

Civil law: la vigencia de una categoría convencional ¹

JOSÉ MARÍA DE EIZAGUIRRE

Catedrático de Derecho mercantil

Profesor Emérito de la UPV/EHU

San Sebastián

RESUMEN

La noción de civil law caracteriza a la manifestación o formulación del Derecho en el ordenamiento español, de igual modo que en el continente europeo, América latina, Rusia y China. En todos estos ámbitos geográficos el juez resuelve con arreglo a la ley escrita. Ello diferencia al llamado Derecho continental del Derecho anglosajón guiado por el precedente; lo que tiene su reflejo en la esfera de la enseñanza del Derecho.

PALABRAS CLAVE

Civil Law. Realidad social del tiempo de aplicación de la norma.

ABSTRACT

Spain, as well as the rest of the European continent, Latin America, Russia or China, is characterized by a Civil Law System. In all these geographical areas the judge decides in accordance to the written Law. This is the main difference between Continental Law and Common Law, where the judge is guided by the precedent; and this is reflected in the field of Law teaching.

¹ Contribución al libro-homenaje a José MARÍA GONDRA.

KEYWORDS

Civil Law. Social reality of the time of application of the Law.

I. PRELIMINAR

La expresión *civil law*, en contraposición a la de *common law* o viceversa, resulta familiar a cualquier jurista medianamente culto. Precisar su significado, en cambio, es bastante más arduo², teniendo en cuenta sobre todo que se trata de un tema que ha merecido poca atención por parte de la literatura jurídica española.

La noción de *civil law*, referida al ordenamiento jurídico de determinados países (*civil law countries*), principalmente, no solo, situados en la Europa continental, constituye una categoría convencional, propia del Derecho comparado. Su determinación presenta la dificultad adicional de no ser objeto específico de una, de las que en España denominamos, áreas de conocimiento, existentes en las Facultades de Derecho, lo que en otro caso hubiera contribuido a precisar su significado y contornos entre nosotros. A este fin resulta necesario acudir a los estudios sobre el tema propuesto realizados por los cultivadores del ramo de la ciencia jurídica conocido como «Derecho comparado», en la terminología francesa habitual en nuestro país, o mejor expresado, como comparación jurídica conforme a la denominación alemana (*Rechtsvergleichung*)³.

Con independencia de lo anterior, hemos de ser conscientes de que en España –y por doquier– vivimos, en una época de atracción irresistible por «lo inglés» o «lo angloamericano». Si la lengua inglesa se ha convertido en la lengua franca de comunicación universal, la lengua de la propagación de la ciencia, así como de los convenios internacionales, entre otros predicados, el Derecho inglés o el escrito en inglés se juzga a la hora actual como el modelo a seguir. El Derecho «franco» por expresarlo de algún modo. Hasta el ejercicio de la abogacía se conforma al bufete multidisciplinar de corte angloamericano. Incluso el lenguaje se resiente del servilismo ante «lo inglés», merced al espejismo latinizante de su

² Como me decía hace poco el destacado civilista leridano Antoni Vaquer, se trata de una pregunta de examen, y no precisamente de licenciatura.

³ Obra clásica en la materia, de obligada referencia, ZWEIGERT/KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3. Aufl. 1996. El pensamiento básico que les inspira se manifiesta en la página 265; asimismo en Kötz, *Europäische Juristenausbildung*, ZEuP 1 (1993), pp. 268 y ss. Muy minucioso, dentro de su extensa obra en 5 tomos, FIKENTSCHER, *Methoden des Rechts*, 1975-1977.

léxico franco-normando⁴. Así, por no citar más ejemplos, desaparece el adjetivo jurídico, inexistente en inglés, sustituido por el de «legal», que en Europa continental tiene otro sentido más restringido. De esta suerte los tan codiciados cursillos de *legal english* (por «inglés jurídico») no hacen sino empobrecer nuestro rico acervo idiomático en la esfera del Derecho⁵; así van proliferando expresiones tales como asesoramiento «legal», en lugar de asesoramiento jurídico. Incluso se llega a trascender el simple nominalismo, cuando se hace reiterada referencia a un supuesto *case law* obra de nuestra jurisprudencia.

De ser esto así, carecería de sentido tomar en consideración en nuestros días un sistema jurídico ajeno al patrón anglosajón; lo que pone de relieve la dificultad del ensayo propuesto.

