



Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo

La tradición del derecho civil en la actualidad

Reinhard Zimmermann

Universidad
Externado
de Colombia

Derecho romano,
derecho contemporáneo,
derecho europeo

Reinhard Zimmermann

**Derecho romano,
derecho contemporáneo,
derecho europeo**

La tradición del derecho
civil en la actualidad

Javier M. Rodríguez Olmos
(Trad.)

Universidad Externado de Colombia

Título original de la obra: *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today.*

ISBN 978-958-710-670-1 E-BOOK

ISBN 978-958-710-323-6

- © 2001, OXFORD UNIVERSITY PRESS, GREAT CLARENDON STREET, OXFORD OX2 6DP.
Oxford is a registered trade mark of Oxford University Press in the UK and in certain other countries. Published in the United States by Oxford University Press Inc., New York. The moral rights of the autor have been asserted.
Database right Oxford University Press (maker). Reprinted 2004
- © 2010, 2001, REINHARD ZIMMERMANN
- © 2010, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 este, Bogotá
Tel. (57 1) 342 0288
www.uexternado.edu.co
publicaciones@uexternado.edu.co

Primera edición en castellano: abril de 2010

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones

Composición: Santiago Gutiérrez Villar

Impresión y encuadernación: DigiPrint Editores EU.

Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia

Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia.

CONTENIDO

ABREVIATURAS	11
NOTA DEL TRADUCTOR	15
PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN INGLÉS	17
INTRODUCCIÓN	19
EL FINAL DE UNA ERA: LA TRANSFORMACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO ROMANO	21
I. LAS CODIFICACIONES DEL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO ROMANO	21
A. Consecuencias de la codificación en general	21
B. Francia y los Países Bajos	23
C. Prusia	24
D. Austria	25
II. UNIDAD JURÍDICA EN ALEMANIA: LA PANDECTÍSTICA Y EL CÓDIGO CIVIL	26
A. El “tercer renacimiento del derecho romano” en el siglo XIX	26
B. El desarrollo en el siglo XX (Panorama general)	29
III. CIENCIA JURÍDICA HISTÓRICA EN EL SIGLO XIX	32
A. El lazo vivo entre el presente y el pasado	32
B. El papel del derecho romano	33
C. La cuestión de la codificación	35
IV. CIENCIA JURÍDICA HISTÓRICA E HISTORIA DEL DERECHO	38
A. Identificación del derecho privado romano “puro”	38
B. El abandono de la historia más reciente del derecho privado	40
V. EL DERECHO ROMANO COMO HISTORIA DEL DERECHO	43
A. La reconstrucción de los textos del derecho clásico	43
B. “Derecho imperial y derecho vulgar” y sus consecuencias	46
(1) <i>Ludwig Mitteis</i>	46
(2) <i>“En la escuela de Ludwig Mitteis”</i>	48
(3) <i>La generación de los nietos académicos</i>	52
C. Emil Seckel y sus discípulos	54

D. Un balance	57
E. Fomento de la formación jurídica bajo la monarquía austriaca	59
F. Desarrollos concomitantes en la historia del derecho germánico	60
VI. CIENCIA JURÍDICA A-HISTÓRICA E HISTORIA DEL DERECHO	61
A. <i>Tabula Rasa</i>	61
B. <i>Ptolemaios Philadelphos</i>	64
C. Una sensación de crisis	65
VII. DEL DERECHO ROMANO ACTUAL AL DERECHO ROMANO	67
A. El limón del Digesto y la flor de loto	67
B. Más allá del derecho romano a través del derecho romano	69
C. El verdadero jurista	71
D. Del positivismo científico al positivismo legislativo	72

