

Algunas observaciones al sistema externo del Proyecto de código civil de la Universidad Nacional y especialmente de su parte general

Por: Juan Felipe Navia Revollo^{1 2 3}

El proyecto de Código civil presentado a la comunidad jurídica del país representa, desde el punto de vista de su sistema externo, es decir, de la manera como se encuentran organizadas y repartidas las distintas materias, o mejor, el material normativo⁴, una ruptura total con el sistema externo del Código civil vigente. El proyecto retoma, con dos puntuales modificaciones, la sistemática general del BGB o Código civil alemán. Como el modelo utilizado, se introduce en el proyecto como libro primero una parte general. Esta se hace seguir de otros cinco libros contentivos, respectivamente, del derecho de bienes, del derecho de obligaciones, del derecho de los contratos, del derecho de familia y del derecho de sucesiones. A diferencia del modelo alemán, que hace del derecho de obligaciones la materia de su segundo libro, para regular en el siguiente libro el derecho de bienes, se

antepone en el proyecto el libro relativo a los bienes, al relativo a las obligaciones. También a diferencia del modelo alemán, se incluye un libro independiente sobre los contratos, que sigue inmediatamente al libro 3 sobre las obligaciones. En la colocación del derecho de familia y del de sucesiones como objetos de los dos últimos libros, vuelve a coincidir el proyecto con el modelo alemán.

No puede esta organización sistemática diferir más de la del código actual. Se basa ésta en el sistema de las Institutas de Gayo y de Justiniano⁵, es decir un sistema, que, con las modificaciones provenientes de la desaparición de las acciones, parte de la regulación del derecho de personas, sigue con la del derecho de cosas, la del derecho de las sucesiones y culmina con la del derecho de los contratos⁶.

¹ Docente investigador del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en el texto son del autor y no pretenden reflejar ninguna posición institucional.

² Para citar el artículo: Navia Revollo, Juan Felipe. "Algunas observaciones al sistema externo del Proyecto de código civil de la Universidad Nacional y especialmente de su parte general", en *Observatorio de Derecho Privado Fernando Hinestrosa (PrivEx)*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, n.º 16, septiembre de 2026, disponible en: <https://observatoriorederechoprivado.uexternado.edu.co/>.

³ El presente escrito constituye un mero "working paper", un esbozo esquemático de ideas que hacen parte de y se desarrollan detalladamente en un estudio actualmente en proceso de investigación y escritura. Conforme a esa naturaleza, las referencias bibliográficas se han reducido a lo esencial, y no representan la totalidad de la bibliografía del estudio final.

⁴ Sin pretensiones de exhaustividad, véase para el concepto de "sistema externo" la clásica definición de Philipp Heck, uno de los popularizadores del concepto en la ciencia jurídica alemana Heck, Philipp, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen 1932, 139 y ss. especialmente 142-143. Añádase Canaris, Claus-Wilhelm, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. Aufl., Berlin 1983, 19; Engisch, Karl, "Sinn und Tragweite juristischer

Systematik", *Bockelmann/Kaufmann/Klug (Hrsg.), Beiträge zur Rechtstheorie*, Frankfurt a.M. 1984, 103 y ss.; Bydinski, Franz, *System und Prinzipien des Privatrechts*, Wien/New York 1996, 4; Larenz, Karl/Canaris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1995, 103-104. En literatura reciente, véase Gokel, Julia Maria, *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin 2014, 43-44, especialmente pie de página 103.

⁵ Cfr. Guzmán Brito, Alejandro, *Historia de la codificación civil en Iberoamérica*, Cizur Menor 2006, 241 ss.; Brito Alejandro Guzmán, "La sistemática del "Código civil" de Andrés Bello", *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, Bogotá, 2009, 37 ss. especialmente 49-53; Guzmán Brito, Alejandro, "La formación del sistema general del "Código civil" de Chile y los sistemas de los códigos existentes hacia 1852", *Estudios de historia dogmática y sistemática sobre el Código civil chileno-colombiano*, Bogotá 2009, 59 ss. especialmente 75-82.