II. ORIGEN DE LA DENOMINACIÓN: LA DICOTOMÍA CIVIL LAW/COMMON LAW

1. La denominación *civil law* resulta de la contraposición del régimen jurídico propio de la Europa continental, respecto del sistema jurídico angloamericano conocido como *common law*⁶; por lo que forma parte de la dicotomía en la que tradicionalmente se han venido dividiendo los ordenamientos jurídicos del mundo. Ello sin perjuicio de que a su vez estos últimos puedan agruparse en los denominados círculos jurídicos (*Rechtskreise*), cuestión irrelevante para nuestro propósito⁷.

Ahora bien; de ningún modo se debe pensar, que la denominación que nos ocupa sea de procedencia continental, a modo de rechazo o menosprecio de la cultura jurídica allende el Canal de la Mancha. Muy por el contrario, dicha expresión tiene su origen en los mismos juristas ingleses, a quienes tal concepto permite desa-

⁴ No otra es la causa de las malas traducciones del inglés a nuestra lengua, con la consiguiente secuela de barbarismos.

⁵ Puesto de manifiesto, singularmente, por Carlos MELÓN INFANTE, en su memorable traducción al español del BGB alemán, publicada en 1955, en el Apéndice del Tratado de Derecho Civil, de ENNECERUS/KIPP/WOLF, Bosch, Barcelona.

⁶ Compartimos a este respecto la idea básica expuesta por Ralf RAGOWSKI en su *Introduction* al volumen coordinado por él, titulado *Civil Law*, 1996, pp. XI y s. La afirmación realizada en el texto es compartida por Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, 1996, ix; conocida obra con la que me obsequió su autor. Tomando como referencia al Derecho inglés, igualmente, FIKENTSCHER (n. 2) II 1975, p. 4 y ss.

⁷ Al respecto, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2) p. 40 y s. La doctrina de los círculos jurídicos se desarrolla en dicha obra, p. 62 y ss.

Ejemplo del poco provecho que de tal clasificación cabe extraer en este lugar es, el de que lo que genéricamente denominamos ordenamientos continentales corresponde según esta teoría a diversos círculos. Así, el Derecho español se incluye en el círculo jurídico románico.

rollar una visión externa de su propio sistema. *Civil law* resulta así un término genérico que abarca el conjunto de propiedades específicas de las culturas jurídicas de la Europa continental y de otras partes del mundo, diferenciadas así de la inglesa como propia de los *civil law countries*⁸. Por añadidura, los propios ingleses sienten un orgullo poco disimulado por su *Common Law* como una conquista nacional autónoma⁹.

En consecuencia, es el contraste con el Common Law lo que confiere su significado al concepto de Civil Law, objeto de la presente reflexión; por lo que la referencia al Common Law resulta imprescindible, como a la inversa advirtieran los ingleses al vincular tales conceptos.

2. La contraposición de ambos sistemas revela la siguiente dualidad de caracteres distintivos: «El Common Law inglés se ha desarrollado de decisión en decisión mediante una paulatina tradición creciente: conforme a su origen histórico no es Derecho legal, sino Derecho de casos. Por el contrario, desde la recepción del Derecho romano en el continente la vía ha evolucionado de la interpretación del *Corpus Iuris justinianeum* a la normativa abstracta de los códigos nacionales. Así la ciencia del Common Law es en su origen forense, la continental escolástica. Los grandes juristas eran en Inglaterra jueces, en el continente, profesores. La interpretación averigua en el continente lo que la norma –también respecto de problemas imprevistos– quería establecer, la declaración de la ciencia jurídica en Inglaterra y Estados Unidos es una profecía de lo que el juez hará basándose en los precedentes. Es obvio que tales diferencias de estilo se proyectan en toda la vida jurídica. Aquí razonamiento abstracto en instituciones, allí razonamiento casuístico concreto, un pensamiento en relaciones (*Rights and duties*). Aquí durante largo tiempo la creencia en la ausencia de lagunas del sistema jurídico, allí el tanteo de sentencia en sentencia. Aquí predisposición al sistema por parte de la ciencia, allí profundo escepticismo contra cualquier generalización árida. Aquí operativa con conceptos, que frecuentemente despliegan una peligrosa vida propia, allí visiones simbólicas, etc.»¹⁰.

⁸ RAGOWSKI, *Introduction* (n. 5), p. XI. En el mismo sentido, ZIMMERMANN (n. 5), p. IX. Entre los mismos se hallan evidentemente los países de América Latina. Así BUCHER, *Zu Europa gehört auch Lateinamerika*, ZEuP (3/2004), p. 515 y ss.