LA TRANSICIÓN DEL DERECHO CIVIL AL CÓDIGO CIVIL EN ALEMANIA: ¿EL ALBA DE UNA NUEVA ERA?	75
I. EL CÓDIGO CIVIL ALEMÁN: ¿UNA PRISIÓN PARA LA CIENCIA JURÍDICA?	75
II. LA REACCIÓN DE LA CORTE IMPERIAL FRENTE A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: EL EJEMPLO DE LOS ACTOS ILÍCITOS	79
A. Los derechos e intereses protegidos	79
(1) <i>Introducción</i>	79
(2) <i>El patrimonio propiamente dicho</i>	82
(3) <i>Pretensiones resultantes del derecho de las obligaciones</i>	84
(4) <i>Posesión</i>	85
(5) <i>El derecho a una empresa establecida y ejercida</i>	87
(6) <i>Protección de la personalidad</i>	90
B. Los <i>Verkehrssicherungspflichten</i>	93
C. La responsabilidad por el hecho ajeno	96
(1) <i>Introducción</i>	96
(2) <i>Extensión de la responsabilidad contractual</i>	97
(3) <i>Interpretación extensiva del § 31 del BGB</i>	100
D. Síntesis	103
III. LA REACCIÓN DE LA CORTE IMPERIAL FRENTE A LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO PRIVADO: OTRAS ÁREAS	104
A. <i>Clausula rebus sic stantibus</i>	105
B. <i>Exceptio doli generalis</i>	108
(1) <i>Antecedentes</i>	108
(2) <i>La jurisprudencia</i>	111
C. <i>Culpa in Contrahendo</i>	113
(1) <i>La doctrina elaborada por Jhering</i>	113
(2) <i>La posición adoptada en el BGB</i>	114
(3) <i>El surgimiento de la moderna responsabilidad por culpa in contrahendo</i>	114
D. Violación ‘positiva’ del contrato	117
(1) <i>La pretensión de indemnización por daños y perjuicios</i>	117

(2) <i>El derecho a resolver el contrato</i>	119
E. Daños ocasionados a terceros	121
(1) <i>Contratos con efectos de protección de terceros</i>	121
(2) <i>Teoría de la liquidación de los daños causados a terceros</i>	123
IV. UNA SENSACIÓN DE CONTINUIDAD	125
A. El código, la jurisprudencia y el derecho previo a la codificación	125
B. ¿Una síntesis de lo que se ha “desarrollado separadamente”?	128

UN CAMBIO DE PERSPECTIVA: EL DERECHO PRIVADO EUROPEO Y SUS RAÍCES HISTÓRICAS	133
I. CIENCIA JURÍDICA HISTÓRICA Y EL NUEVO <i>IUS COMMUNE</i>	133
II. <i>CIVIL LAW</i> Y <i>COMMON LAW</i> : ¿DOS MUNDOS SEPARADOS?	137
A. Una tradición jurídica occidental	137
B. Variantes de un mismo tema	139
III. LA HISTORIA DEL DERECHO COMO MEDIO PARA LA COMPRESIÓN DE NUESTRA SITUACIÓN JURÍDICA ACTUAL	141
A. Prueba comparativa y explicación histórica	141
B. Restitución por mejoras hechas en propiedad ajena	142
(1) <i>Una jungla de distinciones: derecho romano y derecho alemán</i>	142
(2) <i>La responsabilidad por el enriquecimiento sin causa: derecho francés y derecho inglés</i>	143
C. El efecto retroactivo de la compensación	145
D. <i>Periculum emptoris</i>	146
(1) <i>Contratos consensuales de compraventa en el derecho romano</i>	146
(2) <i>El desarrollo de la compraventa de cosas genéricas</i>	148
E. Responsabilidad por vicios ocultos	149
IV. EL DESARROLLO DE LOS CONCEPTOS JURÍDICOS POR MEDIO DE LA GENERALIZACIÓN	150
A. El ejemplo de la responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno	150
B. Johannes Voet	151
C. Robert Joseph Pothier	152
D. Lord Holt	153
V. LECCIONES TOMADAS DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS MIXTOS	154
A. “La tercera familia jurídica”	154
B. La Cruz del Sur	156
(1) <i>Civil law y common law en Sudáfrica</i>	156
(2) <i>Oferta y aceptación</i>	157
(3) <i>Error</i>	159
(4) <i>Declaración falsa</i> (Misrepresentation)	162
(5) <i>Presión ilegítima</i> (Undue Influence)	164
(6) <i>Repudiación (anticipada) de las obligaciones contractuales</i> (Anticipatory Repudiation)	167

