

CAPÍTULO 2 EL PERIODO DEL DERECHO LEGISLATIVO

46. La elaboración de un derecho público. La escuela del derecho natural tuvo entre sus haberes dos éxitos espectaculares. En primer lugar, logró que se reconociera que el derecho debía extenderse al ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados, entre la Administración y los particulares. El derecho romano formulaba una distinción entre el derecho público y el derecho privado, pero era para dejar al margen al derecho público. Prudentes, los juristas no se aventuraron en este ámbito reservado y riesgoso.¹ La Escuela del derecho natural logró superar ese tabú. Las disciplinas del derecho público pasaron a ser parte de las primeras preocupaciones de los juristas.² Respecto a los derechos penal, administrativo y constitucional, durante los siglos XIX y XX, los juristas lograron construir paulatinamente un edificio comparable al edificio tradicional del derecho privado.

47. La codificación. El segundo logro espectacular de la escuela del derecho natural fue la codificación. La codificación constituye la culminación natural de la obra emprendida durante siglos en las universidades. Desde hacía seis siglos, las universidades se enseñaban un derecho que exponían como un modelo de justicia. Se necesitó de mucha paciencia para lograr que los juristas se compenetraran con esa idea. A partir de ese momento y convencidos de la excelencia de este modelo, consideraban que los derechos locales eran tan sólo una supervivencia arcaica de un pasado oscurantista, un “jus asininum” al lado del derecho-modelo de las universidades. Las interrogantes que formulaban eran totalmente válidas: “¿Por qué, bajo la influencia de la razón que desde ahora resplandecía y se gobernaba al mundo, no podía acceder a la etapa decisiva que se imponía tan claramente después de tanto esperar?” y “¿Por qué no convertir el derecho modelo de las universidades, complementado y afinado por la Escuela del derecho natural, el derecho “positivo” que se aplicara por la práctica de las diferentes naciones? La Escuela del derecho natural expresó su voluntad de transformar en derecho positivo el derecho que se enseñaba en las universidades. Con este fin se mostró dispuesta a admitir, otra innovación: que el soberano estuviese facultado para promulgar el derecho y reformarlo en su conjunto. Este era el presupuesto que debía satisfacerse para exponer los principios de la ley natural; en palabras de Cambacérès,³ se trataba de establecer un “código de la naturaleza sancionado por la razón y garantizado por la libertad”. Sin embargo, una vez aceptado este poder, su ejercicio podía pervertir fácilmente este objetivo y que el legislador terminaría por emplearlo, sin preocuparse por las “leyes naturales”, con el único objetivo de transformar los fundamentos de la sociedad.

¹ F. Schutlz, *Principles of Roman Law*, 1936; H. F. Jolowicz, *Roman Foundations Of Modern Law*, 1957; R. Villers, *Rome et le droit privé*, 1977; J. Gaudemet, *Institutions de l'Antiquité*, 1982; M. Humbert, *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 1984; B. Nicholas, *Introduction to Roman Law*, 1962; H. F. Jolowicz, *Historical Introduction to Roman Law*, 3a. ed., 1972; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, PUF, 2000.

² H. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, 3 vol.

³ Nota del traductor. Cambacérès fue un jurista y político francés, fue electo diputado a la Convención y votó por la pena de muerte de Luis XVI. Fue el redactor de varios proyectos de Código Civil, que contribuyeron enormemente a la redacción del Código Civil francés.

La codificación fue la técnica que permitió realizar la ambición de la Escuela del derecho natural, al exponer en forma sistemática y apartada del caos de las compilaciones de Justiniano, el sistema de derecho que postulaba como la más conveniente para la sociedad moderna y el que por ende debía ser aplicado por los tribunales.

La codificación permitiría superar los arcaísmos perpetuados con excesiva frecuencia por doquier y simultáneamente pondría fin a la fragmentación del derecho y a la multiplicidad de las costumbres que en la práctica representaban a menudo un lastre y cuya justificación ya se había vuelto insostenible. Esta vertiente distinguió la codificación de las compilaciones oficiales o privadas de siglos anteriores, por más que estas compilaciones hubieran en su oportunidad, podido realizar algunas reformas útiles. Ni la extensión de su objeto, ni la generalidad de su aplicación lograron concretar la ambición de los juristas de la Escuela del derecho natural.