⁹ Al decir de ZIMMERMANN, «El carácter europeo del Derecho inglés», en sus *Estudios de Derecho privado europeo*, cuidadosamente traducidos por VAQUER y editados por Civitas, 2000, p. 163 y n. 9; basándose en Georg W. KEETON.

El citado trabajo de ZIMMERMANN data de 1992.

¹⁰ Magistralmente, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 69. Destaca también la desconfianza hacia las generalizaciones, propia del pensamiento jurídico inglés, FIKENTSCHER (n. 5), p. 6.

En esta misma línea de pensamiento se ha destacado la diferencia entre los sistemas de referencia por lo que atañe al proceso de determinación de la regla aplicable (*Rechtsfindung*)¹¹.

III. LA DILUCIÓN DE LA DICOTOMÍA

1. Ocurre sin embargo que la distinción o dicotomía referida, otrora considerada una obviedad¹², ha sido difuminada, casi abandonada, por sectores autorizados de la moderna doctrina del Derecho comparado. Por ello resulta conveniente hacer referencia desde ahora a las corrientes adversas o ajenas a la contraposición: pues de otro modo podría pensarse que olvidamos el contexto científico planteando una cuestión simplemente anacrónica.

2. En efecto, en las últimas décadas del siglo xx, coetáneamente respecto del movimiento hacia la unificación jurídica emprendido por la Unión Europea¹³, se hace evidente en el plano doctrinal una tendencia que parece conllevar la superación y nivelación de las diferencias inherentes a la dicotomía señalada. Como exponentes destacados de la misma podemos señalar en forma resumida las obras del alemán Reinhard Zimmermann¹⁴, de una parte, y por otra, las labores del grupo de trabajo creado y presidido por el danés Ole Lando (Commission on European Contract Law CECL), y del que forma parte el primero de los citados, que culminan hasta 2008 con los «Principios de Derecho Contractual Europeo» (PECL)¹⁵. Simultáneamente, con participación destacada del citado erudito alemán, en 1993 inicia en Múnich su andadura científica la revista *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), cuya finalidad es la de fortalecer la conciencia de los elementos

¹¹ BLUMENWITZ, *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*, 4. Aufl., 1990, p. 2. Asimismo, FIKENTSCHER (n. 5), p. 4. Minuciosamente sobre la cuestión, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), § 18; sin embargo el grado de matización es tal que llega a oscurecer el pensamiento de los autores.

¹² De «tradicional abismo» habla VAQUER, en su Prólogo a los *Estudios de Derecho Europeo*, de ZIMMERMANN (n. 8), p. 16.

¹³ En mayo de 1989 el Parlamento Europeo aprobó en Estrasburgo un Acuerdo instando a iniciar los trabajos para la elaboración de un código civil europeo. A su vez, en el último número de la ZEuP, la Ministra alemana de Justicia, trata de las próximas etapas del «Derecho» (no código) civil europeo.

¹⁴ En sus ya citados, «The Law of Obligations (n. 5) Preface», y «Estudios de Derecho europeo» (n. 8), señaladamente, *El carácter europeo del Derecho inglés*, pp. 161 y ss, que se remonta a 1992.

¹⁵ Al respecto, LANDO, *My life as Lawyer*, ZEuP (3/2002), pp. 508 y ss. En dicho trabajo (520) refiere que los trabajos de la CECL se iniciaron en 1982.

Todavía el verano pasado ha publicado, a sus noventa años, «Conflicts Lawyers I Have Read and Met», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 75 (2011), pp. 485 y ss.

comunes europeos en el ámbito del Derecho privado, constituyendo al Derecho privado general en quicio y bisagra del renaciente ordenamiento jurídico europeo¹⁶.

En tal sentido, insiste esta corriente en la unidad básica de la tradición jurídica europea, fundándose en el hecho de que el patrimonio de origen romano constituido por el *ius commune* también se extendió a Inglaterra¹⁷. Ésta nunca habría permanecido, desde la invasión normanda, en completa incomunicación con la cultura jurídica continental; formando ambas una única y misma tradición, correspondiente al trasfondo de la civilización «occidental» común¹⁸.

3. Es desde esta perspectiva, marcadamente europeísta y por tanto tendencialmente unitaria, como se llega a hablar de que los sistemas jurídicos inglés, o incluso anglosajón, y continental tienden a una «convergencia gradual»; así como de que la dicotomía a la que nos venimos refiriendo resulta una «diferencia evanescente»¹⁹.