⁶ Para el sistema de institutas (gayano) cfr. Meder, Stephan, *Rechtsgeschichte Eine Einführung*, 5. Aufl., Köln, Weimar, Wien 2014, 84, 109; Kaser, Max y Knütel, Rolf, *Römisches Privatrecht*, 17. Aufl., München 2003, § 2, N. 27, 33-34; Gaudemet, Jean, "Tentatives de systématisation du droit à Rome", *Archives du Philosophie du Droit. Le système juridique*, Bd. 31, Paris 1986, 21.

La ruptura con el sistema externo del código vigente es, adicionalmente, una ruptura con una tradición jurídica centenaria. La filosofía que subyace a los sistemas basados en el modelo de las Institutas parte del reconocimiento de que hay sujetos de derechos y objetos de esos derechos. Consecuentemente con esa idea, la tarea de regulación parte, permítase la redundancia, de regular al sujeto en sí, y en sus relaciones con otros sujetos, es decir, en su contexto vital. Por tal razón, se regula en el derecho de personas conjuntamente el derecho de familia. A ese derecho de las personas sigue la regulación de los objetos, que se piensan en función del sujeto: De las cosas corporales, en primer lugar, lo cual corresponde a nuestro derecho de bienes, y de las incorporeales, en segundo lugar, que equivalen a nuestro derecho de obligaciones. La ruptura con la tradición de las institutas lo es, por lo demás, con un modelo de organización del derecho, que no sólo rige entre nosotros desde la entrada en vigencia del Código civil chileno, primero en los estados federales, bajo el federalismo, y luego a nivel nacional, con la adopción de la República unitaria⁷, sino que era también el modelo de enseñanza del derecho antes de la codificación e incluso en la colonia. La aprobación del nuevo proyecto implicaría para el intérprete jurídico promedio colombiano, a no dudarlo, dificultades provenientes de enfrentarlo a una forma de organizar el derecho que le es completamente desconocida.

Con la escogencia del modelo del BGB en el proyecto, se adhiere a una tradición ajena a la nuestra, en varios sentidos. Por un lado, se trata en el sistema externo general del BGB de una forma de estructuración en que convergen influjos de la pandectística y de la escuela del derecho natural alemana (por no mencionar influjos puntuales de la filosofía del idealismo), es decir, de corrientes de pensamiento jurídico ajenas a nuestra tradición. En esa tradición es específicamente de origen pandectista la idea de una parte general, es decir, de un libro introductorio, en que, con alto grado de abstracción y generalidad, se incluyen todas aquellas normas que habrán de ser aplicadas al momento de aplicar las normas de los libros especiales posteriores. A la escuela del derecho natural se debe, específicamente, la idea de

desvincular a la persona del derecho de familia y la colocación de este derecho junto con el de sucesiones al final de la codificación. La adhesión a esta nueva tradición es particularmente problemática, porque, por una parte, no existe una conexión con las fuentes de esa tradición y las posibilidades de establecerla son, desde un punto de vista realista, escasas, si se tiene en cuenta tan solo las dificultades provenientes del lenguaje alemán.

Por otra parte, porque se ha optado por un modelo de codificación que proviene de la ciencia jurídica alemana, tal como esta era entendida en el siglo 19, valga decir, antes de los profundos cambios metodológicos introducidos por la jurisprudencia de intereses, en primer lugar, por el movimiento del derecho libre, en segundo lugar, pero en menor grado, y por la jurisprudencia de valores imperante desde la posguerra. Por tal razón, de manera consecuente con ese origen, el codificador alemán partió conscientemente de la base de que estaba codificando un derecho para o de juristas (*Juristenrecht*), un derecho pensado, no en función del ciudadano como destinatario, cuya conducta se aspira a dirigir por medio de la norma, sino de los operadores jurídicos, es decir, gentes expertas, formadas largos años en facultades de derecho. Por este aspecto se presenta nuevamente otra ruptura con nuestra tradición, pues es posible afirmar que, en cierta medida, el Código civil chileno se inserta en la tradición de los Códigos de la ilustración, que, a diferencia del BGB, pretendían ser Códigos para el ciudadano, para que el ciudadano rigiera su conducta, razón por la cual renunciaban a la excesiva inclusión de estructuras dogmáticas abstractas en el código, y empleaban un lenguaje que, tal la aspiración, fuera comprensible para el ciudadano promedio.