(7) <i>Resolución unilateral como remedio frente al incumplimiento del contrato</i>	170
(8) <i>Cumplimiento específico</i>	172
(9) <i>La responsabilidad aquiliana</i>	176
(10) <i>La actio iniuriarum</i>	178
C. La Cruz del Norte	181
(1) <i>Civil law y common law en Escocia</i>	181
(2) <i>Promesa unilateral</i>	185
VI. LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS COMO ORDENAMIENTOS MIXTOS	189
A. Un tapiz jurídico con muchas sombras y matices diferentes	189
B. La historia del albacea testamentario	191
(1) <i>Una creación de la práctica jurídica</i>	191
(2) <i>El albacea testamentario en la actualidad</i>	193
VII. EL: ¿UNA PARTICULARIDAD DEL <i>COMMON LAW</i> ?	194
A. Una creación de la práctica jurídica	194
B. El derecho romano, el derecho canónico y el <i>trust</i>	196
C. Finalidades del <i>trust</i>	197
D. Los principios del derecho europeo en materia de <i>trust</i>	197
E. El <i>trust</i> en Sudáfrica y Escocia	199
VIII. LA BUENA FE: ¿UNA PARTICULARIDAD DE LA TRADICIÓN DEL DERECHO CIVIL?	200
A. La buena fe en el proyecto de derecho europeo de los contratos	200
B. Las diferencias en el resultado	202
C. Las diferencias en el análisis dogmático	202
D. La buena fe y los <i>terms implied in law</i>	204
E. La rematerialización del derecho contractual	205
F. Soluciones fragmentarias <i>vs.</i> Principio global	208
IX. LAS FUENTES DEL DERECHO	209
A. La importancia de los precedentes jurisprudenciales	209
B. La interpretación de la ley	214
OBSERVACIONES FINALES	219
ÍNDICE DE MATERIAS	223

ABREVIATURAS

A	<i>Appellate Division of the South African Supreme Court</i>
ABGB	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i>
AC	<i>Law Reports, Appeal Cases</i>
<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
AD	<i>South African Supreme Court Appellate Division Reports</i>
ADHGB	<i>Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch</i>
ALL ER	<i>All England Reports</i>
ALR	<i>Australian Law Reports</i>
American JCL	<i>American Journal of Comparative Law</i>
App Cas (HL)	<i>Law Reports, Appeal Cases, House of Lords</i>
art(s).	Artículo(s)
B.	<i>Barón</i>
B & Ad	<i>Barnwall and Adolphus' Reports, King's Bench</i>
B & Ald	<i>Barnwall and Alderson's Reports, King's Bench</i>
B & C	<i>Barnwall and Cresswell's Reports, King's Bench</i>
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>
BGHZ	<i>Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen</i>
Burr	<i>Burrow's Reports, King's Bench</i>
BW	<i>Burgerlijk Wetboek</i>
C	<i>Cape Provincial Division of the South African Supreme Court</i>
CA	<i>Court of Appeal</i>
cap.	<i>Caput</i>
CB	<i>Chief Baron</i>
Cels.	<i>Celsus</i>
Ch D	<i>Law reports, Chancery Division</i>

