

EL SISTEMA EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN CÓDIGO CIVIL

Christian Baldus

*Catedrático de Derecho civil y Derecho Romano
Universidad de Heidelberg (Alemania)*

I. INTRODUCCIÓN*.

Este texto no se titula “¿Cómo se escribe un código civil?”. Aquí no se desarrolla ninguna teoría de la legislación. Esto raramente pueden hacerlo los civilistas, y rara vez tienen necesidad de ello. Raramente se escriben de nuevo los códigos civiles o tan siquiera se reforman, pues en el Derecho civil se cambia menos que en otras muchas materias.

Donde es preciso hacer intervenciones estatales, sobre todo puntuales, como en el Derecho administrativo o en determinados ámbitos del Derecho penal, ahí el legislador actúa con más frecuencia. Motivaciones actuales y coyunturas políticas fomentan el activismo legislativo. En estos campos el legislador suele dar menos valor a las conexiones sistemáticas.

De modo distinto se comporta en el caso de las relaciones *inter privatos*, para las que el Estado simplemente establece un marco de ordenación, donde las normas legales representan lo que también descansa en el interés bien entendido de los ciudadanos privados, donde por tanto lo razonable conforme a la experiencia es parcialmente válido desde hace miles de años: la compraventa y el arrendamiento, la defensa de la propiedad y las disputas hereditarias muestran una elevada constancia histórica y, en correspondencia, están larga y densamente reguladas. Modificar estas reglas tiene a menudo consecuencias para el sistema en su conjunto.

Así pues, escribir o reformar los códigos civiles es un suceso poco común. Aunque en Europa se ha convertido en algo más frecuente, porque el Derecho comunitario también reclama modificaciones en este ámbito, aunque sólo gradualmente.

En lo que sigue se va a tratar de la *construcción* de los códigos civiles, entendido esto en un sentido amplio: se construye una ley sistemática no sólo por el que la escribe, sino también por aquel que está llamado a aplicarla. La aplicación presupone la interpre-

* El texto corresponde a una conferencia pronunciada en Berlín, el 31 de marzo de 2009, ante un público interdisciplinar en el marco del *Gesellschaftswissenschaftliches Kolleg der Studienstiftung des Deutschen Volkes*, bajo el título “Wie konstruiert man ein Zivilgesetzbuch?”. El autor dirigió ahí, junto con los colegas, doctores Francisco J. Andrés Santos (Universidad de Valladolid) y Helge Dedek (McGill University, Montréal), el grupo de trabajo denominado “Vertragstypenbildung in Europa”. El autor agradece también cordialmente al colega dr. Andrés Santos la traducción del texto al español.

tación, y si pretendo saber lo que significa una norma, entonces debo situarla en su contexto y determinar su función. Mientras interpreto, construyo. Esto, desde el punto de vista de las ciencias de la cultura, es una banalidad, pero, desde el punto de vista jurídico, no necesariamente. Para este proceso de construcción provee la ciencia jurídica de diversos instrumentos. Uno de ellos, de gran importancia, es la interpretación sistemática.

II. SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA PREGUNTA POR EL SISTEMA.

A los no juristas les gusta imaginarse el Derecho, y especialmente el Derecho civil, es decir, el Derecho de las relaciones entre privados, con forma sistemática. Esta representación es correcta, siempre que se hagan dos reservas.

En primer lugar: “sistema” es un término engañoso. Sistemático en el sentido del llamado sistema “interno” lo era ya el Derecho civil en tiempos de los romanos, a quienes debemos en lo esencial nuestro propio Derecho civil. Esto significa que las soluciones de los casos particulares no deberían contradecirse, ni lógica ni valorativamente. Por el contrario, un sistema “externo”, es decir, uno que se exprese en la construcción, ordenación y formulación de un código civil, es algo que sólo se encuentra completamente elaborado desde el siglo XIX. En él aparece ensamblado lo que en épocas anteriores se había recogido a través de elementos separados.

Y, en segundo lugar: el Derecho es más que la ley, sobre todo en una perspectiva histórica. Siempre ha habido leyes, pero para Roma podemos representarnos las leyes civiles como islas en un mar de reglas formuladas de otras maneras. Los juristas modelaron estas reglas, el *ius*, y las islas de la *lex* emergieron sólo lentamente de ese mar. Y tampoco esta *lex* es nuestra moderna ley sistemática, no es ningún medio universal de conformación social, sino algo esporádico, en primer término un medio de solución de problemas que no podían dominarse de otro modo.

Así pues, desde un punto de vista histórico no es en modo alguno evidente que en el Derecho civil se piense en una ley ordenada formalmente. Esta condición, que ya en la Antigüedad romana pretendieron algunos pensadores aislados bajo influencia griega, se reclamó, sin embargo, con carácter general desde incios de la Edad Moderna y se realizó posteriormente en dos grandes olas codificadoras. Como hitos principales pueden tomarse el *Code civil* de 1804, que es el cimiento de la actual Europa continental (y también de Iberoamérica), y el BGB de 1900. Inglaterra tuvo su propio desarrollo particular y hasta ahora no ha sido capaz de dar el paso de hacer una codificación de carácter comprensivo.