IV. CRÍTICA DE LA CORRIENTE UNITARIA

1. EL DERECHO COMPARADO

Pese a no constituir el objeto de un área de conocimiento específica, hemos de referirnos al Derecho comparado, porque es dentro de su ámbito donde surgen tanto la dicotomía de constante referencia, como su puesta en cuestión.

a) La comparación jurídica resulta de someter a una observación simultánea a diversos ordenamientos jurídicos del mundo; ya que es «lo supranacional» lo que distingue a la comparación de que se trata, respecto de la mera puesta en relación de normas del ordenamiento nacional, que corresponde a la labor diaria de cualquier jurista²⁰. De este modo cabe establecer por contraste las relaciones de proximidad o de lejanía entre dichos ordenamientos, incluyendo la influencia entre los mismos en el caso de una relación de filia-

¹⁶ Según el Editorial que encabeza el cuaderno inaugural de la revista, p. 2.

Personalmente tuve el honor de ostentar el título de editor correspondiente de la ZEuP durante alrededor de quince años.

¹⁷ A este respecto destaca ZIMMERMANN la considerable influencia que a través de los siglos ejerció el Derecho romano sobre el Derecho y la jurisprudencia ingleses (n. 5, p. XI).

¹⁸ ZIMMERMANN, «The Law of Obligations» (n. 5), pp. IX-XI; «Estudios» (n. 8); «El legado de Savigny» (1995), p. 39; *ob. cit.*, *El carácter europeo del Derecho Inglés*, pp. 167-183 y 228.

¹⁹ Expresiones de sendos autores ingleses, recogidas por ZIMMERMANN, *El legado de Savigny* (n. 17), p. 41. En la convergencia gradual de ambos sistemas coinciden asimismo ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

²⁰ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 2.

ción. Esto último ocurre con el influjo ejercido por la codificación francesa de principios del siglo XIX sobre los códigos de Derecho privado españoles.

Habida cuenta de la amplitud de la comparación que nos ocupa, a saber, de sistemas jurídicos completos, incluidos el método de interpretación del ordenamiento, el significado de la doctrina para el desarrollo del Derecho, la función de los jueces al «decir» el Derecho (*Rechtssprechung*, jurisprudencia), la orientación del aprendizaje del Derecho etc., corresponde nuestro estudio a la denominada macrocomparación²¹.

b) Especialmente propicio a la comparación jurídica, como la práctica muestra, resulta el ámbito del Derecho privado; en buena medida por el predominio en el mismo de la autonomía de la voluntad, inexistente en el Derecho público, por razón de la atención que éste debe prestar a la defensa de los intereses del Estado, en detrimento del derecho a la libre decisión de los individuos.

En nuestra Universidad, en parte por la internacionalidad característica del comercio, ha sido particularmente utilizada la comparación con ordenamientos extranjeros en el área del Derecho mercantil. Las sendas abiertas al respecto por figuras como Joaquín Garrigues y José Girón han marcado profundamente a las generaciones siguientes de estudiosos españoles del Derecho mercantil, hasta el punto de convertirse la comparación jurídica en un ejercicio de análisis obligado. Con todo, es la insatisfacción con la inmovilidad legislativa de nuestro Código de Comercio, lo que principalmente movería a dichos Maestros a buscar en el Derecho comparado nuevos horizontes a fin de reorientar la perspectiva de dicho cuerpo legal. Merced a esa ampliación del campo visual, aplicada al Derecho de sociedades, es como se explica la memorable regeneración de la dogmática de la sociedad civil, realizada por Cándido Paz-Ares en 1991²², con ocasión del centenario de un Código Civil, tan ausente de sus reflexiones en las corrientes autonomistas del Derecho mercantil.

También el Derecho internacional privado, por su finalidad de dar solución a los conflictos de leyes aplicables, resulta sustancialmente predispuerto a la comparación jurídica²³.

²¹ Sobre el significado de la expresión, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 4.

²² Comentario del Código Civil, tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, artículos 1665 y siguientes.

