

Codificación de Derecho Civil y Teoría de los Sistemas de Derecho*.

(Algunas Consideraciones acerca de un futuro
sistema del Derecho Civil).

Hermann Eichler

Catedrático de la Historia del Derecho y
Derecho Comparado (Universidad de Linz —
Austria).

SUMARIO:

1.^a Parte: LA SISTEMÁTICA EN LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL.

I. *Esquemas de clasificación existentes.*

1. *Introducción.*

2. *Métodos de la clasificación.*

- a) El "sistema de los tres-libros".
- b) El "sistema de los cuatro libros".
- c) El "sistema de los cinco libros".
- d) El "sistema de los seis libros".

II. *Consideraciones "políticas" acerca de las ideas clasificadoras legales del derecho civil.*

- A) Protección legal de las personas y de bienes.
- B) La esfera jurídica personal (Persönlicher
Rechtskreis).
- C) La esfera jurídica social (gesellschaftlicher
Rechtskreis).

*. La versión original del manuscrito preparado del Prof. Hermann Eichler, para la Conferencia de las Universidades Latinoamericanas a celebrarse del 15 al 20 de agosto de 1973 en Córdoba (Argentina) fue posteriormente completada para esta publicación mediante las notas explicativas correspondientes por el Dr. WALDEMAR HUMMER, Universidad de Linz (Austria).

D) Orden contractual (Vertragsordnung).

E) Adquisición y pérdida de derechos.

2.^a Parte: SISTEMA DE DERECHO PRIVADO Y TEORÍA DE
LOS SISTEMAS DE DERECHO.

I. *La dogmática de la teoría de los sistemas de derecho.*

II. *Consideraciones finales.*

1.^a PARTE

La sistemática en la codificación del derecho civil.

I. Esquemas de clasificación existentes.

1. Introducción.

Desde hace mucho tiempo se encuentra el derecho privado en un estado de modificaciones continuas, dentro de un proceso aún no concluido. Las instituciones del derecho privado tradicionales permanecen aún pero con otro sentido y espíritu, pues las bases sociales se han modificado más y más en el transcurso del tiempo. Por ello, las codificaciones del derecho civil del siglo XIX y principios del siglo XX no satisfacen más el estado de desarrollo alcanzado de la sociedad.

Estas codificaciones son expresión de la concepción de la sociedad de su época,¹ sea el concepto de “división por profesiones” basado en un orden social según los princi-

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 al 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* in: *Festschrift für K. Engisch* (1969) I t., p. 243 ss.; LAMPE, *Rechtsanthropologie* I t. *Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970) p. 188; HUSSERL, *Recht und Zeit* (1955) p. 10 ss.; KAUFMANN, *Das Schuldprinzip* (1961) p. 86. La ciencia jurídica es, contrariamente a esta constatación, “secular-contingente”: para esta relativización de la “historicidad” de la ciencia jurídica puede

prios de libertad e igualdad o el concepto de “sociedad burguesa declinante” de la Europa “continental” pero superaron estas corrientes de época porque su forma y carácter permitieron la adaptación a una realidad transformada, pese a que el modelo social concebido originariamente ya había sido superado por las tendencias de cada época.

A ello se agrega que tanto las ciencias jurídicas como el desarrollo de la jurisprudencia contribuyeron a que las instituciones y principios del derecho civil se modificaran o adaptaran como consecuencia de su relación con la vida socio-económica en proceso de desarrollo.

En el transcurso del tiempo deben someterse por ello 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 jurídicos.²

Encontrar un sistema tal para el futuro es por ello una tarea urgente aunque parezca aún demasiado temprano para desarrollar un sistema de derecho privado común a todo Europa.

Quizás es un modelo unificado, con vigencia en todos los países europeos, en el momento sólo una ilusión.³ Pero

citarse a CONSTANTINESCO, quien afirmó apodicticamente: “Die Rechtswissenschaft bleibt außerhalb der Bewegung zur Anpassung an die zeitlich-vertikalen Koordinaten”. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung* (1971) I t., p. 25; véase también REICHER-FACILIDES, *Betrachtungen über vergleichendes und geschichtliches Rechtsdenken* in: JBL. (1973) p. 393 ss.

2. Como introducción general en los sistemas jurídicos del mundo, véase especialmente: WIGMORE, *Panorama of the World's Legal Systems* 3 vol. (1928); DERRETT, (ed.) *An Introduction to Legal Systems* (1968); DAVID-BRIERLEY, *Major Legal Systems in the World 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 Unterfangen ist kühn und aller Voraussicht nach nicht zu verwirklichen”. CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung* II t. *Die rechtsvergleichende Methode* (1972) p. 298.

sin embargo es posible sustraer algunas ideas básicas de la historia de la codificación, que ayudarían la investigación de sistemas comparativos. A continuación comenzaremos primero con la presentación simultánea de algunos sistemas de derecho civil, en forma de una apreciación superficial, para realizar luego el intento de señalar en rasgos generales una sistemática supranacional, surgida de esta comparación, que debe servir de modelo básico para la posterior derivación de una clasificación nacional,⁴ lo cual sería igualmente de interés para los estados latinoamericanos, dado que ellos pertenecen también a la familia del Derecho romano-germánico.

2) Métodos de la clasificación.

a) El “sistema de los tres-libros”.

