, y de principios del s. XX no satisfacen ya el nivel de desarrollo alcanzado por la Sociedad. Estas Codificaciones obedecen a las concepciones sociales de la época en que fueron emprendidas¹, bien que aquellas concepciones fueran la de "división por profesiones" en un orden social basado en los principios de libertad e igualdad, o la de "sociedad burguesa" de la Europa continental; pero ellas superaron tales corrientes porque su forma y contenido permitieron la propia adaptación a una nueva realidad, pese a que el modelo social al que inicialmente respondían ya había sido rebasado. A lo anterior debe agregarse que, tanto las Ciencias jurídicas como el mismo desarrollo de la Jurisprudencia contribuyeron a que las instituciones y principios del Derecho Civil se modificaran y se readaptaran, como consecuencia de su relación con la vida socio-económica en proceso de desarrollo.

Es necesario, por todo lo dicho, someter las antiguas Codificaciones a un nuevo sistema, ya que el tradicionalmente recibido no responde más a la variedad y nuevas formas de las situaciones y hechos jurídicos². Encontrar un sistema tal para el futuro es, por ello, una tarea urgente, aunque parezca demasiado temprano aún para intentar desenvolver un sistema de Derecho privado común para toda Europa. Por lo demás, la pre-

* Ordentlichen Professor, Linz Universität.

La versión original del manuscrito, preparado para la Conferencia de las Universidades Latinoamericanas celebrada del 15 al 20 de agosto de 1973, en Córdoba (Argentina), fue posteriormente completada para esta publicación mediante notas explicativas por el Dr. Waldemar Hummer, de la Universidad de Linz.

tensión de un modelo unificado, incluso con vigencia para el futuro en todos los países europeos, quizá sea, en este momento, una ilusión³. Es posible, sin embargo, extraer de la Historia de la Codificación algunas ideas básicas que ayudarán a la investigación de los sistemas comparados.

A continuación, presentaremos, en primer lugar, algunos sistemas de Derecho Civil, muy generalmente analizados, para luego intentar señalar los rasgos generales de una sistemática supranacional, surgida de la anterior comparación, que debe servir de modelo básico para una posterior clasificación nacional⁴, teniendo presente que tal modelo es interesante para los Estados latinoamericanos porque su Derecho pertenece a la familia jurídica romano-germánica.

2. Métodos de clasificación

(a) *El sistema de "tres libros"*. En el *Code Civil* de Francia, de 1804, el más antiguo de los Códigos Civiles aún en vigencia, no sólo exteriormente no se encuentra ninguna "Parte General", sino que también materialmente está lejos el de todo tipo de principios jurídicos generales.

Al primer libro, *Les personnes* (art. 7-514), le precede un *Titre Préliminaire*, que trata de la publicación de los efectos jurídicos y de la obligación de las leyes en general. El libro segundo, *Des biens et des différentes modifications de la propriété* (arts. 516-710), tiene como contenido la distribución de los bienes, la propiedad, el usufructo, el derecho de uso y habitación y las servidumbres inmobiliarias. Al anterior sigue el libro tercero, *Des différentes manières dont on acquiert la propriété* (arts. 711-2281), el que, a juzgar por su rúbrica, debería tratar tan sólo de los diferentes modos de adquisición de la propiedad (*par succession, par donation entre vifs ou testamentaire et par l'effet des obligations*), pero que en su contenido incluye otras materias, especialmente las referidas al Derecho de obligaciones y al prendario.

El Código Civil austriaco trata, en los párrafos 1-14, de las leyes civiles en general, y recién en los párrafos 15-284 incorpora la primera parte del Derecho de personas. Esta parte considera, en cuatro secciones los derechos que se refieren a condiciones y relaciones personales (§§ 15-43), el Derecho matrimonial (§§ 44-136), las relaciones entre padres e hijos (§§ 137-186) y, por último, la tutela y la curatela (§§ 187-284). Una "Parte General", en el sentido del Código Civil alemán, no figura. La segunda parte trata (en los párrafos 285-1341) del Derecho de cosas; bajo el título "De los derechos inmobiliarios" (§§ 309-858) vienen considerados tanto éstos como también el Derecho hereditario, y bajo el título "De los derechos personales" se regula tanto los contratos y negocios jurídicos como los derechos de indemnización y satisfacción (§§ 859-

1341). En la tercera parte (§§ 1342-1502) se unen disposiciones comunes al Derecho de personas y al Derecho de cosas.

(b) *El sistema de "cuatro libros"*. Como ejemplo, de este sistema puede citarse el Código Civil español, de 1889, cuyo primer libro, "De las personas" (arts. 17-332), tiene una estructura similar a la del *Code civil*. En un segundo libro está contenido el Derecho de cosas, bajo el título "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones (arts. 333-608). El tercer libro, "De los diferentes modos de adquirir la propiedad" (arts. 609-1087), presenta, según su rúbrica lo indica, las diferentes formas adquisitivas del dominio. El libro cuarto trata "De las obligaciones y contratos" (arts. 1088-1976).

También el Código Civil argentino comprende cuatro libros: libro I "De las personas" (arts. 30-494); libro II "De los derechos personales en las relaciones civiles" (arts. 495-2310); libro III "De los derechos reales" (arts. 2311-3261) y libro IV "De los derechos reales y personales. Disposiciones comunes" (arts. 3262-4051).

El Código Civil argentino, tiene, a primera vista, una cierta relación con el *Code civil*, pero, en realidad, se desarrolla en forma independiente⁵.

(c) *El sistema de "cinco libros"*. El Derecho Civil alemán presenta una sistemática distinta, basada en la doctrina del Derecho de las *Pandekten*.

El Código Civil alemán, y las Codificaciones surgidas bajo su influencia, como por ejemplo, el Código Civil de Grecia, incorporan una "Parte general" antes de las cuatro partes principales.