Si optaron los redactores del proyecto de Código civil por el sistema externo de origen pandectista del BGB, ha de suponerse que lo hicieron estimando que representa una mejor forma de sistematización que la del modelo de las Instituciones. A este respecto cabe mencionar como las cualidades de un sistema se miden, por un lado, por su completitud. El Sistema debe comprender la totalidad de los fenómenos a sistematizar y hacerlo de una manera coherente. La coherencia de la sistematización depende,

⁷ Para la historia de la adopción del Código civil chileno en Colombia véase Mayorga García, Fernando, "Pervivencia del Derecho Español durante el siglo XIX y proceso de Codificación Civil en Colombia", *Revista Chilena de Historia del Derecho* 14 (1991), 291

especialmente 299-310; Hinestrosa, Fernando, "El Código Civil de Bello en Colombia", *Revista de Derecho Privado* 10 (2006), 5 especialmente 7-9.

a su vez, de la adhesión a una idea dominante que guíe toda la sistematización y a la no introducción de criterios aleatorios que rompan la unidad sistematizadora. La coherencia y completitud se traducen entonces en claridad y facilidad para localizar los elementos componentes dentro del sistema, así como para apereibir sin mayores esfuerzos las relaciones que los vinculan con los otros elementos. Precisamente haciendo énfasis en las cualidades que ha de tener un sistema, Ernst Zitelmann, sabio profesor de la Universidad de Bonn a la vuelta del siglo 19 y principios del siglo 20, analizando el sistema del proyecto de BGB, en un artículo del año 1890 ponía de presente cómo dicho sistema no cumplía con el requisito fundamental de obedecer enteramente a una misma idea dominante. En particular, señaló Zitelmann cómo mientras la sistematización de los libros relativos a derecho de bienes y a derecho de obligaciones, es decir, los libros 3 y 2 del BGB, obedecían a la idea de efecto jurídico, o mejor, de regulación de efectos jurídicos (relaciones de obligación, por un lado, y derechos reales, por el otro), la idea subyacente a la sistematización de los dos últimos libros del BGB había sido la de regular supuestos de hecho, es decir, situaciones vitales originadoras de relaciones jurídicas. Zitelmann acuñó, para describir este defecto en la sistematización del BGB, el término *Kreuzerteilung*, distribución cruzada o en forma de cruz, en traducción literal. Bajo esta perspectiva, cabría preguntarse qué ventajas reales esperan obtener los redactores del proyecto de la adopción de una sistematización en que la unidad de pensamiento rector ha sido puesta en duda con argumentos plausibles.

Independientemente de esta ruptura operada en el proyecto, sin duda es la inclusión de una parte general, a semejanza de la parte general del BGB, la que constituye el cambio más radical con nuestra codificación civil vigente, y también, hay que decirlo, el más peligroso para la recta aplicación del derecho en el país, para la seguridad y la paz jurídicas.

La parte general constituye, como ya se indicó, un producto de la pandectística, en que confluyen influjos de la filosofía del idealismo alemán, y muy particularmente de Kant y Schelling, así como ideas provenientes de las ciencias matemáticas de los siglos 18 y 17. No viene al caso aquí entrar en pormenores históricos sobre la suerte de la parte general en los libros de pandectas a lo largo

del siglo XIX, ni en los movimientos codificadores al interior de Alemania antes de 1871. Lo que sí ha de resaltarse es la filosofía subyacente al sistema de la parte general: En ella se pretende regular, de la manera más general y abstracta posible, instituciones jurídicas que han de aplicarse posteriormente al momento de –valga la redundancia– aplicar cada una de las normas particulares de las partes especiales. Se trata, y aquí se hace patente el influjo proveniente de las ciencias matemáticas, de una suerte de factor. Teniendo en cuenta esta idea subyacente, Gustav Boehmer acuñó en la primera mitad del siglo 20 la expresión “poner antes del paréntesis” (*Einklammerung, vor die Klammer ziehen*) para ilustrar la esencia del método de la parte general: a la manera de una ecuación, la parte general viene a ser el factor que se coloca antes del paréntesis, siendo las normas de las partes generales las que constituyen el contenido del paréntesis.