En el Code Civil de Francia de 1894, el más antiguo de los códigos civiles aún en vigencia, no solo exteriormente no se encuentra ninguna *Parte General*, sino que también materialmente está lejos de todo tido de principios jurídicos generales.

Al primer libro *Les personnes* (Artículos 7 — 514) le precede *Titre Préliminaire*, que trata de la publicación, de efectos jurídicos y de la aplicación de las leyes en general.

El segundo libro *Des biens, et des différentes modifications de la propriété* (Artículos 516 — 710) tiene como contenido la distribución de bienes, la propiedad, el usufructo, el derecho de uso y vivienda, la servidumbre y las servidumbres inmobiliarias.

A este le sigue el tercer libro *Des différents manières dont en acquier la propriété* (Artículos 711 — 2281), el que a juzgar por el título trata acerca de los diferentes modos

4. Con respecto a la comparación jurídica como método para la enunciación y precisión de sistemas clasificativos por categorías, véase especialmente: SANDROCK, *Über Sinn und Methode zivilistischer Rechtsvergleichung* (1966) p. 62 ss.

de adquisición de propiedad (par succession, par donation entre vifs ou testamentaire, et par l'effet des obligations) pero en su contenido incluye otras materias de derecho, especialmente el derecho obligatorio y prendario.

El código civil austriaco trata en los parágrafos 1 — 14 “*De las leyes civiles en general*” y recién en los parágrafos 15 — 284 incorpora la primera parte *Del derecho de las personas*. Esta parte considera en cuatro secciones principales de los derechos que se refieren a condiciones y relaciones personales (§§ 15 — 43), del derecho de matrimonio (§§ 44 — 136), de derecho entre padres e hijos (§§ 137 — 186) y por último del tutelaje y curatela (§§ 187 — 284). Una parte general en el sentido del código civil alemán no aparece.

La segunda parte trata (en los parágrafos 285 — 1341) del *Derecho de cosas* que bajo el título *De los derechos inmobiliarios* (§§ 309 — 858) considera tanto estos como también el derecho hereditario y bajo el título *De los derechos de cosas personales* regula tanto los contratos y negocios legales como el derecho de indemnización y satisfacción (§§ 859 — 1341). En la tercera parte se unem disposiciones comunes de los derechos de las personas y de cosas (§§ 1342 — 1502).

b) *El “sistema de los cuatro libros”.*

Como ejemplo puede citar-se el código civil español de 1889, cuyo primer libro *De las personas* (art. 17 — 332) tiene una estructura similar a la del Code Civil.

En el segundo libro está contenido el derecho de cosas bajo el título *De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones* (Art. 333 — 608). El tercer libro *De los diferentes modos de adquirir la propiedad* (Art. 609 — 1087) presenta estas diferentes formas según su título lo indica. El cuarto libro trata *De las obligaciones y contratos* (Art. 1088 — 1976).

El Código Civil argentino comprende también cuatro libros: libro I *De las personas* (Art. 30 — 494), libro II *De los derechos personales en las relaciones civiles* (Art. 495 — 2310), libro III *De los derechos reales* (Art. 2311 — 3261) y libro IV *De los derechos reales y personales — disposiciones comunes* (Art. 3262 — 4051).

El Código Civil argentino tiene a primera vista una cierta relación con el Code Civil pero se desarrolló luego en forma independiente.⁵ El derecho civil alemán presenta una sistemática distinta basada en la doctrina del derecho de los *Pandekten*.

c) *El “sistema de los cinco libros”.*

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 cuatros partes principales.

El segundo libro tiene como tema *El derecho de las obligaciones*, el tercer libro *El derecho de cosas*. *El Derecho de familia* no se encuentra como en otros códigos en el primer libro bajo el título *Derecho de personas*, sino que está regulado en el cuatro libro, al cual le sigue inmediatamente como quinto libro *El derecho de la herencia*.

El derecho suizo que divide el derecho civil en dos codificaciones, el código civil de 1907 y el derecho de las 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 se clasifica también en cinco libros conforme con el código alemán.

El código civil brasilero adoptó el sistema alemán. A ello se debe que el código brasilero difiere de los demás códigos civiles sudamericanos.

PONTES DE MIRANDA caracterizó el carácter y esencia de los códigos civiles en la manera siguiente: “en el código

5. Comparese con nota 30.

civil alemán predomina el carácter educativo y didáctico. La terminología es novedosa y abundante. Frente al mismo, el código civil suizo es más breve, práctico y popular. El código civil argentino reúne en sí la mentalidad sudamericana con la antigua mentalidad francesa reflejada por el Code Civil.

El nuevo código civil brasilero — así reza en su introducción de la edición comentada — es un poco individualista, vacilante, y menos político”.⁶

d) *El “sistema de los seis libros”.*

Algo particular tiene vigencia para el derecho civil italiano. Imitaba el “Codice Civile” 1865 esencialmente el Code Civil, en el Codice Civile de 1942 encontró su fin la evolución orientada según la ciencia de los *Pandekten*, con notables divergencias sin embargo del sistema del código civil alemán.

El primer libro *Las personas y la familia* (Art. 1 — 455) está repartido en catorce títulos. El segundo libro *El derecho de herencia* (Art. 456 — 809) contiene en los títulos 1 — 5 junto a las disposiciones generales sobre la herencia, la reglamentación de la herencia legal, de la herencia testamentaria, de la repartición hereditaria y de las donaciones.