¿Por qué nos interesa todo esto? En Europa están en marcha procesos de unificación. Por el momento, estos no van dirigidos a la promulgación de un Código civil, pero en algunos ámbitos concretos se están dando pasos previos a la conformación de tal Código. Esto se deja observar, por ejemplo, en el Derecho de los consumidores: aquí existe una propuesta de la Comisión para una directiva que aporte algo de orden a la regulación, ahora en cierta medida muy confusa, de los deberes de información y los derechos de desistimiento, con los cuales el consumidor se protege frente a los abusos. Grupos de trabajo científico están trabajando en ambiciosos proyectos para ámbitos más amplios del Derecho civil. La propuesta de la Comisión es de dudosa calidad conceptual y sistemática y los proyectos están discutidos, tanto desde un punto de vista jurídico-político como técnico. La discusión al respecto, que antes resultaba en gran medida esotérica, hoy ya está penetrando en las grandes revistas jurídicas.

La pregunta por el sistema es, por tanto, actual. Presentará en el Derecho europeo un significado parecido al que hoy tiene en el ámbito nacional, no de la misma

manera, pero sí semejante en lo metodológico: justamente bajo el aspecto de la interpretación sistemática. Las normas jurídicas, sobre todo las normas legislativas, deben ser interpretadas para poder encontrar aplicación al caso concreto. Necesariamente se redactan con un alcance general y sólo hablan para el caso concreto cuando se las hace hablar. Y jurídicamente está fuera de cuestión que allí donde hay sistema, externo y/o interno, se puede hacer referencia a su contexto sistemático para la comprensión de la norma concreta: tanto al externo como al interno. Esto no debe ser lo mismo.

Para ello daré en la tercera parte primero un ejemplo no problemático, y luego otro problemático. En la cuarta debe plantearse la cuestión de los puntos de partida principales para la solución de tales problemas. Y en la quinta y sexta volveremos a la historia del Derecho y a la situación actual de la unificación jurídica en Europa.

III. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA – LO PROBLEMÁTICO Y LO NO PROBLEMÁTICO.

Voy a tomar ambos ejemplos del régimen de la prescripción. Que las pretensiones prescriban significa que, tras el transcurso de cierto tiempo, el deudor puede denegar la prestación. La pretensión aún sigue existiendo, por tanto puede cumplirla el deudor libremente, pero los tribunales ya no lo condenarán si se resiste a hacerlo. Esto sirve para conseguir la paz jurídica y evitar problemas probatorios, como los producidos por la “fuerza oscurecedora del tiempo”.

El legislador no va regulando caso por caso cuánto dura el período de prescripción. Más bien da categorías generales: un plazo regular (de tres años, según el § 195 BGB) y algunos plazos divergentes, cuyo ámbito de aplicación se define a su vez de forma general. Uno de estos plazos especiales tiene una duración de treinta años y corresponde a las “pretensiones hereditarias” (§ 197 I, n° 2 BGB). Estas normas se encuentran al comienzo del BGB, en su Parte General, el Libro I; por el contrario, las normas de las que resultan las pretensiones particulares, se encuentran mayoritariamente más atrás, en los Libros II a V.

Si un heredero se opone al poseedor de una cosa procedente de la herencia afirmando que él mismo es heredero, entonces tiene treinta años para hacer valer esa pretensión. Esto se sigue de una interpretación sistemática: esta pretensión, que encuentra su fundamento en el Libro V, se clasifica como “hereditaria” en el sentido del § 197 I, n° 2. El Libro V se denomina “Derecho hereditario” (*Erbrecht*), y trata de lo que un heredero puede hacer para afirmar su posición jurídica. Esto, en lo esencial, no es objeto de discusión.

Pero, ¿*quid* si el heredero opina, por ejemplo, que un ejecutor testamentario designado en el testamento lo ha perjudicado, por ejemplo administrando mal los inmuebles o el dinero de la herencia? El ejecutor testamentario responde de tales daños. Esto se encuentra también en el Libro V del BGB, más concretamente en el § 2219. ¿Significa esto necesariamente que la pretensión puede hacerse valer durante treinta años? Esto es muy dudoso y discutido, pues, si un administrador del patrimonio o un abogado que hubiera sido encargado de ello hubieran cometido las mismas faltas, entonces estaría claro que se aplica el plazo regular de prescripción de tres años. Pero, ¿debe un abogado, que lleva a cabo su actividad profesional y tiene un seguro obligatorio de responsabilidad, responder con mucha más levedad que un individuo privado que no tiene una formación técnica especializada, y que –en el caso normal– ha asumido la ejecución testamentaria por razones de vínculo familiar? Un resultado dudoso que, sin embargo, ha sido asumido por el Tribunal Federal – en contra del criterio del tribunal superior de justicia de un *Land* y frente a la masiva crítica de la doctrina.