El segundo libro tiene como tema el Derecho de obligaciones, y el tercero, el Derecho de cosas. El Derecho de familia no se encuentra, como en otros Códigos, en el libro primero, bajo la rúbrica "Derecho de personas", sino que está regulado en el libro cuarto, al cual sigue, como quinto, el libro sobre el Derecho de herencia.

El Derecho suizo, que ha tenido dos Codificaciones, representadas por el Código Civil, de 1907, y por la compilación del Derecho de obligaciones, de 1911, se basa también en el sistema de los "cinco libros", pero evita la antelación de una parte general.

El nuevo Código Civil portugués, de 1967, conforme con el Código alemán, distribuye la materia también en cinco libros. Y también el Código civil brasileño adoptó el sistema alemán, debido a lo cual difiere de los demás Códigos latinoamericanos.

Pontes de Miranda caracterizó la esencia de los distintos Códigos civiles en la siguiente forma: en el Código Civil alemán predomina el carácter educativo y didáctico, y su terminología es novedosa y abundante. Frente al mismo, el Código Civil suizo es más breve, práctico y popular. El Código Civil argentino no reúne la mentalidad latinoameri-

cana y la antigua mentalidad francesa reflejada en el *Code civil*. El nuevo Código Civil brasileño —así reza la Introducción a la edición comentada— “es un poco individualista, vacilante y menos político”⁶.

(d) *El sistema de los “seis libros”*. Algo particular debe decirse para el Derecho Civil italiano. El *Codice civile*, de 1865, imitaba, esencialmente, al *Code civil*. Por el contrario, en el *Codice civile*, de 1942, encontró su fin la anterior evolución orientada según la ciencia de las *Pandekten*, no obstante las notables diferencias de aquel Código con el sistema del Código Civil alemán.

El primer libro, “Las personas y la familia” (Arts. 1-455), está dividido en catorce títulos; el segundo libro, “El Derecho de herencia” (Arts. 456-809), contiene en los títulos 1 a 5, junto con las disposiciones generales sobre la herencia, la reglamentación de la sucesión legítima, de la sucesión testamentaria, de la división de la herencia y de las donaciones. Al tercer libro, con la rúbrica “La propiedad” (Arts. 810-1172), le sigue, como cuarto libro, el de “Las obligaciones” (Arts. 1173-2059). El quinto libro regula “El trabajo”, en los Arts. 2060-2642, y a éste sigue, como último, el libro sexto sobre “la protección legal” (Arts. 2643-2696).

B. CONSIDERACIONES POLÍTICAS ACERCA DE LAS CLASIFICACIONES DEL DERECHO CIVIL.

No obstante sus notables divergencias, las precedentes categorías de Códigos de la Europa occidental⁷ presentan, desde un punto de vista básico, amplias coincidencias. En todos los casos es posible encontrar las mismas ideas fundamentales, basadas en la división tripartita de las instituciones en *personae*, *res* y *actiones*. De acuerdo con ello, y reconduciendo todas las categorías a una fórmula común, tenemos tres sectores principales: el Derecho de personas, el Derecho de cosas y una tercera parte, que comprende “Disposiciones comunes” o “Adquisición de la propiedad”. El Derecho de Obligaciones se deduce de los derechos personales.

No se plantea hoy la cuestión de si el enfrentamiento tradicional del Derecho de personas con el Derecho de cosas refleja aún expresiones diferenciadas de las formas jurídicas del presente, sino que se trata más bien de acontecimientos sociales determinados y de necesidades de la vida individual y social, los que dominan el sistema en primera línea. La antropología jurídica ha desarrollado un sistema de necesidades fundamentales en la existencia del sujeto de derechos.

En el fondo, la denominación indiferente del Derecho de personas tiene un alcance tal, que bajo la misma pueden resumirse todas las relaciones personales y las cualidades de las personas, en cuanto éstas sean jurídicamente relevantes. Todos estos criterios subjetivos son determinados sin consideración a un objeto formal unitario⁸. Las otras ma-

terías jurídicas, como, p. ej., el Derecho de cosas, parten del objeto, de tal modo que la clase de objeto determina la sistematización de la correspondiente materia jurídica. Por el contrario, el Derecho de personas es un sector jurídico sin un "objeto formal unitario". La persona es el sujeto de derechos en el sistema de los derechos subjetivos, en el cual la persona "natural" y la persona "jurídica" (*personne morale*) son básicamente iguales como "portadoras de derechos"⁹.

Considerando la necesidad de protección del ser humano, tal como nuestra época y Sociedad le conciben, se debería partir no de la persona como sujeto de derechos, sino más bien del Hombre y de la necesidad de su protección jurídica. Esta idea protectriz alcanza también al principio de solidaridad¹⁰. En el centro del sistema de Derecho está la realidad del Hombre como sujeto de derechos.

El individuo necesita la protección del orden jurídico privado en la totalidad de su esfera de vida y durante todo el transcurso de su existencia, no sólo por sí mismo, sino también por la Sociedad de la cual es miembro, si bien también la Sociedad y "cada uno de sus integrantes debe responsabilizarse por la existencia social (y por el bienestar) de cada individuo". Asegurando y protegiendo a cada uno por medio del Derecho privado se tiende, al mismo tiempo, a la Seguridad social.

1. *Protección legal de las personas y de los bienes*

Desde este punto de vista parece digno de considerar la posibilidad de dedicar, en un futuro Código Civil, una primera parte a la Seguridad y Orden generales. La idea protectriz debe entenderse como la de respeto y defensa de la esfera jurídica de cada cual, tal como lo exige el principio *neminem laedere*, traducido aquí como "protección contra perjuicios delictivos". De acuerdo con esto, se separa entonces el Derecho delictivo del Derecho de obligaciones, para tomar aquél su lugar en el sector jurídico que podría denominarse "Protección jurídica privada" o "Protección jurídica de la persona"¹¹.