Al tercer libro con el título *La propiedad* (Art. 810 — 1172) le sigue como cuarto libro *De las obligaciones* (Art. 1173 — 2059). El quinto regula *el trabajo* en los Artículos 2060 — 2642, al cual le sigue como último libro *La protección legal* (Art. 2643 — 2696).

II. Consideraciones “políticas” acerca de las ideas clasificatorias legales de derecho civil.

Las precedentes clasificaciones del material legal a dividir⁷ presentan en los códigos de Europa occidental, pese

6. PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: HEINSHEIMER* (Ed.), *Brasilien, Código Civil* (1928) p. 21 y 22.

a notables divergencias, amplias coincidencias desde un punto de vista básico. En todos los casos se encuentran en principio las mismas ideas básicas, basadas en la división tripartita de las instituciones en “personae”, “res”, acciones”. De acuerdo a ello y llevado a una fórmula básica común tenemos tres sectores principales: el derecho de las personas, el derecho de las cosas y una tercera parte, que comprende “disposiciones comunes o “adquisición de la propiedad”. El derecho de las obligaciones se deduce entonces de los derechos personales.

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

En el fondo la denominación indiferente del “derecho de las personas” tiene un alcance tal que bajo la misma pueden resumirse todas las relaciones personales y las cualidades de las personas en cuanto estas sean jurídicamente relevantes. Todos estos criterios subjetivos son determinados sin consideración de un objeto formal unitario. Las otras materias jurídicas, como por ejemplo el derecho de las cosas, parten del objeto, de modo tal que la clase del objeto determina la sistematización de la materia jurídica correspondiente. Por el contrario, el derecho de las personas es un sector jurídico sin un “objeto formal unitario”.⁸ La persona es mucho más el sujeto del derecho en

7. Comp. básicamente: EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 95 ss.; PUNTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: HEINSHEIMER* (Ed.), Brasilien. Código Civil (1928) s. 41.

8. SZACHULOWICZ, *Der Gegenstand des polnischen Zivilrechts en: Jahrbuch für Ostrecht* (1960) p. 169.

en sistema de los derechos subjetivos, en el cual la persona “natural” y la “persona jurídica” (*personne morale*) son igualadas básicamente como “portadores de derecho”.

Desde este punto de vista aparece el individuo como “portador de derechos”.⁹

En consideración de la necesidad de protección del ser humano de nuestra época y sociedad debería partirse no de la persona como sujeto de derecho sino más bien del hombre y de la necesidad de su protección jurídica. Esta idea protectora grava también el principio de la solidaridad.¹⁰ En el centro del sistema del derecho queda — en su realidad humana — el hombre como sujeto del derecho.

El individuo necesita la protección del orden jurídico privado en la totalidad de su esfera de vida y en 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 miembros debe responsabilizarse por la existencia social (más y más también por el bienestar) de cada uno de los otros miembros de la sociedad. Con la seguridad de cada uno por medio del derecho privado se tiende al mismo tiempo hacia la seguridad social.

A) *Protección legal de las personas y de bienes.*

a) desde este enfoque aparece digno de consideración dedicar en un futuro código civil una “Primera parte” a la seguridad y orden generales. La idea protectora debe entenderse como respeto y defensa de la esfera jurídica de cada uno, tal como lo exige el término: “*neminem laedere*” traducido aquí bajo la fórmula: protección contra per-

9. Respecto a la tensión entre derecho subjetivo y ordenamiento jurídico objetivo o entre individuo y comunidad, véase: SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, II t. 2.^a ed. (1961) p. 418 ss., y especialmente las consideraciones básicas en: LAMPE, *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, I t. *Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970).

10. Véase: WIEACKER, *Vom römischen Recht*, 2.^a ed. (1961) p. 621.

juicios delectivos. En esta consideración se separa el derecho delictivo del derecho de las obligaciones para tomar su lugar en el sector jurídico a denominarse protección jurídica privada individual o protección jurídica de la persona.¹¹

En el sistema tradicional del derecho de las obligaciones aparece el derecho delictivo junto con el derecho contractual dentro del mismo “paréntesis” delante del cual se encuentra aún la parte general del derecho de las obligaciones.

Según el orden de la sistemática legal aparece en primer término el derecho contractual con una reglamentación especial y luego — en forma relativamente resumida — el derecho delictivo, casi podría decirse como añadido en forma similar como el derecho de las condiciones (véase por ejemplo las *Konditionen* en los Parágrafos 823 y ss. del Código Civil alemán).¹²

En contra de este orden de las cosas aparecen dudas desde el punto de vista legal, porque el elemento puente es simplemente el “concepto de referencia” de “obligación” como marco común para todas las obligaciones. Pero si se parte de la esencia de la cosa, es decir de la motivación básica de derecho delictivo y con ello de la ratio de la protección delictiva, aparece una diferencia notoria y profunda de ambas raíces. La protección contra perjuicios delictivos se basa — frente a la responsabilidad contractual — en un principio general por que ella asegura la totalidad de la esfera jurídica individual contra “daños imputables” (Larenz).