A tales situaciones le van muy bien palabras como “formalista” o “injusto”. Pero al jurista no le placen estas palabras. Él tomará primero su instrumental y verá si no se puede llegar por vías técnicamente pulcras a una solución que encuentre también el consenso de un espíritu no deformado.

Aquí surge la pregunta: ¿qué significa “interpretación sistemática”? ¿Puede realmente depender sólo de en qué libro del BGB se encuentra la norma que fundamenta la pretensión? ¿O debe distinguirse –con Philipp Heck y Franz Wieacker–, como se ha propuesto más arriba, el sistema “interno” del “externo”, e incluso dársele prioridad a aquel en caso de conflicto? Según esto, en nuestro caso del ejecutor testamentario, se diría que la situación del ejecutor testamentario privado se equipara a la del administrador mandatario *inter vivos* y, por tanto, debe aplicarse el plazo regular corto, no el largo. Con una formulación jurídica (y, por tanto, sistemática): no se trata de una pretensión hereditaria, a pesar de que el contexto externo de la norma es hereditario y el perjudicado es un heredero. Una interpretación conforme al sistema interno conduciría, por tanto, a que a los cuatro años la supuesta pretensión del heredero contra el ejecutor testamentario ya no podría ejercitarse.

IV. LA ORDENACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL COMO CONDICIÓN BÁSICA DE UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA.

Con ello queda claro por qué en un código civil idealmente el sistema interno encuentra su expresión en el sistema externo. Que cualquiera debe poder encontrar el Derecho en la ley es un sueño dorado de la Ilustración – aunque en la historia sumamente importante y rico en consecuencias. Pero que el aplicador del Derecho no se encuentre expuesto en el caso discutido a ninguna inseguridad innecesaria es una aspiración muy práctica y asimismo nada imposible. Presupone sólo que el tribunal tome en serio la ley y que, al contrario, el legislador extraiga consecuencias de los problemas de aplicación conocidos cuando se proponga reformar la codificación, con nuevas soluciones o elevando al rango de ley los modelos de la praxis: la así llamada *codification à droit constant*.

Volviendo a nuestro caso del Derecho hereditario: veremos si la jurisprudencia del más alto tribunal se mantiene durante mucho tiempo en su equivalencia de “Derecho hereditario igual a Libro V”. Si así lo hiciera, el legislador podría reaccionar de diversas maneras. Podría intentar desenredar el BGB dejando a cada libro sólo aquellos contenidos que también comulgan con las reglas de la prescripción. Pero, ¿dónde iría la norma sobre la responsabilidad del ejecutor testamentario? ¿Debería ponerse allí donde el abogado y el administrador del patrimonio tienen su lugar natural en el BGB, o sea, en el Libro II (Derecho de obligaciones)? Esto garantizaría aún más confusión.

Así, la solución de la reforma legislativa del Derecho hereditario ya inminente es, a su vez, otra. El legislador reformista de 2009 pretende dejar aún prescribir durante treinta años sólo aquellas acciones para cuyo ejercicio el acreedor ha sido instruido en el conocimiento de la sucesión hereditaria o del contenido concreto de una disposición *mortis causa* (§ 199 párrafo 3a BGB, en el proyecto). Esto se ilustra con un ejemplo: si yo me enteró 15 años después de la muerte de mi abuelo de que, en realidad, soy su heredero, siempre dispondré todavía de 15 años más para reclamar las cosas hereditarias. Pero una vez que yo sé que soy heredero por efecto de un testamento válido, entonces también sé por ese testamento que un administrador testamentario administra mis bienes, y a este lo puedo vigilar día a día como a mi abogado o a un administrador de fincas. Si yo descuido esto, debo asumir las consecuencias. Esto se corresponde con la valoración que habíamos hecho ya más arriba para la interpretación sistemática del Derecho aún hoy vigente.

Se trata, pues, en el mejor de los casos, de un diálogo entre el emisor de la norma y el aplicador de la misma, y, en el peor, de un dominio interpretativo – respectivamente – sobre el sistema. La metodología es el campo en el que debe asegurarse que el juez, por un lado, puede resolver el caso concreto correctamente, y, por otro, que no va a superponerse a la esfera del legislador. Cuán difícil es esta tarea, lo muestran siempre nuevas sentencias controvertidas de los tribunales superiores; para quienes sean juristas de entre ustedes, basta con remitir aquí a la sentencia del BGH al caso *Quelle*¹.

Este diálogo o esta lucha de poder afecta también a otros medios de la interpretación; la historia legislativa y el fin de la norma. Pero estos otros medios tienen sus propias fronteras y sus perversiones. La historia legislativa no siempre permite conocer lo que quiso el legislador en un momento dado, y las relaciones cambian, de modo que quizá ya no pueda uno remitirse a su voluntad. Sobre los fines objetivos, por otro lado, se puede discutir hasta en la esfera de la política.

El argumento sistemático, por el contrario, queda apegado al texto que está ante el juez y en gran parte es susceptible de una formalización lógica. Promete, por tanto, aquello que el jurista valora, aquello para lo que la sociedad lo necesita: un discurso técnico, impersonal, libre de emociones. En esta promesa hay algo verdadero a todo trance, y por eso es tan importante la cuestión sistemática.