CJ	<i>Chief Justice</i>
Col(s).	<i>Columna(s)</i>
Cowp	<i>Cowper's King's Bench Reports</i>
CP	<i>Common Pleas Division</i>
CPD	<i>South African Law Reports, Cape Provincial Division</i>
D.	<i>Digesta</i>
<i>DfZ</i>	<i>Deutsche Juristenzeitung</i>
Doug	<i>Douglas' King's Bench Reports</i>
EDC	<i>Eastern District Court Reports, Cape of Good Hope</i>
El & Bl	<i>Ellis & Blackburn's Queen's Bench Reports</i>
El Bl & El	<i>Ellis, Blackburn & Ellis' Queen's Bench Reports</i>
ER	<i>English Reports</i>
<i>ERPL</i>	<i>European Review of Private Law</i>
Ex.	<i>Exchequer</i>
Gai.	<i>Gaius, Institutiones de Gayo</i>
Gruch	<i>Breiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, begründet von J. A. Gruchot</i>
H & C	<i>Hurlstone & Coltman's Exchequer Reports</i>
HansOLG	<i>Hanseatisches Oberlandesgericht</i>
H Bl	<i>H. Blackstone's Common Pleas Reports</i>
HL	<i>House of Lords</i>
HLC	<i>Clark's House of Lords Cases</i>
<i>HRG</i>	<i>Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, ed. Adalbert Erler y Ekkehard Kaufmann (1971 y ss.)</i>
ICLQ	<i>International and Comparative Law Quarterly</i>
Inst.	<i>Institutiones Iustiniani</i>
J	<i>Juez</i>
JA	<i>Juez de Apelación</i>
JhJb	<i>Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts</i>
JLH	<i>Journal of Legal History</i>
JR	<i>Juridical Review</i>
JuS	<i>Juristische Schulung</i>
JW	<i>Juristische Wochenschrift</i>
JZ	<i>Juristenzeitung</i>

KB	<i>Law Reports, King's Bench Division</i>
Ld Raym	<i>Lord Raymond's King's Bench Reports</i>
lib.	<i>Liber</i>
liv.	<i>Livre</i>
LQR	<i>Law Quarterly Review</i>
LR HL	<i>Law Reports, House of Lords</i>
LR QB	<i>Law Reports, Queen's Bench</i>
Macq	<i>Macqueen's House of Lords Reports</i>
M & W	<i>Meeson and Welsby Exchequer Reports</i>
Menz	<i>Menzies' Cape of Good Hope Reports</i>
MR	<i>Master of the Rolls</i>
NDB	<i>Neue Deutsche Biographie</i>
NJW	<i>Neue Juristische Wochenschrift</i>
NLR	<i>Natal Law Reports</i>
no(s).	Número(s)
OAG	<i>Oberappellationsgericht</i>
OLG	<i>Oberlandsgericht</i>
OPD	<i>South African Law Reports, Orange Free State Provincial Division</i>
OR	<i>Official Reports, High Court of the South African Republic; Obligationenrecht (Suiza)</i>
Oxford JLS	<i>Oxford journal of Legal Studies</i>
Paul.	<i>Paulus</i>
PECL	<i>Principles of European Contract Law</i>
PICC	<i>Principles of International Commercial Contracts</i>
Plowd	<i>Plowden's Commentaries or Reports</i>
pr.	<i>Principium</i>
prALR	<i>Allgemeines Landrecht für die Preu ischen Staaten</i>
QB	<i>Queen's Bench Division; Queen's Bench Reports</i>
RabelsZ	<i>Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RGZ	<i>Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
RIDA	<i>Revue internationale des droits de l'antiquité</i>
RIDC	<i>Revue internationale de droit comparé</i>

ROHGE	<i>Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts</i>
s.	Sección
SA	<i>South African Law Reports</i>
SALJ	<i>South African Law Journal</i>
Salkeld	<i>Salkeld's Reports, King's Bench</i>
SAR	<i>Reports of the High Court of South African Republic</i>
Saund	<i>Saunders's King's Bench Reports</i>
SC	<i>Session Cases</i>
SC (HL)	<i>Session Cases, House of Lords</i>
SeuffArch	<i>Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten</i>
THRHR	<i>Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg</i>
tit.	Titulo; titulus; titre.
TPD	<i>South African Law Reports, Transvaal Provincial Division</i>
TR	<i>Tijdschrift voor Rechtsgeschiednis</i>
tr.	Traducido
TS	<i>Reports of the Transvaal Supreme Court</i>
TSAR	<i>Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg</i>
Ulp.	Ulpiano
Vaugh	<i>Vaughan's Common Pleas Reports</i>
W.	<i>Witwatersrand Local Division of the South African Supreme Court</i>
WarnRspr.	<i>Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen</i>
W Bl	<i>Sir William Blanckstone's King's Bench Reports</i>
WLD	<i>Reports of the Witwatersrand Local Division</i>
WR	<i>Weekly Reports</i>
Zeup	<i>Zeitschrift für europäisches Privatrecht</i>
ZfRV	<i>Zeitschrift für Rechtsvergleichung</i>
ZNR	<i>Zeitschrift für neuere Rechtsgeschichte</i>
ZSS (GA)	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung</i>
ZSS (KA)	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung</i>
ZSS (RA)	<i>Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung</i>