Este punto de partida permite también incluir la protección del derecho general de la personalidad en el derecho delictivo y garantizar con ello — al que en el código

11. Comp. también: SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, 2.^a ed. II t. (1961) p. 427 s.

12. Véase SCHNITZER, *op. cit.*, p. 632 ss..

civil portugués nuevo — el derecho al respeto de la dignidad humana y al desarrollo individual de la persona, todo ello dentro del orden del derecho privado.

La protección es también de carácter general en tanto no se limita a relaciones jurídica contractuales existentes entre determinadas personas, sino 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 según el principio de la responsabilidad por culpa y de la responsabilidad por peligro. El aumento continuo del “elemento de peligro” obliga nuevamente desde el punto de vista de la protección a la intensificación de la responsabilidad por peligro.

b) El concepto de la protección jurídica privada de la seguridad y orden generales tiene por otra parte consecuencias en el derecho de las cosas, más precisamente en la protección de la propiedad.¹³

La idea protectora encuentra aquí su forma jurídica privada junto a la garantía contitucional de la propiedad.¹⁴ En primer plano jurídico-político aparece la pretensión defensiva negatoria del propietario. La extensión de la “actio negatoria” a cada inmisión en los bienes protegidos legalmente, no solo en el derecho absoluto, significa al mismo tiempo una ampliación de la protección de la esfera jurídica individual según analogía similar permitida.

En consideración de la propiedad inmobiliaria ejerce el catastro una función protectora de primer grado. En lo que hace a los esfuerzos dirigidos en algunos lugares hacia la eliminación de este instrumento debe protegerse esta institución especialmente.

13. Respecto al problema de la relativización del concepto de propiedad y a la “elasticidad” causada por la misma dentro del mismo concepto, véase en especial: LAMPE, *Rechtsanthropologie. Eine Strukturanalyse des Menschen im Recht*, I t. *Individualstrukturen in der Rechtsordnung* (1970) p. 114 ss.

14. Comp.: EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 107.

Mano a mano con la protección de la propiedad se encuentra la protección de la posesión, en ello se encuentra incluido la protección de derecho de vecindad, que hace aquí realidad también la servidumbre en sus formas de aplicación vecinal.

Parece increíble que bajo la rúbrica “protección de la persona” se encuentren instituciones de derecho de las cosas. La justificación la da el hecho de que en ultima instancia el derecho de propiedad es no sólo un derecho de dominio sobre una cosa, sino la pertenencia legal de una cosa a una persona.

B) *La esfera jurídica personal* (persönlicher Rechtskreis).

La “Segunda parte” entonces aparecería bajo la rúbrica: “La esfera jurídica personal”. Se refiere a la esfera legal del individuo, en especial en aquellas relaciones de la realidad que desde el punta de vista de la convivencia de los hombres dentro de la comunidad jurídica determina su orden existencial.

En este sentido deben limitarse en primer lugar tres sectores

- 1) el sector del derecho de la familia
- 2) el sector del derecho de vivienda
- 3) el sector profesional, por una parte en su forma jurídico-comercial, por la otra en sua forma del derecho laboral.

Debe mencionarse si futuras codificaciones de derecho laboral deben incorporarse “en bloc” en el Código Civil o permanecer como Código de Trabajo independiente. Desde el punto de vista de nuestras consideraciones tiene predominancia la primera alternativa, porque el individuo mediante su trabajo hace realidad en forma especialmente determinante su personalidad.

El que una u otra disposición sean de naturaleza de derecho público no es obstáculo porque en todos los casos

la base de partida, que es el contrato de trabajo es de naturaleza jurídica privada.

C) *La esfera jurídica social* (gesellschaftlicher Rechtskreis).

La esfera jurídica del individuo incluye en sentido amplio también aquellas relaciones de derecho que lo unen mediante una fusión con otras personas y con el ambiente desde el punto de vista de su posición legal es su participación la que le garantiza los correspondientes derechos y le otorga obligaciones se higen según el carácter legal de la organización.

Si se basa esta organización en una constitución corporativa, predomina en primer término las relaciones legales entre la asociación o sus organos respectivos por una parte y el miembro por la otra. En el caso de que se obliguen los socios recíprocamente a ala consecución de un fin común, la asociación carece de un todo ente puesto como unidad independiente. La unión legal está enraizada exclusivamente en el contrato societario. Tambien en la esfera jurídica social surte efecto el principio de protección del individuo.

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 las empresas de comercio antes que el derecho de la sociedade (compárese los artículos 2188 ss.).

D) *Orden contractual* (Vertragsordnung).

En el centro de todo se encuentra el orden contractual, que incluye aquellos tipos de contratos que en su entrelazamiento y totalidad representan el proceso económico total tal como está determinado por el derecho privado.

El sistema contractual se convierte bajo estos aspectos generales en una base normativa del desarrollo económico del individuo en el marco de la totalidad. Pero este orden se deriva no sólo de sucesos a procesos económicos. En su

base dogmática-jurídica se funda en una sistemática de los contratos orgánicamente desarrollados en el curso del tiempo y que alcanza en sus orígenes al derecho romano. Se trata simplemente de establecer la relación del orden contractual con el sistema general de la economía del sistema del derecho civil y de entender la función contractual bajo la idea de la “justicia contractual”.

Con ello es al mismo tiempo el principio de la “libertad contractual” — que está más cerca del derecho público que del privado — reemplazado por el concepto de la adecuancia contractual”. En primer lugar se debe tratar la relación entre el contrato individual y las condiciones generales de contrato. En general el orden de los contratos se basa en el principio de la confianza, que es una estructura antropológica de cada orden de derecho moderno.