En el sistema tradicional del Derecho de obligaciones aparece el Derecho delictivo junto con el Derecho de contratos, bajo la misma rúbrica, antes de la cual es posible todavía encontrar una Parte General relativa al Derecho de obligaciones. Según el orden de esta sistemática aparece, en primer término, el Derecho contractual con una reglamentación especial y, luego —en forma relativamente escueta— el Derecho delictivo que, casi podría decirse, viene a ser un añadido en forma similar a como sucede con el Derecho de las condiciones (véanse, p. ej., los párrafos 823 ss. del Código civil alemán)¹².

En contra de este orden de cosas surgen dudas desde el punto de vista jurídico, porque el elemento común o concepto de referencia es simple-

mente el de obligación. Pero si se parte de la esencia de las instituciones, es decir, de la motivación básica del Derecho delictivo y, con ello, de la *ratio* de la protección contra delitos, aparece una profunda y notable diferencia. La protección contra perjuicios delictivos se basa —frente a la responsabilidad contractual— en un principio general, porque aquélla asegura la totalidad de la esfera jurídica individual contra “daños imputables” (Larenz).

Este punto de partida permite incluir en el Derecho delictivo también la protección del derecho a la personalidad y garantizar, con ello, el derecho al respecto de la dignidad humana y al desarrollo individual de la persona, todo esto dentro del marco del Derecho privado.

La protección es también de carácter general, en tanto no se limita a relaciones jurídicas contractuales existentes entre determinadas personas, sino que comprende, de manera absoluta, todas las lesiones, de cualquier lado que ellas provengan.

Frente al protegido se encuentra el responsable. La responsabilidad delictiva debe dividirse de acuerdo con los principios de responsabilidad por culpa y de responsabilidad por peligro. El aumento continuo del elemento “peligro” obliga nuevamente, desde el punto de vista de la protección, a la intensificación de la responsabilidad por peligro.

El concepto de protección jurídica privada de la Seguridad y orden generales tiene, por otra parte, consecuencias en el Derecho de cosas, más precisamente en lo relativo a la protección de la propiedad¹³.

La idea protectriz encuentra aquí su forma jurídica privada junto a la garantía constitucional de la propiedad¹⁴. En un primer plano de política jurídica aparece la pretensión defensiva negatoria del propietario. La extensión de la *actio negatoria* a toda inmisión en los bienes legalmente protegidos, no sólo en el derecho absoluto, significa, al mismo tiempo, una ampliación de la protección de la esfera jurídica individual.

En relación con la propiedad inmobiliaria, ejerce el catastro una función protectriz de primer orden; por tal razón, esta institución debe ser especialmente defendida en aquellos lugares en donde se ha pretendido eliminarla.

Indisolublemente unida con la protección de la propiedad está la protección de la posesión. En ella se encuentra incluida también la protección del derecho de vecindad, que hace aquí realidad también la servidumbre en sus formas de aplicación vecinal.

Podría parecer increíble que bajo la rúbrica “Protección de la persona” se encuentren instituciones del Derecho de cosas. La justificación de tal sistemática se encuentra en el hecho de que, en última instancia, el Derecho de propiedad es no sólo un derecho de dominio sobre una cosa, sino que la pertenencia legal de una cosa a una persona.

2. *La esfera jurídica personal (Persönlicher Rechtskreis)*

El segundo capítulo aparece bajo la rúbrica "La esfera jurídica personal". Se refiere al ámbito legal del individuo, en especial, en cuanto a aquellas relaciones de la realidad que, desde el punto de vista de la convivencia entre los hombres dentro de la comunidad, determina su orden existencial.

En este sentido, deben delimitarse, en primer lugar, tres sectores:

- (a) el sector del Derecho de familia
- (b) el sector del Derecho de vivienda
- (c) el sector profesional, en su forma jurídico-comercial, por una parte, y en su forma del Derecho laboral, por otra.

Debe discutirse si, en futuras Codificaciones, el Derecho laboral ha de ser incorporado *en bloc* en el Código Civil o debería permanecer en Códigos del Trabajo independientes. Desde el punto de vista de las consideraciones que anteceden, debe predominar la primera alternativa, porque el individuo, mediante su trabajo, hace realidad en forma especialmente relevante su propia personalidad. El hecho de que una u otra disposición sean de naturaleza de Derecho público no hace variar en nada nuestra opinión porque, en todo caso, el punto de partida, que es el contrato de trabajo, tiene naturaleza jurídica privada.

3. *La esfera jurídica social (Gesellschaftlicher Rechtskreis)*

La esfera jurídica del individuo incluye, en sentido amplio, también aquellas relaciones de Derecho que le unen con otras personas. Desde el punto de vista legal, en su participación la que le garantiza los correspondientes derechos y le impone obligaciones dentro de la comunidad. Estos derechos y obligaciones vienen determinados por el carácter de la organización.

Si se basa esta organización en una constitución corporativa, predominan ahí las relaciones legales entre la asociación o sus respectivos órganos, por una parte, y el miembro, por otra. En el caso de que se obliguen los socios recíprocamente a la consecución de un fin común, la asociación carece de entidad como realidad independiente. La unión legal está enraizada exclusivamente en el contrato societario. También en la esfera jurídica social el principio de protección del individuo tiene efectos.

El concepto de empresa y empresario debe incluirse tanto en la esfera legal profesional como en la social. El Derecho italiano trata el Derecho de la empresa de comercio antes que el Derecho de sociedades (compárense los Arts. 81 y 88).

4. *El orden contractual (Vertragsordnung)*

En el centro del sistema se encuentra el orden contractual, el cual incluye aquellos tipos de contratos que, en su entrelazamiento y totalidad, representan el proceso económico íntegro, con sus consecuencias para el Derecho privado.