NOTA DEL TRADUCTOR

Con la expedición de la ley de modernización del derecho alemán de las obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*), que entró en vigor el 1.º de enero de 2002, se modificaron sustancialmente algunas de las disposiciones del código civil alemán (BGB) y se codificaron varias figuras jurídicas que ya habían sido objeto de reflexión y elaboración por parte de la doctrina y la jurisprudencia alemanas. En vista de que la obra que ahora se ofrece al lector de habla hispana fue publicada en el año 2001, algunas de las doctrinas jurídicas y de los parágrafos del BGB allí mencionados se refieren a la situación anterior a la reforma. Doctrinas como la *culpa in contrahendo*, la violación ‘positiva’ de las obligaciones contractuales y la teoría de la desaparición de la base negocial (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*), así como el régimen de responsabilidad por vicios ocultos en la compraventa, se cuentan entre las materias más relevantes que fueron objeto de la reforma del BGB y que son tratadas a lo largo del libro.

Sin embargo, tal innovación normativa, que en algunos casos refleja el desarrollo ya consolidado en la jurisprudencia y en la doctrina, no implica de ningún modo un menoscabo del valor de esta obra. Por el contrario, la perspectiva histórica que el autor le imprime permite que su exposición siga siendo plenamente válida y vigente precisamente como un camino para “entender nuestra situación jurídica actual” y, en consecuencia, como modelo metodológico, razón por la cual se ha mantenido la estructura del libro en su versión original, buscando al mismo tiempo conservar la unidad esencial que caracteriza la obra en su conjunto. En todo

caso, se indicarán al lector las disposiciones que han sido objeto de reforma, así como los párrafos actuales del BGB, cuando ello sea pertinente.

Por lo demás, tales modificaciones son desarrolladas por el autor desde la misma perspectiva histórico-comparativa en su libro *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, Oxford Univ. Press, 2005 (“El nuevo derecho alemán de las obligaciones, perspectivas históricas y comparativas”) en el cual el análisis se extiende a los antecedentes de la reforma. Para este último período se remite al lector a dicha obra.

El traductor

PRÓLOGO A LA EDICIÓN EN INGLÉS

Este es el texto sobre el cual se basaron mis *Clarendon Lectures*, las cuales fueron dictadas en octubre de 1999 en la Universidad de Oxford. Quisiera agradecer a todos aquellos que asistieron a las tres conferencias y a quienes contribuyeron en la clausura del seminario. Quisiera también agradecer al Sr. JOHN LOUTH y a la *Oxford University Press* por los preparativos de las conferencias y por su amable y eficiente colaboración en la realización de este libro. Pero ante todo quisiera expresar mi gratitud hacia PETER BIRKS por su amable hospitalidad, por su constante apoyo y por su infalible amistad.

Las citas tomadas de libros, artículos o decisiones jurisprudenciales alemanas a lo largo del libro están traducidas al inglés; la traducción fue hecha por mí, a no ser que se indique lo contrario.

R. Z.

Marzo de 2000

INTRODUCCIÓN

Este grupo de conferencias (*Clarendon lectures*) se dictó al final de un siglo y fue publicado a inicios del siguiente. De allí que ellas ofrezcan la oportunidad de dar una mirada hacia atrás y hacia adelante¹. Para el jurista alemán que se ocupa del derecho privado, el siglo XX estuvo dominado por el código civil alemán que entró en vigor el 1.º de enero de 1900, hace más de 100 años. Sin embargo, en las últimas dos décadas hemos presenciado cambios trascendentales; nuestro derecho privado moderno está por readquirir un carácter europeo y aproximadamente desde 1990 los doctrinantes en Alemania (y desde luego, en otros lugares) han comenzado a reaccionar frente a este cambio de perspectiva. Una ciencia jurídica del derecho privado europeo surge paulatinamente² y no es muy difícil predecir que dominará el derecho privado del siglo XXI; al final, un código civil europeo podría incluso llegar a sustituir los códigos nacionales existentes³. Evidentemente nos encontramos en una coyuntura importante, que puede ser oportuna para tratar de evaluar la situación.