La idea central de la parte general tiene hondas consecuencias metodológicas. Para el operador jurídico comporta dicha parte general una obligación de solucionar los casos concretos haciendo una comprobación, tanto de la normativa aplicable de las partes especiales, como de la eventualmente aplicable de la parte general. Esto no solamente implica un mayor nivel de análisis, y consecuentemente de esfuerzo en términos interpretativos y de tiempo, sino también el uso de herramientas metodológicas afinadas, con el fin de llegar a una correcta aplicación de la ley. Directamente proporcional a ese doble esfuerzo interpretativo es el incremento de probabilidades de interpretaciones desatinadas. A diferencia de lo que pudiera pensarse a primera vista, la resolución del caso en concreto en un sistema con parte general no parte de las normas de esta última, para proseguir después a las de las partes especiales. El procedimiento es, por el contrario, el inverso. La problemática que de allí resulta en la solución de los casos concretos, es decir, omitir elementos relevantes tanto de la parte especial, como de la general, es ilustrada de la siguiente manera por Petersen:

El arte consiste, entonces, en comprobar por su orden la aplicación de lo especial, para finalmente llegar a lo general. Por ello es indispensable hacer conciencia de dónde se encuentran los puntos de contacto entre lo general y lo especial. Pues sólo así puede evitarse omisiones graves en casos determinados. De lo

contrario existe el peligro de que, en supuestos casos especiales, toda una dimensión completa, esto es, la de la parte general, se pase por alto^{8 9}

De cara a esta dificultad, habrá de tenerse en cuenta en el debate que se ha abierto para discutir el proyecto, si se es consciente de la dimensión del cambio metodológico que se está por introducir, si el operador jurídico colombiano, formado y ejercitado en un sistema completamente distinto, está preparado, sin más, para dominar los desafíos que el nuevo método plantea y si, en vista de esos desafíos, son de esperar, a lo menos en el corto plazo, resultados auspiciosos, especialmente desde la perspectiva de la praxis judicial.

Una cosa sí debería tenerse por segura: si se aprobara el cambio de sistema que se propone, los riesgos intrínsecos que él conlleva para la estabilidad y claridad de dicha praxis judicial, para la seguridad jurídica en general y para la paz social, deberían conducir a la provisión y financiamiento de mecanismos de formación continuada necesarios para preparar a los operadores jurídicos en el nuevo sistema. Es dado dudar, con todo, que tales mecanismos eviten dichos riesgos o, peor aún, que los mitiguen siquiera. Las universidades, por su parte, habrán de estructurar y ofrecer ofertas formativas enfocadas a los miles de juristas formados en el antiguo sistema, no sin antes haber provisto lo necesario, para la “formación continuada” de su personal académico en el nuevo sistema.

Desde el punto de vista metodológico, existe una segunda profunda consecuencia de la adopción de una parte general. Recientemente ha sido puesto de presente por el profesor Christian Baldus, de la Universidad de Heidelberg, cómo el método típico del jurista que proviene de un sistema sin tradición de parte general para suplir lagunas consiste en la analogía *legis*. Teniendo en cuenta la *ratio legis* de una normativa determinada, y habida consideración de las peculiaridades y naturaleza de una situación particular no regulada expresamente, el jurista de ese sistema concluye, si el caso lo permite, en la

aplicación de la norma existente a dicha situación. Por otra parte, no es improbable en un sistema como el nuestro, que un operador jurídico deba recurrir al principio hermenéutico según el cual lo posterior deroga a lo general.