E) *Adquisición y pérdida de derechos.*

El orden contractual representa un sector de las “actividades legales”, el otro se encuentra bajo la rúbrica “Adquisición y pérdida de derechos”.

Aquí pueden resumirse los siguientes capítulos

1. *Capítulo:*

- a) transmisión de bienes inmuebles
- b) transmisión de bienes muebles
- c) adquisición legal de propiedad

2. *Capítulo:* Derecho a la adquisición de la propiedad (derecho de tanteo)

3. *Capítulo:*

- a) Cesión
- b) contrato a 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 indebido
6. *Capítulo*: Donación, fundación, bienes comunes
7. *Capítulo*: Derecho de herencia
8. *Capítulo*: Prescripción

2.^a PARTE

Sistema de derecho privado y teoría de los sistemas de derecho.

I) *La dogmática de la teoría de los sistemas de derecho.*

Las estructuras del derecho privado de las legislaciones europeas enraizan en la sistemática del derecho romano y son el resultado de un pensar jurídico propio del ámbito de influencia jurídico romano-germano. CONSTANTINESCO demostró no hace mucho que las grandes categorías sistemáticas no se encuentran en círculos jurídicos de otra procedencia y fundamentación, o sea ni en círculos jurídicos anglo-americanos ni islámicos.¹⁵ En la jurisprudencia soviética se encuentran “desdibujadas” de manera característica.¹⁶ En el siglo 19 se consideraban las divisiones básicas en todos los órdenes legales como invariables, aún cuando las instituciones legales de uno a otro ordenamiento legal se diferenciaran.

En cierta forma se relaciona este modo de pensar con la “amplia propagación mundial” del Code Civil, que marca también las codificaciones del derecho civil sudamericano,

15. Véase las obras de este autor en las anotaciones No 1 y 16 de este trabajo.

16. Comp. especialmente: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, II t., *Die rechtsverbleichende Methode* (1972) p. 129 ss.; LOEBER, *Rechtsvergleichung zwischen Ländern mit verschiedener Wirtschaftsordnung* in: Rabelsz (1962/63) p. 201 ss.; EICHLER, *Gesetz und System* (1970) p. 78 ss.; DAVID-GRASMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart* (1966) p. 161 ss.; JAKOBS, *Zur Methodik der Zivilrechtsvergleichung zwischen Rechten aus verschiedenen Gesellschaftsordnungen* in: *Osteuropa-Recht* (1963), p. 108 ss.

que se deducen en modo diferente de los modelos europeos.¹⁷

Según ZWEIGERT es la codificación chilena la “producción más independiente y original del arte legislativo sudamericano”;¹⁸ La estructura de esta obra supera incluso la del Code Civil. Posteriormente fue adoptado este código por Ecuador y Colombia. DALMACIO VÉLEZ SARSEFIELD basó su proyecto del Código Civil Argentino también en lo esencial en el Code Civil, pero al mismo tiempo utilizó el Código Civil chileno,¹⁹ leyes españolas²⁰ y algunos trabajos previos de la codificación brasilera. TEIXEIRA DE FREITAS Y BEVILAQUA utilizaron para los esbozos brasileros además del Code Civil, entre otros el portugués y el italiano,

17. Respecto a la forma de adopción de los modelos europeos por parte del derecho sudamericano, véase: SCHWARZ, *Rezeption und Assimilation ausländischer Rechte* in: SCHWARZ, *Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung* (1960), p. 149 ss., 152; La Semaine internationale du droit (1954); SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t., 2.^a ed. (1961), p. 209 ss.; PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de HEINSHEIMER* (Ed.) *Brasilien. Código Civil* (1928), p. XXI; véase también: MAKAROV, *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung* (1949), p. 8 s.

18. ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. Grundlagen (1971), p. 127. Para el Código Civil chileno de 1855, véase especialmente: ARNOLD, *Das chilenische Zivilgesetzbuch vom 14. Dezember 1855* en: JZ (1956), p. 773 ss.

19. CASTÁN VÁZQUEZ, *El Sistema de Derecho Privado Iberoamericano* en: *Estudios de Derecho Civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, Vol. VI (1969), p. 173.

20. Véase: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, I t. *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1971), p. 48 s. Para el aspecto del derecho conflictivo véase: GARCÍA ARIAS, *El derecho internacional privado español anterior al Código Civil de 1889, y los proyectos de reforma del vigente sistema conflictual español* en: *Temis* (1967), p. 63 ss.; para los trabajos previos pertinentes de Esteban de Ferrater, véase BERNAD ALVAREZ DE EULATE, *El sistema de derecho conflictual español en Esteban de Ferrater* en: *Temis* (1967), p. 101 ss.; comp. también BONET NAVARRO, *El sistema conflictual del proyecto de Código Civil Español de 1889* en: *Temis* (1967), p. 137 ss..

pero también los modelos alemán y suizo,²¹ los cuales por otra parte también fueron tomados en consideración por el código portugués de 1967.

El mundo jurídico sudamericano se formó pues en forma decisiva sobre esta difusión del derecho francés, ya que a principios del siglo 19 el derecho español — como derecho del antiguo poder colonial — quedaba excluido.²² Además, el código español se apoya, en lo que a denominación se refiere, en el Code Civil dentro del derecho de obligaciones, pero en lo que hace al derecho de familias guarda la tradición legal española.