¹ Este tipo de doble perspectiva no es habitual en el derecho comparado; ver W. J. ZWALVE, *Het Janushoofd der rechtsvergelijking*, 1988.

² Ver, por ejemplo, los manuales de H. KÖTZ, *Europäisches Privatrecht*, I, 1996 y C. VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, I, 1996, II, 1999, o revistas como la *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, (desde 1993) la *European Review of Private Law* (desde 1993) o *Europa e diritto privato* (desde 1998).

³ Un argumento muy contundente a favor de un código europeo de las obligaciones ha sido propuesto de reciente por J. BASEDOW, "Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex", en *AcP*, 200, 2000, 445 y ss.

En otra ocasión abogué por una reconstitución de la Escuela Histórica del derecho de SAVIGNY a nivel europeo⁴, y ahora en estas conferencias quisiera básicamente indagar por qué esto es necesario y sugerir qué puede hacerse para implementar dicho programa. La Escuela Histórica de SAVIGNY floreció en Alemania y la expedición del BGB hace 100 años puede ser considerada como su mayor triunfo o su más grande fracaso. Indiscutiblemente el código cambió nuestra percepción jurídica y condujo a que el derecho romano se emancipara de la dogmática jurídica contemporánea, proceso que se esboza en la primera conferencia. Pero ¿trajo esto también como consecuencia que la dogmática contemporánea se emancipara del derecho romano? En otras palabras ¿ha habido un cambio cualitativo en nuestro derecho privado sustancial como resultado de la codificación? Esta es la pregunta que subyace a la segunda conferencia. A pesar de la desconcertante diversidad jurídica con la cual los juristas debían confrontarse durante el siglo XIX en Alemania, fueron siempre conscientes de una unidad intelectual en lo esencial derivada de una tradición común. La reconstrucción de dicha consciencia es de fundamental importancia para sustentar la ‘europeización’ del derecho privado, y en la tercera conferencia se intenta demostrar cómo ello puede ser alcanzado. En este sentido, es posible afirmar que la primera conferencia está dedicada al derecho romano (a su ciencia) la segunda al derecho (alemán) contemporáneo y la tercera al derecho (privado) europeo: pasado, presente y futuro. Espero que me sea consentido en las dos primeras conferencias centrar la atención en los desarrollos ocurridos en Alemania, en vista del aniversario del BGB.

⁴ “SAVIGNY’s Legacy: Legal History, Comparative Law, and the Emergence of a European Legal Science”, en *LQR*, 112, 1996, 576 y ss. [Ahora en R. ZIMMERMANN, Estudios de derecho privado europeo, trad. al esp. A. VAQUER ALOY, 2000, 19 y ss.]

EL FINAL DE UNA ERA: LA TRANSFORMACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO ROMANO

I. LAS CODIFICACIONES DEL DERECHO NATURAL Y EL DERECHO ROMANO

A. Consecuencias de la codificación en general

El proceso de codificación iniciado a finales del siglo XVIII es considerado generalmente como un momento crucial en el desarrollo del derecho privado europeo¹. Naturalmente, algunas de las grandes esperanzas y expectativas abrigadas en la época de la Ilustración no se hicieron realidad: las codificaciones no dejaron sin ocupación al jurista culto, así como tampoco condujeron a la consolidación definitiva (o, en sentido negativo, a la osificación) del derecho privado, aunque sí contribuyeron considerablemente a la fragmentación nacional de la tradición jurídica europea. Después de todo, las codificaciones fueron expedidas por el parlamento de un determinado Estado y, por lo tanto, sólo eran aplicables dentro de un área territorial específica en la cual dicho parlamento era competente para expedir las leyes.