El sistema contractual se convierte, bajo estas perspectivas generales, en una base normativa para el desarrollo económico del individuo en el marco de la totalidad del sistema. Pero este orden se deriva no sólo de sucesos y procesos económicos. Su base dogmático-jurídica se funda en una sistemática de los contratos, orgánicamente desarrollada en el curso del tiempo y que alcanza sus orígenes hasta el Derecho romano. Se trata más bien de establecer la relación del orden contractual con el sistema general de la economía, que de establecer —como se hace hasta ahora— la sola organización del sistema de Derecho civil, y de entender la función contractual bajo la idea de “justicia contractual”. Con ello, al mismo tiempo, el principio de la libertad contractual —que está más cerca del Derecho público que del privado— es reemplazado por el concepto de “adecuación contractual”.

En primer lugar, debe tratarse de la relación entre el contrato individual y las condiciones generales. En principio, el orden contractual se basa en el principio de la confianza, que viene a constituir una estructura antropológica del orden jurídico.

5. *Adquisición y pérdida de los derechos*

El orden contractual representa un sector de las “actividades jurídicas”; el otro se encuentra bajo la rúbrica “adquisición y pérdida de los derechos”.

Aquí pueden incluirse los siguientes capítulos:

1. capítulo:
 - a. Trasmisión de bienes inmuebles
 - b. Trasmisión de bienes muebles
 - c. adquisición legal de la propiedad
2. capítulo: derecho a la adquisición de la propiedad (derecho de tanteo)
3. capítulo:
 - a. cesión
 - b. contrato en favor de terceros
 - c. asignación
 - d. asunción de deudas
 - e. asunción de bienes
 - f. asunción de deudas de terceros
4. capítulo: cumplimiento y no-cumplimiento
5. capítulo: enriquecimiento sin causa

6. capítulo: donaciones, fundaciones, comunidad de bienes
7. capítulo: derecho de herencia
8. capítulo: prescripción.

II. SISTEMA DE DERECHO PRIVADO Y TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE DERECHO

A. LA DOGMÁTICA DE LA TEORÍA DE LOS SISTEMAS DE DERECHO

La estructura del Derecho privado de las Codificaciones europeas enraíza en la sistemática del Derecho romano, y es el resultado de un pensamiento jurídico propio de la jurisprudencia romano-germánica. Constantinesco demostró, no hace mucho, que las grandes categorías sistemáticas no se encuentran en áreas jurídicas de otra procedencia y fundamentación, o sea, ni en el área angloamericana ni en el área islámica¹⁵. En la jurisprudencia soviética se encuentran esas mismas categorías, pero modificadas de manera particular y conocida¹⁶. En el S. XIX se consideraban las divisiones básicas de todos los órganos jurídicos como invariables, aun cuando las instituciones de uno u otro ordenamiento se diferenciaban.

Este modo de pensar se relaciona, en cierta manera, con la "amplia propagación mundial del *Code civil*", que influyó también las Codificaciones del Derecho civil latinoamericanas, aunque se diferencien ellas notablemente de sus modelos europeos¹⁷.

Según Zweigert, es la Codificación chilena la "producción más independiente y original del arte legislativo latinoamericano"¹⁸. La estructura de esta obra supera, incluso, a la del *Code civil*. Posteriormente, fue adoptado aquél por Ecuador y Colombia. Dalmacio Vélez Sarsfield basó su proyecto de Código Civil argentino, en lo esencial, también en el *Code civil*, pero, al mismo tiempo, utilizó el Código chileno¹⁹, las leyes españolas²⁰ y algunos trabajos previos de la Codificación brasileña. Teixeira de Freitas y Bevilacqua usaron, para sus esbozos brasileños, además del *Code civil*, entre otros, el portugués y el italiano, pero también los modelos alemán y suizo²¹, los cuales, por otra parte, también fueron tomados en consideración por el Código portugués de 1967. El mundo jurídico latinoamericano se formó, pues, de manera decisiva, sobre el Derecho francés difundido, ya que, a principios del S. XIX, el Derecho español, como Derecho del antiguo Poder metropolitano, quedaba excluido²². Además, el Código español se apoya, en lo que a denominación se refiere, en el *Code civil* dentro del Derecho de obligaciones, aunque, en lo que respecta al Derecho de familia, conserva la tradición española.

El revolucionario Derecho francés, en los momentos de las Guerras de Emancipación era, en cambio, una base apropiada para los Derechos de las nuevas Repúblicas latinoamericanas. En el S. XX disminuyó la in-

fluencia francesa con la aparición de "conceptos jurídicos" alemanes, italianos y suizos. Por supuesto que debe hacerse una distinción por grupos, tal como ha hecho recientemente Zweigert. Gran similitud con el *Code civil* guardan las Codificaciones del Derecho civil de Haití, de Bolivia y de la República Dominicana. El segundo grupo lo forman el Código Civil chileno y el argentino. Recién en 1916 se suma Brasil como tercero.

La relación entre las Codificaciones latinoamericanas con las europeas es evidente, en lo que al Derecho civil respecta, aun cuando no suceda lo mismo para el Derecho constitucional²³. José Castán Tobeñas, en su obra "Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental", reúne en un grupo independiente, dentro de los Derechos latinos, los sistemas de origen ibérico, grupo éste que se encuentra junto a los sistemas francés e italiano.

Dentro de este grupo de origen ibérico, distingue Castán Tobeñas²⁴ el sistema español, el portugués y los sistemas iberoamericanos, así como aquéllos influenciados por el *common law*, como son los de Puerto Rico y de las Filipinas²⁵.

Por su parte, el grupo latino se une nuevamente con el germánico en la familia jurídica romano-cristiana. Toda la estructura de los sistemas jurídicos se apoya, fundamentalmente, en una distinción según criterios ideológicos y culturales, así como, secundariamente, en criterios de origen histórico y morfológico.