El revolucionario derecho francés era en cambio, en aquellos momentos de las guerras de la independencia hispano-americana, el suelo apropiado para los derechos latino-americanos. En el siglo 20 disminuyó la influencia francesa con la aparición de “conceptos legales” italianos, alemanes y suizos. Por cierto hay que hacer una diferenciación por grupos, tal como lo ha hecho recientemente ZWEIFERT. Gran similitud con el Code Civil guardan las codificaciones de derecho civil de Haití, Bolivia y las República Dominicana.

El segundo grupo lo forman el código civil chileno y argentino, recién en 1916 se suma Brasil como tercero a este grupo.

La relación total de las codificaciones sudamericanas con las europeas es evidente para el derecho civil, aún

21. Una descripción concisa de este proceso se encuentra en: PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: Heidesheimer (Ed.), Brasilien. Código Civil (1928)*, p. 37, ss.; véase también: CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, I t. *Einführung in die Rechtsvergleichung* (1971), p. 131 s..

22. Con respecto a la influencia de la Madre Patria sobre el desarrollo jurídico y socio-económico de las colonias españolas y portuguesas en Latinoamérica, véase: VRIES-RODRÍGUEZ-NOVÁS, *The Law of the Americas. An Introduction to the Legal systems of the american Republics* (1965), p. 161 ss.; véase: SCHNITZER, *Die Annäherung der Völker und ihrer Rechte* en: *Zeitschrift für Rechtsvergleichung* (1963), p. 228.

cuando no sea lo mismo para el derecho constitucional.²³ JOSÉ CASTRAN 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 orden de origen ibérico distingue GASTÁN TOBEÑAS²⁴ el sistema español, el portugués y los sistemas ibero-americanos, así como aquellos influenciados por el "Common Law" como son Puerto Rico y las Filipinas.²⁵

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 en primera línea en una diferenciación según criterios ideo-

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 systems". SCHLESINGER, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 3.^a ed. (1970), p. 254, nota 13.

24. CASTÁN TOBEÑAS, *Los sistemas jurídicos contemporáneos del mundo occidental* (1956), I t., p. 23.

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, *Comparative Law. Cases-Text-Materials*, 3.^a ed. (1970), p. 254 s. Con respecto a las formas de las instituciones adoptadas de la esfera del "common law" y gravadas según las ocasiones de manera diferente, véase especialmente: KARST, *Latin American Legal Institutions: Problems for Comparative Study* (1966), p. 637 ss.; EDER, *The Impact of the Common Law on Latin America en: Miami Law Quarterly* (1950), p. 437; EDER, *A Comparative Survey of Anglo-American and Latin-American Law* (1950).

lógicos y culturales, así como según criterios de origen histórico y morfológico.

A nosotros esta diferenciación nos motiva nuevamente a ordenar los sistemas legales “de filiación ibérica” dentro de una jurisprudencia independiente que queremos denominar iberoamericana y que es en cierto modo comparable al círculo anglo-americano. La similitud la vemos por sobretodo en el hecho de que, así como el “common law” se extendió de Inglaterra a Norteamérica, así pasaron los derechos francés, español y portugués a Latinoamérica. Tanto en uno como en otro caso surgieron lentamente culturas legales comunes sobre la base de una comunidad de lenguas²⁶ y la concepción del derecho.

En la publicación conmemorativa *Estudios de derecho civil*, en honor del Prof. GASTÁN TOBEÑAS encontramos una notable *Consideración de los ordenamientos iberoamericanos en las clasificaciones de los sistemas jurídicos* de JOSÉ MARIA CASTÁN VÁZQUEZ que trata la clasificación de DAVID.²⁷ Este autor destaca entre las familias jurídicas con-

26. Sobre el problema de la comunidad de lenguas y de las “familias lingüísticas y de derecho” así constituídas compárese mi argumentación en: *Gesetz und System* (1970), p. 92; tal como lo argumenté en mi contribución a la publicación en honor de CASTÁN TOBEÑAS: “Die Rechtskreise der Erde”, la comunidad de lenguas es también un elemento típico derecho (p. 307). CASTÁN VÁZQUEZ apoya la misma idea para la futura unificación de derecho dentro de la esfera latinoamericana. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano* en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. VI (1969), p. 183.

27. Los sistemas se clasificaron en: del Derecho francés del anglo-americano, del germánico, del eslavo y del musulmán. Véase: DAVID, *Tratado de derecho civil comparado* (1953), p. 214; incluso el trabajo más reciente y completo de habla alemana en el campo de la comparación de derecho, de ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. *Grundlagen* (1971), 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.

temporáneas, 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 el dice, a la comunidad de esfuerzos científicos de las Universidades de países latinos y germanos.

En segundo lugar figura el sistema del “common law”. Es un sistema de las decisiones precedentes que originariamente se recopilaban en anuarios. De acuerdo con el carácter de las decisiones judiciales, la consecuencia jurídica de cada sentencia es considerada en principios como vinculante para el futuro en casos semejantes.