V. SISTEMA E HISTORIA.

Tradicionalmente, en la interpretación jurídica se examinan aspectos históricos junto a los sistemáticos, y la mayoría de las veces se constriñe la cuestión a la historia legislativa: ¿qué se ha planteado el legislador? Esta cuestión no nos conduce siempre a resultados significativos.

Así, la consideración histórica encuentra también su lugar, y a veces quizás mejor, en otro sitio, a saber: en la sistemática. En las estructuras avanzadas como la del Derecho civil no pueden hacerse transformaciones en la mesa de laboratorio. Si las estructuras se revelan como malas, si las normas son, por tanto, incomprensibles, oscuras, mal coordinadas, entonces puede intervenir el legislador, y puede contar en tal caso con la aceptación general de sus intervenciones.

Pero el legislador, por razones de contenido, sólo tiene a disposición determinadas formas y modelos de regulación. Si se aleja de ellos, entonces ha de contar con pérdidas de aceptación, léase desviación e inobservancia de la ley. No se pueden resolver los típicos conflictos entre, por ejemplo, comprador y vendedor, heredero y legatario, propietario y poseedor, de cualquier modo y manera. Los valores que están en el trasfondo están asimismo limitados y tipificados, a menudo desde época romana. Por poner un ejemplo: una parte hubiera debido informarse de algo o la otra haber comunicado algo; esto afecta tanto al vicio de la cosa arrendada, como al del objeto de la venta o al viaje combinado. Quien compra un automóvil notoriamente oxidado es tan poco digno de protección en el caso nor-

¹ Se trata de una sentencia del Tribunal federal alemán (BGH), sala de lo civil (BGH VIII ZR 200/05, de 26.11.08), en la que se resuelve el litigio entre la empresa *Quelle AG* y un particular, donde se ventila una cuestión referida al nivel de adaptación de las normas del BGB tras la *Schuldrechtsmodernisierung* (2002) al Derecho comunitario en materia de garantías de los consumidores en la venta de bienes muebles –lo que de hecho motivó la presentación de una petición de decisión prejudicial ante el TJCE (sentencia C-404/06, de 17.04.08)– y que se ha hecho muy famosa en Alemania porque es la primera vez en que el BGH adopta una decisión abiertamente contraria a los términos de la ley y la voluntad expresa del legislador, en aplicación estricta del principio de conformidad del Derecho estatal con el Derecho comunitario en cuestiones de Derecho privado (interpretación finalista): vid. al respecto el detallado comentario de M. Gebauer en GPR (2009), cit. en la bibliografía final. (*N. del T.*)

mal como el adquirente de un paquete vacacional por catálogo que ha pasado por alto indicaciones bien claras del catálogo del promotor de viajes. Por el contrario, nadie querrá defender al vendedor, el arrendador o el promotor de viajes que haya silenciado un vicio oculto también después de las preguntas indagatorias del adquirente.

El legislador, por tanto, no es fácticamente libre en sus determinaciones. La soberanía no es una categoría para la praxis del Derecho civil. Nuevas soluciones y nuevas valoraciones se encuentran raramente, en todo caso, en el Derecho civil. Más bien se hacen variaciones sobre lo conocido y se practican nuevas combinaciones: los vicios materiales en los esclavos y los vicios materiales en los coches usados se distinguen jurídicamente sólo en unos pocos puntos. El mecano jurídico es perfectamente abarcable de un vistazo.

Asimismo son abarcables también las posibilidades de ordenar estas mismas piezas del mecano, es decir, de construir la ley. ¿Pertenece el ejecutor testamentario al derecho de sucesiones o al Derecho de obligaciones? Si alguien compra una herencia entera, ¿es esto un problema hereditario, que ha de resolverse, pues, según el Libro V del BGB, o un problema obligacional, y por tanto por el Libro II?

Tales decisiones no puede encontrarlas el legislador o el aplicador del Derecho por una vía puramente lógica. En la mayor parte de las veces se puede pensar en varias soluciones (y también verlas realizadas en la Historia del Derecho o en los Derechos extranjeros). Qué solución y bajo qué condiciones es “justa”, esto es, apropiada, para convencer a los sujetos de derecho, es una cuestión que depende de la experiencia.

Se debe, pues, investigar las experiencias de los ordenamientos jurídicos particulares históricamente conocidos – para la solución de cuestiones particulares, pero también si se pretende saber cómo debe construirse mejor la ley si quiere ser correctamente aplicada. La calidad de un sistema no ha de establecerse con independencia de sus condicionamientos funcionales históricos, pues no todo funciona igualmente bien en todas partes.

En el Derecho civil se añade ahora un factor especial: los contenidos del actual Derecho civil europeo continental son en lo esencial romanos. Pero el Derecho romano no tenía aún, según hemos dicho, nuestro sistema externo. Muestra una lógica, valores vinculantes e ideas fundamentales que épocas posteriores han vertido en tal sistema; pero en Roma no encontramos la correspondencia biunívoca que hoy nos ocupa.