A nosotros, esta distinción nos induce a ordenar, nuevamente, los sistemas jurídicos de "filiación ibérica" dentro de una jurisprudencia independiente que queremos denominar iberoamericana, y que es, en cierto modo, comparable con el área angloamericana. La similitud la vemos, sobre todo, en el hecho de que, así como el *common law* se extendió de Inglaterra a los Estados Unidos de Norteamérica, así pasaron los Derechos francés, español y portugués a Iberoamérica. Tanto en uno como en otro caso surgieron lentamente culturas jurídicas uniformes, sobre la base de una comunidad de lengua²⁶ y de concepción del Derecho.

En la publicación conmemorativa "Estudios de Derecho Civil en honor del prof. Castán Tobeñas", encontramos una notable "Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en la clasificación de los sistemas jurídicos", de José M. Castán Vázquez, que trata la clasificación de David²⁷. Este autor destaca, entre las familias jurídicas contemporáneas, en primer lugar, la romano-germánica, la cual abarca todos los países en los que la Ciencia jurídica se basa en el Derecho romano. Debe su nomenclatura, como él dice, a la comunidad de esfuerzos científicos de países latinos y germanos.

En segundo lugar, figura el sistema del *common law*. Es un sistema basado en decisiones y precedentes que, originalmente, se recopilaron en

Anuarios. De acuerdo con el carácter de las decisiones judiciales, la consecuencia jurídica de cada sentencia es considerada, en principio, como vinculante para el futuro en casos similares.

La tercera familia está constituida por el grupo de países de Derecho socialista. A pesar de su semejanza con ciertas características de los ordenamientos jurídicos romano-germánicos, se diferencian bastante el uno de los otros. La familia de los ordenamientos jurídicos socialistas tiene su origen en la Unión Soviética y en la situación social establecida con la Revolución de 1917, que determinó un cambio profundo en la concepción del Derecho dentro del Estado y frente al resto de los países.

En el cuarto grupo incluye David los sistemas filosóficos y religiosos. Sin embargo, evita el empleo de la expresión "familia jurídica" al tratar de los sistemas religiosos, entre los cuales el del Islam es, prácticamente, el más importante. En segundo lugar se encuentra el Derecho hindú y como tercer sistema de carácter religioso, figura el Derecho hebreo.

Para David está claro, como dice Vásquez, que los países que fueron reinos y virreinos españoles en América (como los que constituyeron colonias portuguesas, holandesas o francesas), pertenecen a la familia romano-germánica de Derechos, porque aceptaron, de modo natural, las concepciones jurídicas de dicha familia y no han repudiado nunca esa tradición; la única cuestión que se plantea es la de saber en qué medida las condiciones propias de América, muy diferentes de las del medio europeo, deben conducir, en el plano del Derecho práctico, a reconocer o a conferir una cierta originalidad a los Derechos de América en relación con los Derechos europeos de la familia romano-germánica²⁸.

Dentro de la doctrina jurídica²⁹ puede considerarse como un dato asegurado internacionalmente, el de que los ordenamientos jurídicos latino-americanos presentan rasgos característicos en comparación con los de Europa occidental. Esta particularidad se explica, de antemano, por la diversidad de condiciones de desarrollo y existencia de los países europeos, por una parte, y de los de América del Sur y Central, por otra. Aquí se trata, no sólo de condiciones políticas económicas y sociales, es decir, de influencias del medio ambiente, sino que también de una originalidad jurídica, de una particularidad de la cultura jurídica³⁰. Esta investigación reviste no sólo un interés histórico sino que también dogmático.

Sobre la base de una historia jurídica común surge, con el transcurso del tiempo, una "comunidad jurídica" iberoamericana. La difusión del Derecho hispano-portugués, durante la Colonización de América del Sur y Central, la influencia del Derecho francés, la posterior utilización de los Derechos nativo y extranjero en las "Audiencias" y no, en última instancia, la Codificación del Derecho civil, formaron una base común, pese a toda la diversidad de orígenes. En este sentido, cabe citar los tratados

básicos de Haroldo Vallado y René David sobre la "originalité des droits de l'Amérique latine"³¹.

Fuera de ello se produjo, con el tiempo, y como consecuencia de la legislación nacional, una cierta dispersión jurídica. Los esfuerzos dirigidos a lograr la Unificación del Derecho se basan en diversos programas y finalidades. En primera línea, se basan en el Código de Bustamante³², que es la forma principal de este tipo de relaciones interestatales entre las naciones latinoamericanas. Otra expresión similar es la "Unificación legislativa iberoamericana", que incluye también a la península ibérica.

Finalmente, también el movimiento panamericano se une a estos esfuerzos. Cada Unificación jurídica se ve interrumpida, continuamente, por corrientes individuales y nacionalistas, pero, en su totalidad, se la juzga como con gran porvenir.

Merece destacarse que, en el caso de la Unificación jurídica latinoamericana, no se presentan las dificultades que aparecen en otros lugares por la diferencia de idiomas o por la gran diversidad de los sistemas legales. Más que ninguno, está a disposición del proceso de Unificación el método comparativo. En primera línea se trata de una comparación jurídica sistemática no de leyes escritas, sino que de todos los elementos comparables que entren en consideración. En este sentido, cuentan no sólo las condiciones políticas, económicas y sociales, sino que también las humanas, morales y religiosas.

La comparación moderna distingue, aquí, los elementos determinantes de los fungibles, y cuenta entre los primeros las concepciones jurídicas y las ideologías o doctrinas que dominan los segundos³³, así como la interdependencia entre realidad social y normal legal. Estas características se orientan, a su vez, en la concepción y rol del Estado y en la posición legal básica del individuo. No son, en última instancia, las diferenciaciones básicas de conceptos y de categorías legales, las que pertenecen a los elementos determinantes. Constantinesco cuenta entre ellos también la condición económica, que comprende la problemática de la propiedad, del Derecho de herencia, del Derecho contractual y de otras instituciones jurídicas. Queda a la vista que, dentro del campo jurídico latinoamericano, los ordenamientos contienen, por lo general, los mismos elementos determinantes.