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

En el cuarto grupo incluye DAVID los sistemas filosóficos y religiosos. 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 VÁZQUEZ dice que los países que fueron colonias españolas en América (como las 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 saber en que medida las condiciones propias de América, muy diferentes de las del medio europeo, deben conducir en el plano del Derecho práctico, a reconocer o conferir una cierta ori-

ginalidad a los Derechos de América en relación con los Derechos europeos de la familia romano-germánica”.²⁸

Dentro de la teoría de los sistemas de derecho²⁹ puede considerarse hoy como una sentencia asegurada internacionalmente, que los ordenamientos jurídicos latino-americanos presentan rasgos característicos en comparación con los de Europa Occidental. Esta particularidad está justificada de antemano por la diversidad de condiciones de desarrollo y existencia de los países europeos por una parte y los de América del Sur y Central por la otra. Aquí se trata no sólo de condiciones políticas, económicas y sociales, es decir, la influencia del medio ambiente, sino también de una originalidad jurídica, de una particularidad de la cultura jurídica.³⁰ La investigación es de igual interés, tanto histórica como dogmáticamente.

Sobre el fundamento de una historia jurídica común surge en el transcurso del tiempo una “comunidad jurí-

28. CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema de derecho privado iberoamericano*, en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, VI t. (1969), p. 159 ss..

29. Respecto a la problemática de la doctrina de los “sistemas de derecho”, desarrollada en la teoría de derecho comparado, véase especialmente: ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t. *Grundlagen* (1971), p. 76 ss.; EICHLER, *Gesetz und System* (1970), p. 66 ss.; EICHLER, *Die Rechtskreise der Erde* en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. IV (1969), p. 293 ss..

30. Sobre la originalidad, en especial del Código Civil argentino, véase: PONTES DE MIRANDA, *Prólogo de la obra de: Heinsheimer* (Ed.), *Brasilien*, Código Civil (1928), p. 21; respecto a la formación y unificación genuina y continuada de los derechos civiles latinoamericanos (también en el campo del derecho conflictivo), compárese en especial: PHILLIPS, *Erscheinungsformen und Methoden der Privatrechts-Vereinheitlichung* (1965), p. 112 s., 131 s.; SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t. (1961), p. 86; NADELMANN, *Multilateral conventions in the conflicts field: an historical sketch* en: *Netherlands international law Review* (1972), p. 144; CASTÁN VÁZQUEZ, *El sistema del derecho privado iberoamericano* en: *Estudios de derecho civil en honor del Prof. Castán Tobeñas*, vol. VI (1969), p. 164 ss. 179.

dica” 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 VALLADÃO 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” dentro del derecho. Los esfuerzos dirigidos a una igualación y unificación del derecho se basan en diversos programas y finalidades. En primera línea se concentran en torno al Código Bustamante,³² instrumento básico del derecho conflictivo en el ámbito de los estados sudamericanos.

Otra expresión similar es la “unificación legislativa ibero-americana” que incluye también la península ibérica.

Finalmente también el movimiento panamericano se une a estos esfuerzos. La dificultad consiste en que el derecho norteamericano pertenece a las áreas del “common law”. Cada unificación legal se ve interrumpida de continuo 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 legal sudamericana no se presentan las dificultades que aparecen por diferencia de idioma o gran divergencia de los sistemas legales. Mas que antes está a disposición del proceso de unificación el método de derecho comparativo. En primera línea se trata de una comparación jurídica siste-

31. VALLADÃO, *Le Droit Latino-Américain* (1954); DAVID, *L’Originalité des Droits de l’Amérique Latine* (sin fecha de edición).

32. Sobre el “Código Bustamante” véase: MAKAROV, *Quellen des Internationalen Privatrechts*, II t., 2.^a ed. (1960), p. 2 ss.

mática, no de las leyes escritas sino de todos los elementos comparables que entren en consideración. En este sentido cuentan no sólo las condiciones políticas, económicas y sociales, sino también las humanas, morales y religiosas.

La comparación jurídica moderna distingue aquí los elementos determinantes de los fungibles y cuenta entre los primeros la concepción jurídica y las ideologías o doctrinas que la dominan,³³ así como la interdependencia entre realidad social y norma legal. Estas características se orientan a su vez en la concepción y rol del estado y en la posición legal básica del individuo. No en última instancia son las diferenciaciones básicas de concepto y de categoría legal, 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 otras instituciones jurídicas. Queda a la vista que, dentro del campo jurídico latinoamericano, los ordenamientos jurídicos contienen en mucho los mismos elementos determinantes.

Al fin encuadramos la familia jurídica ibero-americana dentro de los sistemas de nuestra concepción:

Nos parece que hay tres tipos de áreas jurídicas en el mundo: como primer grupo los sistemas jurídicos de asociación lingüística en un sentido de una historia común, constituido por cuatro subgrupos: anglo-americano, ibero-americano, de habla alemana y escandinavo.

El segundo grupo de áreas jurídicas se caracteriza por la ejemplaridad de ciertos ordenamientos jurídicos, en cuanto sirven de ejemplo por la sistemática jurídica o por

33. Es especial debe destacarse aquí la posición de la teoría de interpretación dominante en cada caso: "Eine vergleichend Untersuchung der Interpretationsmethode als determinierendes Element in den wichtigsten Rechtskreisen wäre sehr aufschlussreich": CONSTANTINESCO, *Rechtsvergleichung*, II t. *Die rechtsvergleichende Methode* (1972), p. 231.

la técnica de codificación, o bien porque la concepción de la sociedad y del derecho proyecta su influencia en otros lugares o países.