Aunque las primeras señales de esta fragmentación de la tradición del derecho civil eran ya evidentes al tiempo del *usus modernus pandectarum* de los siglos XVII y XVIII –cuando los

¹ Ver, en general, F. WIEACKER. *A History of Private Law in Europe*, trad. TONY WEIR 1995, 257 y ss.; P. CARONI “Kodifikation”, en *HRG*, t. II, 1978, cols. 907 y ss.; ID., *Saggi sulla storia della codificazione*, 1998; H. COING. *Europäisches Privatrecht*, t. II, 1989, 7 y ss.; J.H.A. LOKIN y W.J. ZWALVE *Hoofstukken uit de Europese Codificatiegeschiedenis*, 1990, 1 y ss.; R. ZIMMERMANN. “Codification: History and Present Significance of an Idea”, en *ERPL*, 3, 1995, 95 y ss.

escritores ‘institucionales’ dejaron de discutir sobre el derecho romano como tal para referirse al derecho romano-holandés, romano-escoés, romano-hispánico o romano-sajónico²— siempre estuvo claro que, en el fondo, estas eran sólo variantes nacionales de una cuestión esencialmente uniforme. Es decir, diferentes emanaciones de una tradición jurídica común, situación que se veía reflejada, por ejemplo, en el hábito permanente de la *peregrinatio academica*, en las convenciones de citaciones de la literatura culta y en las políticas de nombramiento en las facultades de derecho. Sin embargo, la expedición de las codificaciones generó un cambio, pues la consciencia de una unidad intelectual en lo esencial fue perdiéndose gradualmente y, de este modo, el aislamiento nacional del ejercicio profesional, de la formación y de la ciencia jurídica ganó un terreno, que sólo ahora comienza a abandonar.

Adicionalmente, con las codificaciones terminó la ‘segunda vida’ del derecho romano durante la cual este era aplicado directamente. En efecto, desde la época de la ‘recepción’ el derecho romano había suministrado las bases para la administración de la justicia en Europa central y occidental y se había convertido en un *ius commune* o derecho común, asimilando muchos elementos del derecho canónico y de los derechos consuetudinarios autóctonos: había dejado de ser un *usus antiquus* para convertirse en un *usus modernus*³. De otra parte, sin embargo, una serie de autores desde FRANÇOIS HOTMAN hasta HERMANN CONRING y CHRISTIAN THOMASII comenzaban a poner en duda la autoridad del derecho romano, un derecho que había dado origen a complejas controversias doctrinales, que estaba atado a sutilezas anticuadas y poco prácticas y que había sido emanado por soberanos despóticos de otro tiempo

² Ver en particular, K. LUIG. “The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries”, en *JR*, 17, 1972, 193 y ss.; cfr. también, p. ej., A. WATSON. “The Impact of Justinian’s Institutes on Academic Treatises: The Civil Law” en *Id.*, *Roman and Comparative Law*, 1991, 147 y ss.

³ Para un panorama general ver H. COING. *Europäisches Privatrecht*, t. 1, 1985, 7 y ss.; M. BELLONO. *The Common Legal Past of Europe, 1000-1800*, 1995, 55 y ss.; R. ZIMMERMANN, “Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit”, en *JZ*. 1992, 10 y ss.

y lugar. Además, ya que el derecho romano se aplicaba únicamente *in subsidio*, innumerables derechos locales o territoriales más específicos podían regir un caso concreto⁴. El gran número y la complejidad de las fuentes del derecho de este modo alimentó un sentimiento generalizado tanto de incertidumbre jurídica como de ineficiencia en la administración de justicia, una situación caótica que –se suponía– iba a ser ordenada por las codificaciones de la época del derecho racional, por medio de la regulación sistemática de todo el derecho privado y de la exclusión de todas las fuentes del derecho concurrentes, en particular, el *ius commune* romano–canónico. Así, el art. 1º de la ley de derogación holandesa (*Afschaffingswet*) dispuso de forma tajante: “La validez jurídica del derecho romano se deroga y permanecerá derogada”.