Nos parece que hay tres tipos de áreas jurídicas en el mundo: como primer grupo están los sistemas jurídicos de asociación lingüística, en el sentido de una historia común, constituido por cuatro subgrupos: angloamericano, iberoamericano, de habla alemana y escandinavo. El segundo grupo de áreas jurídicas se caracteriza por la ejemplaridad de ciertos ordenamientos jurídicos, en cuanto a que han servido de modelo por su sistemática jurídica o por su técnica de Codificación; o bien porque la

concepción de la Sociedad y del Derecho que les fueron propios, proyectaron su influencia en otros lugares o países. Desde este punto de vista, cabe agrupar dos familias jurídicas en el tipo de área formadas por sistemas ejemplares, en primer lugar, la familia jurídica francesa, la cual se basa en la obra de Codificación napoleónica, bajo cuya influencia se encontró también Italia. No obstante, el *Código civil*, de 1942, se distingue del tipo francés tradicional de Codificación, de manera que el Derecho Civil italiano mantiene una postura particular, sobre todo con vistas a una aproximación a la familia centroeuropea. A pesar de esto, Italia se mantiene en el grupo romano. En segundo lugar, está la familia jurídica rusosoviética, formada según la pauta de ordenación jurídica socialista.

Finalmente, existe, como tercer tipo, un grupo de sistemas de carácter trascendente. Abarca este grupo, sobre todo, los Derechos hindú, islámico y chino no-comunista. Este grupo se forma teniendo en cuenta la existencia de influencias religiosas y la concepción del mundo en los sistemas jurídicos.

En esta forma, se tiene el siguiente cuadro:

1. Areas jurídicas de comunidad idiomática:
 - a. familia jurídica angloamericana
 - b. familia jurídica iberoamericana
 - c. familia jurídica de habla alemana
 - d. familia jurídica escandinava
2. Areas jurídicas formadas por sistemas ejemplares:
 - a. familia jurídica francesa
 - b. familia jurídica rusosoviética
3. Areas jurídicas formadas por sistemas de carácter trascendente:
 - a. Derecho hindú
 - b. Derecho islámico
 - c. Derecho chino no-comunista

Queda por responder a una última pregunta acerca del valor científico de las teorías expuestas.

En primer lugar, ellas facilitan el trabajo de la Dogmática jurídica mediante el Derecho comparado. La investigación de las instituciones y de los preceptos jurídicos del Derecho comparado favorece la comprensión de la ordenación jurídica nacional.

En segundo lugar, las teorías expuestas contribuyen a la delimitación de la nacionalidad e internacionalidad del Derecho y, con ello, a la asimilación jurídica. Aunque los conceptos fundamentales son los mismos en la mayoría de los ordenamientos, cada unidad jurídica contiene un elemento nacional, el cual ha de averiguarse conforme con los hechos naturales, los precedentes históricos y el espíritu de la época, según la formulación de Gutzwiller.

Finalmente, las teorías expuestas responden a una actitud eminentemente humana y, a la vez, filosófica, en cuanto intentan descubrir la comunidad de vida y la unidad del espíritu humano tras la variedad de las formas de existir y de los ordenamientos jurídicos de los pueblos.

Pese a la coincidencia básica, ha sufrido daño la homogeneidad de los sistemas de Derecho privado en América del Sur y Central. Así, p. ej., la institución de la Propiedad —que se encuentra dentro del Derecho privado— ha adoptado diversos contenidos, especialmente, cuando se parte de la condición económica del ordenamiento jurídico correspondiente.

El ataque a la idea de propiedad privada partió de la jurisprudencia soviética³⁴, pues los ordenamientos jurídicos de Europa occidental, de la familia jurídica romano-germánica, se basan en un concepto de propiedad individual.

Es notorio que las jurisprudencias comienzan a entrecruzarse cuando las características dispositivas de una institución marcan a la otra. De ello se deduce que las jurisprudencias comienzan a vacilar. Desde el punto de vista de esta teoría, es contrario al sistema el que las ideas de propiedad transmitidas por la jurisprudencia socialista influyan en forma notoria las estructuras jurídicas, de una jurisprudencia de contenido totalmente distinto.

B. CONSIDERACIONES FINALES

De lo anterior se deducen los siguientes resultados metodológicos y de sistemática legal:

1. Es evidente que las consideraciones de Codificaciones sólo conducen a estructuras formales, porque un debate técnico legal del sistema, en el sentido de una división de la totalidad de la materia de Derecho Civil es, en mayor o en menor medida, sólo exterior. Así se trata de la comparabilidad de los elementos determinantes que marcan los ordenamientos jurídicos comparables. Dentro de una misma jurisprudencia, las instituciones jurídicas que deben ser consideradas, especialmente dentro de la familia latinoamericana, presentan una cierta similitud, pese a las diferencias de los sistemas y a la influencia europea, y esto facilita una Unificación. En relación con la situación del presente, disminuyen las diferencias de origen determinadas históricamente.

2. Las cadenas de la jurisprudencia se ven interrumpidas, en los últimos tiempos, por influencias ajenas al sistema. La doctrina jurídica se ve sometida a factores de intrusión extranjera, que ponen en duda las teorías de la jurisprudencia desarrollada. El fenómeno del círculo cultural está referido más que nunca al presente.

3. Por todo ello, el ordenamiento del Derecho privado de futuro no puede erigirse, ni por medio de los sistemas transmitidos ni por concep-

tos jurídicos, sino que debe surgir de la concepción jurídica viviente dentro de una comunidad y debe ser dirigida por las instituciones en ella enraizadas, que mantienen vivo este conocimiento a través del tiempo.

La igualdad o similitud existente entre uno u otro ordenamiento exige una mirada hacia el futuro, hacia un ordenamiento de Derecho privado, como puede verse en el ejemplo del concepto de esencia de la independencia y de la dependencia de los miembros de una familia, y con ello, la forma de Derecho de familia.