Desde este punto de vista cabe agrupar dos familias jurídicas en el tipo de las áreas 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 *Codice civile* (1942) se distingue del tipo de codificación tradicional francés, de manera tal que el derecho civil italiano mantiene una postura particular, sobre todo en vista a una aproximación a la “familia centro-europea”. A pesar de esto, Italia se mantiene en el grupo romano o, en un sentido más amplio, francés.

En segundo lugar está la familia jurídica ruso-soviética, formada según la pauta de la ordenación jurídica socialista.

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

Así se da el cuadro siguiente:

1. Areas jurídicas de comunidad idiomática:

- a) familia jurídica anglo-americana
- b) familia jurídico ibero-americana
- c) familia jurídica de habla alemana
- d) familia jurídica escandinava

2. Areas jurídicas formadas por sistemas ejemplares

- a) familia jurídica francesa
- b) familia ruso-soviética

3. Areas jurídicas formadas por sistemas de carácter transcendente.

- a) Derecho de los hindúes
- b) Derecho islámico
- c) Derecho de los chinos no comunistas

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

En primer lugar, facilitan el trabajo de la dogmática jurídica mediante el derecho comparado.

La investigación de las instituciones jurídicas y de los preceptos jurídicos del derecho comparado favorece la comprensión de la ordenación jurídica nacional.

En segundo lugar, la teoría expuesta contribuye 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 jurídicos, cada unidad jurídica contiene un elemento nacional, el cual ha de averiguarse conforme a los hechos naturales, los precedentes históricos y del espíritu de la época, según la formulación del conocido autor suizo GUTZWILLER.

Finalmente la teoría expuesta responde a una actitud eminentemente humana y a la vez filosófica, en cuanto intenta 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 esta coincidencia básica, ha sufrido daños la homogeneidad de los sistemas de derecho privado en el campo sud — y centroamericano. Así por ejemplo, el concepto del derecho de la propiedad — que se encuentra dentro del derecho privado — ha adoptado contenidos diversos, especialmente cuando se parte de la condición económica del ordenamiento jurídico correspondiente.

La irrupción en la idea de la propiedad privada partió de la jurisprudencia soviética,³⁴ pues los ordenamientos jurídicos de Europa Occidental, de la familia jurídica romano-germana se basan en un concepto de la propiedad jurídico-individual.

Es notorio que las jurisprudencias comienzan a entrecruzarse cuando las características dispositivas de una institución jurídica marcan las de la otra. De ello se deduce que las jurisprudencias comienzan a vacilar.

Desde el punto de vista de esta teoría es contrario al sistema, que las ideas de propiedad transmitidas por la jurisprudencia soviética influyan en la forma notoria estructuras jurídicas de una jurisprudencia de forma totalmente distinta.

II. Consideraciones finales.

Al fin renumeros los siguientes resultados metodológicos y de sistemática legal:

1. Es notorio 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 menor medida sólo exterior. Así se trata de la comparabilidad de los elementos determinantes que mar-

34. Compárese básicamente: JAKOBS, *Das Eigentum als Rechtsinstitut im deutschen und sowjetischen Recht* en: *RabelsZ* (1965), p. 694 ss.; HASTRICH, *Das persönliche Eigentum der Sowjetbürger in der Übergangszeit zum Kommunismus* en: *Osteuropa-Recht* (1963), p. 26 ss.; ZWEIGERT-KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, I t., *Grundlagen* (1971), p. 370 s., 390 ss.; SCHNITZER, *Vergleichende Rechtslehre*, I t. (1961), p. 259; DAVID-GRASMANN, *Einführung in die großen Rechtssysteme der Gegenwart* (1966), p. 267 ss. La mayoría de los jurisconsultos 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* en: *Özör* (1971), p. 156.

can los ordenamientos jurídicos comparables. Dentro de una misma jurisprudencia presentan las instituciones jurídicas a considerar, especialmente dentro de la familia jurídica latinoamericana, una cierta similitud, pese a las diferencias de los sistemas y a la influencia europea, y esto facilita una unificación. En relación a 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 jurisprudencia desarrolladas. El fenómeno del círculo cultural está referido más que nunca al presente.

3. Por todo ello, el ordenamiento del derecho privado del futuro no puede erigirse ni por medio de los sistemas transmitidos ni por conceptos jurídicos, sino que debe surgir de la concepción jurídica viviente dentro de una comunidad jurídica y debe ser dirigida por las instituciones jurídicas en ella enraizadas, que mantienen vivo este conocimiento a través del tiempo.

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

4. El sistema de derecho privado debe así desprenderse de las codificaciones fosilificadas de los siglos 19 y 20. La sistemática de los derechos subjetivos, entendida como forma de comunicación, ya no es apropiada como base transportadora de la dogmática del derecho privado.

Un nuevo sistema se construye sobre las necesidades sociales, según mandamientos y postulados de derecho co-

mún e individual. Desde el punto de vista de una consideración actual, tal como lo hemos visto, tiene preponderancia el mandamiento de la seguridad y el orden comunes.

Este principio es naturalmente supranacional, pero está dentro del marco de la misma jurisprudencia.

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

El tráfico “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 derecho en las instituciones a considerarse.