Esto se deja ver, por ejemplo, en la regulación de la prescripción. La idea de la prescripción presupone que podemos distinguir una pretensión en abstracto de su realización procesal ante los tribunales. Si no, no podría decirse ya constructivamente que la pretensión sigue existiendo, pero ya no es ejecutable contra la voluntad del deudor. En Roma, sin embargo, acción y pretensión eran lo mismo: se trata de una decisión sistemática divergente. La acción, por tanto, puede ser temporalmente limitada, pero tras el transcurso del plazo ya no hay tampoco pretensión alguna. Si se pretende investigar tales conexiones, se debe consecuentemente investigar, por un lado, los problemas jurídicos concretos en su conexión histórica y, por otro, preguntarse de forma separada si las decisiones del ordenamiento jurídico en el que se apoya el nuestro también pueden ser aún convincentes bajo condiciones sistemáticas diferentes.

Esto nos lleva al tema de la construcción sistemática en la regulación de los tipos contractuales.

VI. TIPOS CONTRACTUALES Y CONSTRUCCIÓN DEL SISTEMA.

¿Es aplicable a un determinado caso el régimen de la compraventa o el del contrato de obra, por ejemplo si un objeto debe ser entregado y montado? ¿Y si alguien

adeuda, como obligado a la prestación de un servicio, una determinada actividad, o como contratista de una obra un determinado resultado, por ejemplo un médico en el caso de una operación? Y si el paciente no sana, ¿debe pagar en todo caso? ¿Se procede igual si se trata de una intervención médica basada en indicios que en el caso de una operación cosmética? Las cuestiones se pueden prolongar así indefinidamente.

Las consecuencias jurídicas dependen de qué tipo contractual se adopte. Así se ve en todo caso en los ordenamientos jurídicos europeo-continenciales. Si un contrato ha de ser calificado como contrato de compraventa, entonces se siguen las consecuencias jurídicas del § 433 BGB, pero si lo es como contrato de obra, entonces se siguen las del § 651 del mismo cuerpo legal. El juez interpreta la construcción de la ley para poder incorporar el caso concreto.

Pero todo ordenamiento jurídico continental delimita los contratos de forma un poco distinta que los otros, los define de forma diferenciada, los clasifica de modo diferente. El desarrollo histórico es también un desarrollo diferenciador. Así, por su parte, el Derecho inglés siempre se ha mostrado escéptico ante la idea del tipo contractual, pero conoce de todos modos fenómenos que el jurista continental valoraría precisamente como construcción de tipos. Se debe, por tanto, preguntar según casos comparables en la práctica y volver ahí a la época anterior al surgimiento de los ordenamientos jurídicos nacionales, en definitiva, al Derecho romano.

Todos los códigos civiles del continente (y, en cierta medida, también el Derecho inglés) utilizan material romano. Los juristas romanos, a falta de un código, delimitaron caso por caso – lo que no significa “con falta de principios”. ¿Por qué se depositaron algunos de sus conocimientos en un determinado ordenamiento jurídico europeo y otros –no siempre los mismos– en otro? ¿Por qué formalizan algunos Derechos los principios romanos de una determinada manera y otros de otra?

Encontramos muchos de nuestros problemas de delimitación ya en el Derecho romano. Esto produce estímulos. Pero dos condiciones sistemáticas no son siempre iguales. En primer lugar, el Derecho romano, como hemos dicho, no se desarrolló en una mesa de laboratorio, sino que fue creciendo a pequeños pasos. En segundo lugar, esto ocurrió con una estrecha vinculación entre acción y pretensión. El pretor se preguntaba, en una nueva situación, si procedía una acción existente o (en caso negativo) si podía esta desarrollarse o incluso si era necesaria una nueva. Estas divergencias sistemáticas nos impiden trasladar conocimientos tomados del Derecho romano directamente, sin revisar, a la situación presente.

Tales cuestiones son hoy nuevamente discutidas, mucho más de lo que ha sido corriente durante un largo tiempo. Esto tiene un trasfondo: la unificación jurídica europea. Hay, por ejemplo, directivas de la Unión Europea que regulan de manera bastante exhaustiva la compraventa o el crédito a los consumidores. Pero no hay una regulación que conecte todos estos tipos, y de ahí surgen problemas de aplicación del Derecho.

VII. MODELOS FUNDAMENTALES DE LOS CÓDIGOS CIVILES EUROPEOS Y ACTUAL CONSTRUCCIÓN SISTEMÁTICA EUROPEA.

Si se pretende reaccionar frente a estos problemas con el ensayo de una unificación, entonces hay que construir realmente al modo de un legislador, y luego debe uno preguntarse qué contenidos puede haber y cómo pueden y deben ordenarse conforme a la experiencia. Y al final no hay escapatoria a dos grandes modelos: el gayano-francés y el pandectista.