4. El sistema de Derecho privado debe, así, desprenderse de las Codificaciones fosilizadas de los siglos XIX y XX. La sistemática de los derechos subjetivos, entendida como forma de dominación, ya no es apropiada como sustentadora de la Dogmática del Derecho privado.

Un nuevo sistema se construye sobre las necesidades sociales, según los mandamientos y postulados del Derecho social e individual.

Desde el punto de vista de una consideración actual, tal como lo hemos visto, tiene preponderancia el mandamiento de la Seguridad y del Orden comunes. Este principio es, naturalmente, supranacional, pero está dentro del marco de la misma jurisprudencia.

Sobre este fundamento se levanta, en la familia jurídica romano-germánica, la esfera jurídica individual. Esta construcción se lleva a cabo, por un lado, de acuerdo con el principio de la independencia y autodeterminación del individuo, y, por otro, de acuerdo con el principio de la dependencia económica y social del mismo, tal como se manifiesta en su actual relación jurídico-familiar, en su posición jurídica habitacional, laboral y social, dentro de la totalidad.

El movimiento jurídico-social será regulado por un ordenamiento contractual que satisfaga las necesidades económicas y sociales, y por una regulación unificadora de la adquisición y pérdida de los derechos en las instituciones que deben considerarse.

NOTAS

¹ Si hay una carencia de determinación histórica, y, asimismo, de una adaptación continua del Derecho a los hechos sociales, modificados en el transcurso del tiempo, se modifica también la relación del objeto a regular respecto del contenido de la norma. Esto significa que el contenido normativo debe ser "dinamizado", es decir, adaptado a la realidad social modificada. Comp. Kaufmann, *Die Geschichtlichkeit des Rechts im Lichte der Hermeneutik*, en 1 Festschrift für K. Engisch (1969); 1 Lampe, *Rechtsanthropologie* 188 (1970); Husserl, *Recht und Zeit* 10 (1955); Kaufmann, *Das Schuldprinzip* (1961). La ciencia jurídica es, contrariamente a esta constatación, "secular contingente": puede citarse a Constantinesco, quien afirmó apodícticamente: "Die Rechtswissenschaft bleibt ausserhalb der Bewegung zur Anpassung an die zeitlich-vertikalen Koordinaten". 1. Constantinesco, *Rechtsvergleichung*²⁵ (1971);

véase también Reichert-Facilidas, *Betrachtungen über vergleichendes und geschichtliches Rechtsdenken*, JBL 393 (1973).

² Como introducción general a los sistemas jurídicos del mundo. véase especialmente Wigmore, *Panorama of the World's Legal Systems* (1928), 3 v.); Derret, *An Introduction to Legal Systems* (1968); Davids Bierley, *Major Legal Systems in the Worl Today* (1968).

³ En este contexto llama Constantinesco, con razón, la atención al hecho de que es necesario actuar con gran prudencia para la enunciación de sistemas de Derecho, los que tendrían para la Ciencia Jurídica la misma importancia que los sistemas culturales dentro de la Etnología: "Diese Rechtssysteme würden dann die Grundlage einer Universalgeschichte des Rechts bilden. Ein solches Untecragen ist kühn und alier Voraussicht nach nicht zu verwirklichen". 2 Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 298 (1972).

⁴ Con respecto a la comparación jurídica como método para la enunciación de sistemas clasificatorios, véase especialmente Sandrock, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* 62 (1966).

⁵ Compárese con nota 30.

⁶ Pontes de Miranda, Prólogo, en Heinsheimer, *Brasilien: Código Civil* xxi (1928).

⁷ Compárese Eichler, *Gesetz und System* 95 (1970); Pontes de Miranda, *supra*, nota 6, en xli.

⁸ Szachulowiz, *Der Gegenstand des polinschen Zivilrechts*, Jahrbuch für Ostrecht 169 (1960).

⁹ Con respecto a la tensión entre derecho subjetivo y ordenamiento jurídico objetivo o entre individuo y comunidad, véase 2 Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* 418 (2. Aufl. 1961), y, especialmente, las consideraciones básicas en 1 Lampe, *Rechtsanthropologie* (1970).

¹⁰ Véase Wieacker, *Vom römischen Recht* 621 (2^a Aufl. 1961).

¹¹ *Comp.* también 2 Schnitzer, *supra*, nota 9, en 427.

¹² *Id.* 632.

¹³ Con respecto al problema de la relativización del concepto de propiedad y a la "elasticidad" causada por ella dentro del mismo concepto, véase, en especial 1 Lampe, *Rechtsanthropologie* 114 (1970).

¹⁴ *Comp.* Eichler, *Gesetz und System* 107 (1970).

¹⁵ Véase *supra*, nota 1, e *infra*, nota 16.

¹⁶ *Comp.* especialmente 2 Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 129 (1972); Loeber, *Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung*, *Rabelex*, 201 (1962/63); Eichler, *Gezetz und Sistem*, 78 (1970); David Gramann, *Einführung in die grossen Rechssysteme der Gegenwart* (1966); Jakobs, *Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnungen*, *Os teuropa Recht*, 108 (1963).

¹⁷ Respecto a la forma de adopción de los modelos europeos por parte del derecho sudamericano, véase Schwarz, *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte*, en *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, 149, 152, (1960); *La Semaine internationale du droit* (1954); Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre*, 209, (2. Aufl. 1961); Pontes de Miranda, Prólogo, en Heinsheimer, *Brasilien: Código Civil* xxi (1928); véase también Makarov, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* 8 (1949).

¹⁸ Zweigert-Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts* 127 (1971). Para el Código Civil chileno de 1855, véase es-

pecialmente, Arnold, *Das Chilenische Zivilgesetzbuch vom 14. Dezember 1855*, JZ 773 (1956).

¹⁹ Castán Vásquez, *El Sistema de Derecho Privado Iberoamericano*, en 6, *Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas*, 173 (1969).