²³ Tampoco en el terreno de nuestro Derecho civil han faltado estudios comparativos relevantes. Así ASUA, *La culpa in contrahendo* (Tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos), 1989. Más recientemente, VAQUER, *Verwirkung versus Laches: A Tale of Two Legal Transplants*, *Tulane Civil & European Law Forum* 21 (2006) pp. 53 y ss.; ID, «Farewell to Windscheid?», *European Review of Private Law* 4-2009, pp. 487 y ss.; ID.

c) No es de extrañar, adicionalmente, que en las disciplinas históricas, haya existido una atracción hacia la comparación jurídica. El Derecho romano, disciplina histórica por antonomasia²⁴, cultiva el estudio de otra época. De ahí a extender su análisis a los ordenamientos de otras tierras, no hay más que un paso, al que ayuda la vigencia alcanzada por el denominado *ius commune* en la Europa anterior a la codificación. Esto explica la actitud de Reinhard Zimmermann al proponer la combinación de la ciencia jurídica histórica con el Derecho comparado, calificada de Derecho comparado «retrospectivo»²⁵.

d) El Derecho comparado, en fin, facilita ciertamente el mejor conocimiento de ordenamientos e incluso de sistemas jurídicos distintos; pero por si solo no conduce a la unidad de estos últimos, como daba a entender la expresión de «*droit commun de l'humanité*» utilizada en 1900 por Édouard Lambert²⁶.

2. LOS LÍMITES DE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO ROMANO EN INGLATERRA

En buena medida la superación de la diferenciación tradicional de los sistemas jurídicos en Europa se atribuye a la recepción del Derecho romano en Inglaterra (*supra*, III, 2). Sin embargo esta afirmación no puede ser compartida, ya que se basa en una errónea valoración de la recepción justiniana en Inglaterra y en el Continente.

a) Ante todo, la recepción del Derecho romano no presenta en Inglaterra el alcance e intensidad que en el continente. En dicho país no se llegó en momento alguno a una recepción amplia o de conjunto²⁷. El Common Law solo fue rozado en su periferia por el Derecho romano²⁸.

Lo anterior explica la razón de que el propio Zimmermann se sintiese impulsado a difundir a fines del siglo XX su *Law of Obligations (Roman Foundations of the Civilian Tradition)* en el ámbito del Common Law, o países de cultura jurídica inglesa. Con lo que daba a entender que la recepción del Derecho romano no había

²⁴ Como reconocía, en su tiempo, ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, I, 6.^a ed. 1954, p. 8.

²⁵ *El legado de Savigny* (n. 17), pp. 60 y ss.; así como, p. 61 n. 165.

²⁶ Con ocasión de la Exposición Universal de París (ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 2 y s.). En el «réseau» de Erasmus Édouard Lambert, con sede en Lyon, tuve oportunidad de representar a mi Facultad donostiarra durante años.

²⁷ Terminantemente, ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 191 y s. Asimismo, ZIMMERMAN (n. 17) p. 38.

²⁸ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 178.

sido completa en la Commonwealth, o que no dio lugar a una misma *civilian tradition*. Dicho libro, aparte de su exquisita erudición, no habría presentado el mismo interés en Italia, España o Méjico, pongamos por caso.

b) Muestra adicional de la tenue acogida que Inglaterra dispuso al Derecho romano es la peculiar configuración de la idea de Derecho en dicho país. En tanto que en el continente europeo la recepción del *Corpus iuris civilis* desemboca en un pensamiento jurídico de índole abstracta o general, los mentores del pensamiento inglés, como ya hemos advertido, son extremadamente recelosos respecto de las formulaciones generales de la doctrina y la legislación imperantes en la Europa continental.

Ello es muestra evidente de la falta de engarce del mundo jurídico anglosajón con la denominada *civilian tradition*. El primero no se ve afectado en la manifestación del Derecho por el racionalismo y el iusnaturalismo propios de la Ilustración, como sucediera en el continente europeo.

c) La instalación de los normandos en Inglaterra (Hastings, 1066) no puede ser estimada como un factor de europeización del Derecho anglosajón²⁹. Una cosa es la latinización de la primitiva lengua inglesa, que dejó de constituir una lengua sintética germánica y se acercó al francés, y otra que el Derecho inglés discurriera a partir de entonces por rutas más europeas, si se prescinde de la evolución hacia una sociedad feudal³⁰. Por el contrario, dentro de esta evolución se gestó la orientación judicialista del sistema jurídico inglés³¹; por lo que con razón se ha afirmado, que la conquista de los normandos hizo que Inglaterra tomase un camino totalmente distinto, en sentido metodológico, que el continente³². Dicho proceso resultó reforzado en la época de la dinastía Tudor (1485-1603), durante la que la enseñanza del Derecho se reorienta hacia la formación de las profesiones judiciales y forenses a través de las asociaciones gremiales de juristas (*Inns of Court* u «hospederías forenses») similares a los modernos colegios de abogados, prevaleciendo sobre la educación académica³³.