Personae, res, actiones: en Gayo, en el siglo II a.C., se ponen por delante las personas (modernamente, entre otras cosas, el Derecho de familia), luego vienen los objetos de derecho, las relaciones jurídicas entre personas, esto es, el Derecho de obligaciones, y finalmente las acciones, que hoy están reguladas de forma separada en las leyes procesales. Gayo construyó su manual así, y la situación jurídica se modificó sólo más tarde: con algunos rodeos su modelo entró en el *Code civil* francés de 1804 y marcó así a muchos códigos de la Europa meridional y occidental y (no se olvide) de Latinoamérica.

El BGB asume otra sistemática manualística, el llamado sistema pandectista (*Pandektensystem*), denominado así porque con su ayuda se reelaboraron las Pandectas, es decir, las fuentes romanas – ellas mismas estructuradas de otra forma. Comienza con una Parte General y presenta el Derecho de familia y de sucesiones como regulaciones de específicas “áreas de la vida” al final, detrás de las relaciones jurídicas entre personas (Derecho de obligaciones, *Schuldrecht*) y el señorío sobre objetos de derecho (Derecho de cosas o derechos reales, *Sachenrecht*)². Con el Derecho romano sólo tiene que ver la distinción entre el libro II y el III: ya los romanos se preguntaron de hecho si una persona accionaba contra otra obligacionalmente (es decir, para un pago) o si lo hacía realmente, o sea, para el dominio sobre una cosa (*res*). La independencia de los libros IV y V es una idea de los siglos XVIII y XIX, superpuesta al material de las fuentes romanas.

Con todo, también en el sistema pandectista acecha Gayo, en todo caso en la variante del sistema pandectista que hoy se llama BGB. Si miramos más de cerca la Parte General, el Libro I, nos encontraremos ahí con la tripartición en personas, cosas ... y reglas sobre las pretensiones, entre otras el régimen de la prescripción. Ahí están de nuevo las *actiones*.

Por el contrario, un pensamiento jurídico ajustado a modelos alemanes ha adquirido gran influencia en países cuyo texto legal está marcado por lo francés. En casos extremos tales procesos de superposición podrían conducir a cambios sistemáticos: Portugal tuvo durante cien años, hasta 1966, un código orientado hacia el *Code civil*; desde que entró en vigor (1967), está vigente un texto que se estructura externamente según los cinco libros del BGB. (Este nuevo Código civil portugués une, en virtud de unos excelentes trabajos previos de índole comparatista, contenidos tradicionales del círculo jurídico románico con una desarrollada técnica legislativa pandectista; de ahí que pueda en algunos puntos servir justamente como modelo para una codificación europea).

Tales diferencias no son ningún juego de abalorios: nuestro caso de ejecución testamentaria vive precisamente de que en la concepción de los autores del BGB el

2 Estructura básica del *Pandektensystem*:

Parte general (*Allgemeiner Teil*)

Personas (*Personen*)

Concepto de cosas (*Sachbegriff*)

Prescripción (*Verjährung*), entre otros contenidos

Derecho de Obligaciones (*Schuldrecht*)

Parte general de Obligaciones (*Allgemeines Schuldrecht*)

Parte especial de Obligaciones (*Besonderes Schuldrecht*: entre otras materias, contratos en particular, gestión de negocios sin mandato, enriquecimiento injustificado, responsabilidad extracontractual)

Derecho de cosas (*Sachenrecht*)

Derecho de familia (*Familienrecht*)

Derecho de sucesiones (*Erbrecht*)

Derecho hereditario constituye un área propia al mismo nivel que el Derecho de obligaciones. Si se distingue sólo, a la manera romana, entre Derecho de obligaciones (derechos personales) y Derecho de cosas (derechos reales), se llega mucho antes a una consideración obligacional del ejecutor testamentario; por tanto, en el sistema del BGB, a un plazo corto de prescripción. Así el ejemplo puede mostrar también lo siguiente: que el sistema interno como mejor se pone de manifiesto es a partir de la historia.

Si los intentos de unificación emprendidos en este tiempo satisfacen las exigencias esbozadas es algo que, como se ha indicado, está muy discutido. El Libro Verde de la Comisión, que prepara el proyecto de una Directiva horizontal, era caótico hasta en lo conceptual, y el mismo proyecto de Directiva ha despertado vivas discusiones. Por lo que afecta al Borrador académico para un Marco Común de Referencia, este reclama para sí un extenso trabajo previo de comparación jurídica, pero tanto por su contenido como por su estructura es acusado en Inglaterra de trasponer conceptos alemanes; en Alemania, de abandonar los conceptos continentales; y en el espacio jurídico románico, de despreciar sus conceptos. El futuro desarrollo del debate de momento no puede pronosticarse.

De ahí no debe deducirse ahora –parafraseando a Savigny– que un Derecho europeo necesite un *Volksgeist* europeo y que, a falta de tal cosa, por el momento no pueda construirse. Ya en Savigny latía por debajo del supuesto *Volksgeist* (alemán) el Derecho romano, después convertido en un verdadero modelo exitoso en la forma del BGB. Antes bien hace falta unidad en cuanto a cuáles de los modelos y conceptos nacionalizados reproducen mejor la herencia común. Todo caso concerniente al Derecho privado que llega ante el TJCE es buena muestra de esto.