²⁰ Véase 1 Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 48 (1971). Para el aspecto del Derecho Internacional privado español anterior al Código Civil de 1889, y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español, Temis 63 (1967); para los trabajos previos pertinentes de Esteban de Ferrater, véase Bernard Álvarez de Eulate, *El sistema de derecho conflictual español en Esteban de Ferrater*, Temis 101 (1967); comp. también Bonet-Navarro, *El sistema conflictual del proyecto de Código Civil español de 1869*, Temis 137 (1967).

²¹ Una descripción concisa de este proceso se encuentra en: Pontes de Miranda, Prólogo, en Heidesheimer, *Brasilien: Código Civil xxxvii* (1928); véase también Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 131 (1971).

²² Con respecto a la influencia de la Madre Patria sobre el desarrollo jurídico y socioeconómico de las colonias españolas y portuguesas en Latinoamérica, véase Vries & Rodríguez Novás, *The Law of the Americas* 161 (1965); Schnitzer, *Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 228 (1963).

²³ Sobre la limitación de este intento clasificatorio, manifiesta con razón Schlesinger: "It seems that those, who seek to classify legal systems, frequently pay exclusive attention to the area of private law. The classificatory labels thus produced are apt to be uninformative regarding the character of a nation's public law. This is exemplified by the civil law label generally pinned on the Latin American system". Schlesinger, *Comparative Law* 254 n. 13 (3ª ed. 1970).

²⁴ Castán Tobeñas, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* 23 (1956).

²⁵ Véase al respecto la interesante afirmación de Schlesinger: "The Spanish and Portuguese conquerors introduced legal systems rooted in the civil law; most of the nineteenth and twentieth century codes, though adopted after emancipation, continued this tradition by following European models. The legal systems of Latin America thus are generally classified as belonging to the civil law orbit... Even in the field of private law, it seems that common law influences are not lacking, and in fact are growing of late... "Schlesinger *supra*, nota 23, en 254. Con respecto a las formas de las instituciones adoptadas de la esfera del "common law" y configuradas, según las ocasiones, de manera diferente, véase, especialmente Karst, *Latin American Legal Institutions*, 637 (1966). Eder, *The impact of the Common Law on Latin America*, Miami Law Quarterly 437 (1950). Eder, *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law* (1950).

²⁶ Sobre el problema de la comunidad de lenguas y de las "familias lingüísticas y de Derecho" así constituidas, compárese mi argumentación en *Gezetz und System* 92 (1970); tal como lo argumenté en mi contribución a la publicación en honor de Castán de Tobeñas "Die Rechtskreise der Erde", la comunidad de lengua es también un elemento típico de Derecho (p. 307). Castán Vásquez apoya la misma idea para la futura unificación del Derecho dentro de la esfera latinoamericana: *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en 6 *Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas* 183 (1969).

²⁷ Los sistemas se clasificaron en: del Derecho francés, del angloamericano, del germánico, del eslavo y del musulmán. Véase David, *Tratado de Derecho Civil Comparado* 214 (1953); incluso el trabajo más reciente y completo de

habla alemana en el campo de la comparación de Derecho, de Zweigert-Kötz, *supra*, nota 18, no distingue ningún sistema de derecho latinoamericano calificable como genuino, y menciona solamente los sistemas de Derecho romano, germano, anglo-americano, nórdico, socialista, del lejano Oriente, musulmán e hindú.

²⁸ CASTÁN VÁSQUEZ, *Supra*, nota 26, en 159.

²⁹ Con respecto a la problemática de la doctrina de los "sistemas de derecho", desarrollada en la teoría de derecho comparado, véase especialmente: Zweigert-Kötz, *supra*, nota 18, en 76; Eichler, *Gesetz und System* 66 (1970); Eichler, *Die Rechtskreise der Erde*, en Estudios de Derecho Civil en Honor del Prof. Castán Tobeñas 243 (1969), pp. 293 ss.

³⁰ Sobre la originalidad, en especial del Código Civil argentino, véase Pontes de Miranda, *supra*, nota 6, en xxi, con respecto a la formación y unificación genuina y continuada de los Derechos Civiles Latinoamericanos (también en el campo del Derecho conflictivo), compárese en especial: Philip, *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung* 112, 131 (1965); I Schnitzer, *Vergleichende Rechtslehre* (1961); Nadelmann, *Multi-lateral Conventions in the Conflicts Field: an Historical Sketch*, *Netherlands International Law Review* 144 (1942); Castán Vásquez, *supra*, nota 26, en 169, 179.

³¹ VALLADAO, *Le Droit Latino-Americain* (1954); David, *L'Originalité des Droits de l'Amérique Latine* (s.f.).

³² Sobre el "Código Bustamante", véase 2 Makarov, *Quellen des internationalen Privatrechts* (2ª Auf. 1960).

³³ En especial, debe destacarse aquí la posición de la teoría de interpretación dominante en cada caso: "Eine vergleichende Untersuchung der Interpretationsmethode als Determinierendes Element in den wichtigsten wäre sehr aufschlussreich"; 2 Constantinesco, *Rechtsvergleichung* 231 (1972).

³⁴ Compárese básicamente: Jakobs, *Das Eigentum als Rechtsinstitut im deutschen und sowjetischen Recht*, *Rabelsz* 694 (1955); Hastrich, *Das persönliche Eigentum der Sowjetbürger in der Übergangszeit zum Kommunismus*, *Ostropa-Recht* 26 (1963); Zweigert-Kötz, *supra*, nota 18, en 370, 390; Schnitzer, *supra*, nota a, en 259; Davids Grasmann, *Einführung in die grossen Rechtssysteme der Gegenwart* 267 (1966).

La mayoría de los juriscónsultos del sistema de derecho soviético afirma que solamente es posible comparar los derechos burgueses y los derechos socialistas entre sí, Szabó, *Comparative Constitutional Law: its Possibility and Limits*, *OZÖR*, 156 (1971).