Ninguna de estas dos cosas, son evidentes en un sistema con parte general. No lo es el principio hermenéutico mencionado, pues la razón de ser de la parte general es, precisamente, regir en las partes especiales. Con otras palabras: la vigencia de un tal principio equivaldría a una anulación del valor metodológico que corresponde a la parte general, en un código que la adopta; la exclusión de la aplicación de la parte general en un problema a resolver con normas de partes especiales no puede, sin más, justificarse con una tal regla hermenéutica. Por lo que hace a la analogía, el método usual en sistemas con parte general es normalmente el contrario, es decir, el de la interpretación restrictiva o reducción teleológica. La aplicación de la reducción teleológica es todo menos algo sencillo y evidente. El lugar que esta forma de método ocupa en la profusa literatura alemana especializada, debería servir para poner de presente esta circunstancia.

Para ilustrar las dificultades metodológicas que bajo las perspectivas analizadas presenta la adopción de una parte general, valga aquí echar mano de una disposición del proyecto. En el Artículo 40 de éste se dispone: “*Toda persona tiene el deber de prevenir, evitar, aminorar y resarcir los daños que pueda causar o haya causado*”. Por su ubicación en la parte general, se trata aquí de una disposición con vocación de aplicación general, en todos los libros del proyecto. Su inclusión en un título relativo a los “derechos subjetivos y de su ejercicio”, refuerza la vocación de generalidad. La universalidad de la fórmula general de responsabilidad allí contenida es especialmente llamativa y tiene hondas consecuencias, pues se prescinde en ella de criterio distinto al del daño para fundamentar un supuesto de hecho de responsabilidad. Con otras palabras, la norma puede interpretarse como la consagración de un principio general de responsabilidad objetiva. Dada su ubicación en

⁸ Petersen Jens, “Die systematische Stellung des Allgemeinen Teils vor der Klammer der anderen Bücher”, *Juristische Ausbildung* 10 (2011), 759 (759): „Die Kunst besteht dann darin, das Besondere der Reihe nach zu prüfen, um schließlich zum Allgemeinen zu gelangen. Deswegen ist es unerlässlich, sich bewusst zu machen, wo die Berührungspunkte zwischen Allgemeinem und Besonderem angesiedelt sind. Denn nur so können in bestimmten Fällen

gravierende Auslassungen vermieden werden. Andernfalls besteht die Gefahr, dass in vermeintlichen Spezialfällen eine ganze Dimension – nämlich die des Allgemeinen Teils – verfehlt wird”.

⁹ Petersen, Jens, “Die systematische Stellung des Allgemeinen Teils vor der Klammer der anderen Bücher”, *Juristische Ausbildung* 10 (2011), 759 (759).

la parte general, tal principio de responsabilidad objetiva estaría llamado a operar tanto en materia contractual como extracontractual. Todo daño, tanto originado en el marco de una relación contractual, como en el de una relación extracontractual, originaría un deber de indemnización. Partiendo de esa posible interpretación, ¿qué significado cabría a la norma en supuestos de las partes especiales en que se empleen otros criterios de fundamentación de la responsabilidad? ¿Cómo sería la interacción de la norma general, con esas eventuales normas especiales? La falta de protocolos y actas que documenten los trabajos preparatorios que antecedieron al proyecto, sus fuentes y motivaciones, impiden tanto determinar si preguntas como las concretamente planteadas también surgieron durante la redacción, como la realización de un control empírico de las ideas que, en el supuesto de que hubieran sido planteadas, tuvieron sobre ellas los redactores.

Esta desvinculación de las normas del proyecto respecto de sus antecedentes de orden político, jurídico-dogmático, económico, filosófico y, en general, de todo orden, decididamente no contribuiría a facilitar la labor hermenéutica si el proyecto llegare a ser aprobado como ley. Ejemplos como el del artículo 40 seguramente podrían multiplicarse, y sería muy deseable que la comunidad jurídica se diera a la tarea de identificarlos por el bien de la seguridad jurídica del país. Después de todo, no puede menos que considerarse un imperativo reducir, hasta donde sea posible, el riesgo de impactos negativos que una reforma de las dimensiones de la planteada acarrea respecto de la decisión de conflictos de intereses concretos de millones de colombianos de carne y hueso.