La invasión normanda coincide en el tiempo con el hallazgo en Italia de las fuentes escritas justinianas (*Corpus iuris civilis*)³⁴. Pero paradójicamente, el sesgo imprimido por la evolución señalada a las

²⁹ Así sin embargo ZIMMERMANN (n. 13), p. 168 y s.

³⁰ Como señalan ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 178 y s.

³¹ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), pp. 179 y ss.

³² FIKENTSCHER (nn. 2 y 5), pp. 4 y ss., donde trata de las «particularidades inglesas».

³³ ROGOWSKI (n. 5), p. XII.

³⁴ Al mismo hace referencia KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 2. Aufl. 1967, p. 274, como renacimiento de una ciencia jurídica creativa.

fuentes, y por tanto bases, del sistema jurídico, acentuó las limitaciones de Inglaterra a toda posible recepción del Derecho romano como sistema compacto, como sucedería en el continente³⁵.

3. LOS PRETENDIDOS FACTORES DE CONVERGENCIA DE LA CORRIENTE UNITARIA

a) La unificación en el ámbito de la Unión Europea ha generado en los últimos lustros un poderoso argumento en sentido centrípeto, que haría desvanecer cualquier diferencia en lo jurídico entre Inglaterra y el continente europeo, miembros todos, al fin y al cabo, de la Unión. A ello hemos aludido ya antes (III 2). Los hechos, sin embargo, se hallan lejos de confirmar una hipótesis tan optimista, reduciéndola a mera ilusión.

Así, ya en 1993 se advertía en ocasión señalada, por persona autorizada, que «aunque se ha avanzado claramente en materia de armonización de los derechos nacionales, en sociedades y protección de los consumidores así como en algunas otras materias especiales, los resultados son muy escasos en lo que se refiere a un Derecho privado europeo directamente aplicable en los países miembros». Y añade, «Si medimos estos resultados en relación con las normas de Derecho privado de origen nacional, el resultado son algunas *islas europeas* en medio de divergentes *mares nacionales*» (la cursiva es nuestra)³⁶.

Por la misma época se señala desde el ámbito del Derecho comparado en referencia a la iniciativa unitaria del parlamento europeo de 1989 ya mencionada, que puede dudarse de si existe en los países europeos la voluntad política a favor de dicha empresa; no siendo imaginable un código civil europeo³⁷.

Finalmente, los resultados de dicha marcha hacia la unidad son cada vez más reducidos –menos macrojurídicos– y concretos, como muestra la reciente normativa sobre la ignición de los cigarrillos fabricados en Europa (Comunicación de la Comisión Europea del 14 de noviembre de 2011).

b) Según la corriente unitaria la formulación escrita del Derecho deja de ser la fuente principal del ordenamiento de Europa continental, siendo cada vez más utilizada en el ámbito jurídico angloamericano³⁸.

³⁵ Más terminantemente, BLUMENWITZ (n. 10), p. 5.

³⁶ Discurso de investidura de Peter ULMER, como doctor «honoris causa» por la Universidad Autónoma de Madrid (RDM 209, 1011).

³⁷ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 30.

³⁸ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

Frente a ello debemos afirmar, que nunca el Derecho angloamericano conoce la importancia del Derecho escrito, en una proporción similar a la que registra el continente. En la órbita del primero la legislación juega un papel relativamente auxiliar para el *case law* desarrollado por los tribunales. Tanto el Uniform Commercial Code norteamericano³⁹, como la Sale of Goods Act inglesa de 1979, constituyen más bien excepciones que confirman la regla enunciada.

La diferencia puede apreciarse particularmente en lo relativo al Derecho de la Competencia. Así la Sherman Act de 1890 habilita a los jueces americanos a sancionar el ilícito concurrencial definido en el § 1, quienes en 1911 decidieron por su parte que el precepto se halla sometido a la *rule of reason*⁴⁰. Por consiguiente, la labor judicial es esencial, tanto como el propio precepto legal. Por el contrario, el Derecho alemán contiene todo el presupuesto, así como sus excepciones, en la fuente exclusivamente legal constituida por la GWB (última modificación –*Kartellnovelle*– de 2005). De igual modo el Derecho comunitario de la competencia se halla contenido en fuentes escritas, formadas por el Derecho originario y el derivado.