B. Francia y los Países Bajos

Sin embargo, esta norma teñida de una extraña mezcla de miedo, alivio y júbilo, al principio no fue aplicada. En su libro *Lex Scripta Abrogata*⁵ HENDRIK KOOIKER demostró que en las primeras décadas posteriores a la expedición de las codificaciones, tanto en los Países Bajos como en Francia el derecho romano siguió jugando un papel significativo. Allí hace referencia incluso a un ‘tercer renacimiento’ del derecho romano cuya importancia práctica, según dicho autor, difícilmente puede considerarse exagerada. El extraordinario grado de continuidad sustancial entre la tradición del *ius commune* y el *code civil* llevó a que el derecho romano se convirtiera en una herramienta indispensable para interpretar el nuevo código, resolver las controversias doctrinales y llenar los vacíos de la ley. El *code civil* no había sido concebido para establecer un nuevo derecho sino para establecer un derecho uniforme,

⁴ Cfr. p.ej., W. WIEGAND. “Die Privatrechtlichen Quellen des Usus Modernus”, en D. SIMON (ed.), *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, 237 y ss.; BELLOMO (ob. cit. nota 3), 78 y ss., 149 y ss.; G. SCHIEMANN. “Usus Modernus und Gesetzgebung”, en B. DÖLEMEYER y D. KLIPPEL (eds.), *Gesetzgebung in der frühen Neuzeit*, 1998, 157 y ss.

⁵ *Lex Scripta Abrogata: De derde renaissance van het Romeinse recht*, 1ª parte: *De witwendige ontwikkeling*, Ars Aequi Libri, 1996.

eliminando la diversidad existente entre los derechos regionales y así completar en última instancia el proceso de ‘recepción’⁶. El *ius commune* hizo un aporte esencial para el establecimiento de un ‘*système d’application*’, siguió siendo considerado *ratio scripta* y como tal fue aplicado. Sería sólo hacia la mitad del siglo XIX cuando un enfoque estrictamente exegético ganaría terreno.

C. Prusia

El derecho prusiano tuvo un desarrollo estructuralmente similar al ya descrito, tal y como fue demostrado con especial claridad por JÖRN ECKERT⁷. En efecto, se sabe que el Código Prusiano de 1794 sólo jugó un papel secundario en la ciencia y en la formación jurídica⁸, pues durante muchas décadas fue enseñado, interpretado y aplicado no como tal, sino sólo en relación con el *ius commune*: era comparado con el derecho romano actual, así como apreciado y evaluado de conformidad con el mismo, siendo SAVIGNY con sus lecciones sobre el Código Prusiano el ejemplo más representativo⁹. Resulta interesante que incluso en la práctica de la jurisprudencia prusiana durante los primeros años de su expedición, el código haya sido aplicado al parecer en evidente contraste con la intención del parlamento¹⁰, como una entre muchas otras fuentes del derecho común. Así, los jueces de la Corte Suprema de Apelación solían examinar a fondo la literatura del *ius commune*, haciendo referencia a las previsiones del código prusiano sólo ‘muy raramente’ y con el único fin de confirmar un resultado al cual ya se había llegado

⁶También hace énfasis en la continuidad entre el *ius commune* y el código civil francés J. GORDLEY “Myths of the French Civil Code”, en *American JCL*, 2, 1994, 459 y ss.

⁷“Gesetzesbegriff und Rechtsanwendung im späten Naturrecht: Die Spruchpraxis preußischer Gerichte unter dem Allgemeinen Landrecht”, en *Der Staat*, 37, 1998, 571 y ss.

⁸Cfr. WIEACKER (*ob. cit.* nota 1), 334 y ss.; H. ZWIEGERT y H. KÖTZ. *An Introduction to Comparative Law*, trad. TONY WEIR, 3ª ed., 1998, 138.

⁹Cfr. C. WOLLSCHLÄGER. “Praktische Theorie: Die Landrechtsvorlesung in SAVIGNY wissenschaftlichem Programm”, en F. C. von SAVIGNY, *Landrechtsvorlesung 1824: Drei Nachschriften*, ed. e introducción por C. WOLLSCHLÄGER, 1994, XXIII y ss.

¹⁰ECKERT, en *Der Staat*, 37, 1998, 576 y ss., cfr. también G. DILCHER. “Die janusköpfige Kodifikation”, en *Zeup*, 2, 1994, 453 y ss.