Así, el Derecho civil europeo debe construirse ya con gran independencia de los intentos de convertirlo en una forma legislada: es a través de los jueces y los abogados en los procedimientos como el Derecho comunitario vigente penetra hoy ya masivamente en el Derecho civil nacional. Las sentencias del Tribunal Europeo acostumbran a entrar a su vez en la legislación como *acquis communautaire*. Vivimos así en un tiempo de un proceso de construcción muy intensivo del Derecho civil –aunque en muchos niveles y sin una dirección estatal central. Tal vez con ello está el Derecho civil volviendo a una situación que no es tan diferente de sus orígenes romanos. El código ya no va a apartarse de la historia del Derecho, y los actuales procesos de construcción van a desembocar en nuevos códigos. Pero la idea del *Estado*, y especialmente del Estado nacional, como fuente “natural” del Derecho civil legislado podría haber sido sólo un episodio ya superado de la Modernidad.

VIII. RESULTADOS Y PERSPECTIVAS.

La construcción de códigos civiles raramente está en la mesa de trabajo “del legislador”. El legislador debe tomar buena nota de las experiencias con la provisión, típica del Derecho civil, limitada a problemas y soluciones, si pretende obtener aceptación. A partir de ahí está llamado a escoger, de entre las soluciones idóneas surgidas conforme a la experiencia, aquellas que sistemáticamente resultan más coherentes, y a formularlas en correspondencia con el tiempo presente.

Las experiencias se dejan extraer de la historia y (vinculados con ella) de los Derechos extranjeros. La alteración del cuadro de condiciones para la capacidad funcional de una norma es objeto del análisis histórico-jurídico.

También construye quien aplica una ley vigente. La doctrina metodológica debe asegurar que el juez no sobrepasa en ese caso las fronteras que le vienen impuestas por

las previsiones constitucionales. Pero ahí quedan necesariamente espacios libres en los que despliega sus efectos la correspondiente comprensión del sistema interno de la ley.

Los intentos más recientes de construir legislativamente, o cuasilegislativamente, a nivel europeo, brindan motivos para la duda en cuanto a la aptitud técnica de estos intentos.

Los hilos conductores de la historia del Derecho privado parten de los problemas materiales y sus soluciones. Quién “da” la norma, considerada desde el punto de vista del Derecho público, es una cuestión que se sitúa, vista desde esta atalaya, en un rango secundario.

BIBLIOGRAFÍA

La presente selección bibliográfica se limita en gran medida a trabajos en lengua alemana, puesto que particularmente los títulos españoles serán ya conocidos para los lectores; en los casos precisos se mencionan las traducciones a lenguas románicas:

Francisco Javier Andrés Santos, Was erwartet sich die Geschichte des europäischen Privatrechts von der deutschen Rechtswissenschaft?, en *Christian Baldus / Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht (München 2006) 93-114.

Christian Baldus, Export des Pandektensystems?, en *Journal für Rechtspolitik* [Austria] JRP 16 (2008) 23-26. Cfr. *Christian Baldus / Thomas Raff*, La capacité du système des pandectes, en *Studia Universitatis Babeş-Bolyai – Iurisprudentia* (2008), previamente disponible en Internet: <http://studia.law.ubbcluj.ro/articol.php?articolId=122>.

Christian Baldus, Historische und vergleichende Auslegung im Gemeinschaftsprivatrecht. Zur Konkretisierung der “geringfügigen Vertragswidrigkeit”, en *id. / Peter-Christian Müller-Graff* (Hrsg.), Die Generalklausel im Europäischen Privatrecht. Zur Leistungsfähigkeit der deutschen Wissenschaft aus romanischer Perspektive (München 2006) 1-24. Versión española: Interpretación histórica y comparativa en el Derecho privado comunitario. Sobre la concretización de la “falta de conformidad de escasa entidad”, en *Anuario de Derecho Civil* (2006, pero 2007) 1611-1640.

Christian Baldus / Friederike Vogel, Gedanken zu einer europäischen Auslegungslehre: Grammatikalisches und historisches Element, en *Maximilian Wallerath* (Hrsg.), Fiat iustitia. Recht als Aufgabe der Vernunft. Festschrift für Peter Krause zum 70. Geburtstag (Berlin 2006) 237-252. Versión española: Metodología del Derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica, en *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña* 10 (2006) 77-89.

Christoph Becker, Die „res“ bei Gaius - Vorstufe einer Systembildung in der Kodifikation? Zum Begriff des Gegenstandes im Zivilrecht (Köln *et al.* 1999).

Ferdinando Bona, L'ideale retorico ciceroniano ed il «ius civile in artem redigere», SDHI 46 (1980) 282-382. Cfr. la nota de lectura, en alemán, de *Francisco Cuena Boy*: Nota di lettura zu *Ferdinando Bona*, Das Ideal der Rhetorik bei Cicero und das ius civile in artem redigere, en *Rivista di Diritto Romano* VI (2006, pero 2007), hasta ahora sólo publicado online.