Finalmente, ningún país del ámbito del Common Law posee, ni aspira, a tener una obra codificadora sistemática de la magnitud del Código Civil del Brasil de 2001 o del Burgerlijk Wetboek holandés, cuyos trabajos de culminación prosiguen todavía.

c) Correlativamente al argumento examinado, insisten los adeptos a la corriente unitaria en una supuesta preponderancia adquirida por la labor judicial en detrimento de la norma escrita, en lo que respecta al Derecho continental⁴¹. El BGB alemán aparece hoy, según esta corriente de pensamiento, envuelto en una gruesa capa de jurisprudencia⁴². Con lo que se insinúa que, en la realidad actual, el Civil Law se va convirtiendo en un *case law* o Derecho de impronta judicial.

Tampoco tal afirmación resulta admisible, puesto que entraña un error de concepción sobre el significado del precedente en los ordenamientos continentales. Por el contrario, según precisa un parecer particularmente autorizado, los Tribunales no se hallan vinculados al precedente, según nuestra concepción del Derecho, de la misma forma que a una ley. No es el precedente como tal el

³⁹ Al respecto, EIZAGUIRRE, *Derecho de los títulos-valores*, 2003, pp. 15 y ss. Como en dicho lugar se indica, el UCC no constituye siquiera una ley federal, aunque llamativamente alcance en su redacción un grado de abstracción desconocido en el Derecho continental.

⁴⁰ Más detalle en EIZAGUIRRE, *Derecho mercantil*, 5.ª ed., 2008, pp. 336 y s.

⁴¹ ZWEIGERT/KÖTZ (n. 2), p. 265.

⁴² ZIMMERMANN, El legado de Savigny (n.17), p. 41.

que vincula, sino solamente la norma, concretizada y correctamente interpretado por aquél⁴³.

Este último postulado resulta perfectamente sustentado por el ordenamiento español, prototipo de sistema de Civil Law. Ante todo por lo que respecta al precedente, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, en su apartado XIV señala tajantemente: «En un sistema jurídico como el nuestro, en el que el precedente carece de fuerza vinculante –solo atribuida a la ley y a las demás fuentes del Derecho objetivo–...». Consiguientemente establece el artículo 477 I LEC: «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso». Todo ello concuerda, obvio es decirlo, con lo dispuesto en relación con las fuentes del Derecho en el artículo 1.º CC, señaladamente tras la reforma de 1974.

Para concluir este epígrafe no está de sobra referirse a la cuestión relativa a la interpretación de las normas «según la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» (art. 3.º I CC). Este criterio ha sido utilizado por políticos y difundido por los medios de comunicación, como auténtico justificante de los más variados desmanes en el universo jurídico y político. En concreto, en lo que aquí nos atañe, constituiría aquél una prueba más del arbitrio, del que también en nuestro ordenamiento gozarían los jueces; de lo que resultaría un adicional factor de convergencia entre los sistemas de Civil Law y Common Law.

Sin perjuicio de que en ocasión señalada se advirtiera de que el juez, perito exclusivamente en Derecho y funcionario no elegido, carece de legitimación científica o democrática para adoptar decisiones autónomas como si fuera un auténtico legislador⁴⁴, la más reciente jurisprudencia (TS 4 de julio de 2011)⁴⁵ reconoce la sumisión de nuestros jueces a los mandatos del legislador, a despecho del artículo 3.º I CC. Así en un caso sobre resolución de la compraventa de inmuebles, en el que el recurrente pretendía la equiparación de la comunicación por burofax a las modalidades de requerimiento previstas en el artículo 1504 CC, el pleno del Tribunal Supremo, mantiene la exclusividad de las modalidades establecidas en el precepto señalado; rechazando la eficacia del burofax solicitada al amparo del artículo 3.º I CC, so pretexto de tratarse de medio desconocido en la época de promulgación del Código Civil. A tal fin rectifica la dirección seguida por la anterior TS 17 de julio

⁴³ LARENZ/CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl. 1995, p. 254.

⁴⁴ Salvador CODERCH, *Comentario del Código Civil*, tomo I, Ministerio de Justicia, 1991, artículo 3.º I, p. 25.

⁴⁵ Diario *La Ley* n.º 7707.

de 2009, para lo que aduce que «el legislador ha tenido oportunidad de mitigar el rigor del precepto y no lo ha hecho».

V. EPÍLOGO: LA VIGENCIA DEL CIVIL LAW

1. De cuanto antecede se desprende, que la corriente unitaria o convergente limita su visión al Derecho sustantivo o material. Por tal razón descuida los básicos aspectos divergentes que atañen a la formulación y manifestación del Derecho en cada sistema comparado, esto es, al cómo se dice, por encima del qué se dice; al método de aplicación del Derecho, y a la enseñanza del Derecho; que son los criterios relevantes de la distinción.

2. La consecuencia es que la diversidad entre Civil Law y Common Law persiste y persistirá siempre⁴⁶, con independencia del grado de convergencia que pueda alcanzar la labor de unificación jurídica dentro de la Unión Europea. Civil Law es una categoría del pensamiento jurídico distinta y distante en sus rasgos caracterizadores, de la correlativa Common Law; sin perjuicio de los puentes que se puedan tender para su comprensión recíproca.

En lo que a nosotros atañe diremos, que Civil Law es una categoría que resume la preferencia de la ley escrita reconocida en el ordenamiento español.

De ello resultan las siguientes conclusiones:

a) La superioridad innegable del sistema de Civil Law⁴⁷. La fuente escrita permite una aplicación del Derecho más sencilla y racional; lo que confiere a los ordenamientos de este sistema un grado de certeza y seguridad jurídicas mucho más elevado que el propio del sistema angloamericano. Operar con precedentes, se ha dicho, resulta más una habilidad que una ciencia a la que se acceda a través de un manual teórico⁴⁸. A la postre, el sistema de Common Law presenta unos costes más elevados de predicción de la solución del caso para los operadores jurídicos, requiriendo un número ilimitado de «legal opinions».

Lo anterior presupone un esmero en la tarea legislativa de formulación y revisión del ordenamiento, que no siempre se ha dado en España.

⁴⁶ Conclusión a la que llega también ROGOWSKI (n. 5), p. XIX. Este es también el principal postulado de la extensa contribución del helvético Eugen BUCHER, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, ZEuP 3/2000, p. 402.

⁴⁷ Señala con acierto BUCHER (n. 45), p. 409, n. 16, que la «political correctness» impide demasiado a menudo llamar las cosas por su nombre.

⁴⁸ BLUMENWITZ (n. 10), p. 29.

b) El Civil Law impone, a su vez, una particular disciplina a la doctrina o ciencia jurídica, en su función de orientar la aplicación del Derecho y, en su caso, de proponer la modificación de la herramienta legal.

Tan elemental consideración no resulta obvia en la doctrina mercantil española. Ésta se halla sometida a la Ley y no al revés. En nuestra literatura se ha confundido demasiado la interpretación y la dogmática («qué es el Derecho mercantil»), con la política jurídica («qué debería ser el Derecho mercantil»); sin distinguir suficientemente la interpretación de *lege lata* y la propuesta de *lege ferenda*. De esta suerte se elaboran los fundamentos de la disciplina («empresa y empresario») con notable desventura respecto de la normativa codificada («comerciante y actos de comercio»). La falta de concordancia se elimina acudiendo a los «atajos» extraídos del artículo 3.º I CC.

De ello se resiente la labor legislativa. Sea en 1989, injertando el término empresario en el Código de Comercio, dejando intacto el frontispicio del Libro I. O en 2003, al crear los «Juzgados de lo mercantil» con unos criterios extraños a cualquier lógica civil o mercantil⁴⁹. Al propio tiempo se desorienta a la jurisprudencia, confrontada a posturas que se desentienden de los dictados de las bases normativas, descalificadas como obsoletas.

c) Finalmente, la diferencia de la enseñanza del Derecho en el área del Civil Law, respecto de los países del Comon Law, tiene su fiel reflejo en la Universidad. El programa ERASMUS puso de manifiesto, a despecho de redes europeístas bienintencionadas, —al menos por lo que se refiere a mi Facultad de Derecho donostiarra—, que frente a masas de estudiantes italianos, y bastantes portugueses, franceses y alemanes, pero también holandeses y polacos, no aparecía un solo inglés por las aulas.

Sin embargo, el Decreto 1399/2007 ha pretendido adecuar los estudios superiores en España a una declaración de buenas intenciones europeas, revestida del mágico nombre de «Bolonia». Pero para ello se introdujeron métodos de enseñanza ingleses y calificaciones exóticas («grado» por licenciatura, «máster», etc.). El resultado, por lo que al Derecho se refiere, se traduce en una desorientación de los docentes, en cuanto a su tarea, y una disminución sensible de los conocimientos de los flamantes graduados.

⁴⁹ Desde la doctrina procesal advirtió frente al Proyecto del Gobierno, Ignacio Díez-PICAZO, *La inconveniencia de los Juzgados de lo Mercantil*, Tribunales de Justicia, agosto-septiembre de 2002. Nosotros lo hicimos en EIZAGUIRRE, «Los Juzgados de lo Mercantil: Un atentado contra la seguridad jurídica», *La Ley*, 5 de noviembre de 2002.