Horst Eidenmüller / Florian Faust / Hans Christoph Grigoleit / Nils Jansen / Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann: Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, *JZ* (2008), 529-550.

- Daniel Effer-Uhe / Jonathon Mark Watson*, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR (2009), 7-15.
- Wolfgang Ernst*, Der ‚Common Frame of Reference‘ aus juristischer Sicht, AcP 208 (2008) 248-282.
- Manfred Fuhrmann*, Das systematische Lehrbuch. Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike (Göttingen 1960)
- Martin Gebauer*, Der Durchbruch zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05 – Quelle, en GPR (2009), 82-86.
- Martin Gebauer / Thomas Wiedmann* (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss (Stuttgart 2005, nueva edición en preparación para 2010).
- Martin Gisewski*, Methodik der Auslegung im kontinentaleuropäischen und angelsächsischen Recht (Hamburg 2008), con rec. de *Christian Baldus*, en GPR 2009, 102.
- Clemens Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung (Tübingen 2008), con rec. de *Christian Baldus*, en GPR 2009, 101s.
- Brigitta Jud / Christiane Wendehorst*, Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ecollex 2009, 279-284.
- Ernst A. Kramer*, Juristische Methodenlehre (2° ed., Bern/München 2005).
- Katja Langenbucher* (Hrsg.), Europarechtliche Bezüge des Privatrechts (2° ed., Baden-Baden 2008), con rec. de *Christian Baldus*, en GPR (2009), p. 183.
- Heinz-Peter Mansel*, Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit, JZ (1991), 529-534.
- Stephan Meder*, Rechtsgeschichte (3° ed., Köln *et al.* 2008).
- Knut Wolfgang Nörr*, Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts, en ZEuP 2 (1994) 67-76.
- Thomas Pfeiffer*, Methodik der Privatrechtsangleichung in der EU, AcP 208 (2008) 227-247.
- Gerhard Otte*, Comentario a §§ 1922-1966 BGB, en Staudinger, Bürgerliches Gesetzbuch, (nueva versión, Berlin 2008).
- Andreas Piekenbrock*, Befristung, Verjährung, Verschweigung und Verwirkung (Tübingen 2006).
- Johannes Michael Rainer*, Europäisches Privatrecht: Die Rechtsvergleichung (2° ed., Frankfurt a.M. 2007); versión italiana de la 1° ed.: Sistemi giuridici comparati (Torino 2004).
- Andrea Roland*, Die Verjährung im Erbrecht (Bonn/Angelbachtal 2008).
- Karl Riesenhuber* (Hrsg.), Handbuch Europäische Methodenlehre (Berlin 2006, nueva edición en preparación para 2010), con rec. de *Peter Krebs*, en GPR 2009, 75-78; de *Nikolaus Graf Vitzthum*, en GPR (2009), en prensa.
- Gianni Santucci*, La legge nell’esperienza giuridica romana, en *Umberto Vincenti* (a cura di), Inchiesta sulla legge nell’Occidente giuridico (Torino 2005) 33-58.
- Aldo Schiavone*, Ius. L’invenzione del diritto in Occidente (Torino 2005).

- Martin Schmidt-Kessel* (Hrsg.), *Der Gemeinsame Referenzrahmen* (München 2008).
- Martin Schmidt-Kessel*, *Der Vorschlag zur Horizontalrichtlinie im Kontext der Rechtsharmonisierung in Europa*, en *Brigitta Jud / Christiane Wendehorst* (Hrsg.), *Neurordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa?* (Wien 2009).
- Hans Schneider*, *Gesetzgebung* (3° ed., Heidelberg 2002).
- Heinrich Schoppmeyer*, *Juristische Methode als Lebensaufgabe - Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks* (Tübingen 2001).
- Götz Schulze*, *Kein Nutzungersatz bei Ersatzlieferung: Anm. zu EuGH, C-404/06 (Quelle)*, en *GPR* (2008), 128-132.
- Andreas B. Schwarz*, *Zur Entstehung des modernen Pandektensystems*, en *SZ* 42 (1921) 578-610.
- Stefan Vogenauer*, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (2 vols., Tübingen 2001).
- Franz Wieacker*, *Griechische Wurzeln des Institutionensystems*, en *ZSS* 70 (1953), 93-126; hay traducción española: *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana*, en *SCDR* 3 (1992), 11-25 = *Fundamentos de la formación del sistema en la Jurisprudencia romana* (Granada 1998).
- Reinhard Zimmermann*, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, en *JZ* (1992), 8-20.
- Reinhard Zimmermann*, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht: Die Geschichte einer Emanzipation durch „Auseinanderdenken“*, en *id. / Rolf Knütel / Jens Peter Meincke* (Hrsg.), *Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik* (Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999), Heidelberg 1999, 1-39.
- Reinhard Zimmermann*, *Savignys Vermächtnis oder: Das heutige römische Recht - Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft*, Tübingen 1998.
- Fryderyk Zoll*, *Die Grundregeln der Acquis-Gruppe im Spannungsverhältnis zwischen acquis commun und acquis communautaire*, *GPR* (2008), 106-117.