Para que la codificación pudiera responder a esa ambición y tener éxito, era necesario que dos presupuestos fueran satisfechos. Por una parte, era menester que fuera la obra de un soberano ilustrado que tuviera la voluntad —aún a expensas de los privilegios del antiguo orden— de consagrar los nuevos principios de justicia, libertad y dignidad del individuo. Por otra parte, era preciso que la nueva compilación fuese establecida en un gran país que ejerciera sobre los otros una influencia a la cual no pudieran sustraerse. Si esto es cierto, la codificación difícilmente pudiera haber tenido mayor éxito y lograr reformar los fundamentos del sistema de no haberse realizado en las condiciones en que acaeció: fue precisamente en Francia inmediatamente después de la Revolución y a la que se le asoció al prestigio de los postulados de 1789 y a la expansión napoleónica. El *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794 fracasó precisamente por no haberse satisfecho la primera de las condiciones enunciadas; mientras que el Código civil austriaco de 1811 sólo tuvo una expansión limitada por haber satisfecho únicamente la segunda de las condiciones enunciadas.

48. Los méritos de la codificación. A la codificación se le atribuye con frecuencia la fragmentación del derecho europeo y se le hace responsable de la ruptura de la comunidad jurídica europea, de la familia del derecho romano-germánico. Estos reproches ameritan algunas precisiones.

Importa tener presente que el derecho enseñado antes del siglo XIX en las universidades no era el derecho que se aplicaba en la práctica. Por lo tanto resulta un exceso sostener que la codificación pudo por se romper la unidad del derecho europeo. El Código Napoleón tuvo el efecto contrario; sirvió para fortalecer esa unidad.⁴ Conviene agregar que la codificación constituyó un instrumento admirable para la expansión en Europa y fuera de Europa del sistema de derecho romano germánico. En el análisis se volverá a insistir en este aspecto al proceder al examen del sistema fuera de su entorno europeo; pero es importante desde ahora hacer mención de esta observación.

49. Las consecuencias negativas de la codificación. Los efectos negativos de la codificación se produjeron, se puede afirmar, independientemente de su principio mismo y les correspondió en

⁴ *L'influence du code civil dans le monde* (trabajos de la Semana Internacional de Derecho, París, 1950), 1954, *Adde* Los artículos publicados en la *Revista Internacional de Derecho Comparado* de 1954, 4 (Los ciento cincuenta años del Código Civil); véase también: B. Schwartz, *The Code Napoleon and the common law World*, 1956. G. Astuti, *Il Code Napoleon in Italia e la sua influenza sui codici degli stati italiani sucesori*, en *Napoleone e l'Italia*, 1973, pp. 175-216.

gran medida a los juristas corregirlos. Al cristalizarse la codificación como la perfección de la razón, en Francia en 1804, en Alemania en 1896 y en Suiza en 1881-1907 y limitarse al ámbito civil, se soslayó la tradición de las universidades que era enseñar la búsqueda del derecho justo, proponer un derecho modelo y de ninguna manera exponer o comentar el derecho de los practicantes de un país o región. El advenimiento de los códigos nacionales dio la apariencia que ambos supuestos convergían y que la función de las universidades debía reducirse en lo sucesivo en hacer la exégesis de los nuevos textos. Se abandonó el espíritu práctico de los posglosadores y los planteamientos vanguardistas de los pandectistas; los profesores de derecho regresaron a la escuela de los glosadores y aplicaron sus glosas a los nuevos textos. Contrariando la idea que los inspiró, los códigos fomentaron una actitud de positivismo legislativo, agravada por el nacionalismo.⁵ Desde ese momento, para los juristas el derecho se redujo a su derecho nacional. Se limitaron a sus códigos y dejaron de considerar que el derecho en su calidad de regla de conducta social es por su misma naturaleza supranacional.

50. Positivismo legislativo y nacionalismo jurídico. El objetivo de la codificación fue enunciar los principios de un *jus commune* rejuvenecido y adaptado a las condiciones y necesidades de las sociedades del siglo XIX. Como un sucedáneo del *usus modernus*, los códigos debían constituir el *usus modernissimus Pandectarum*. Pero el ocaso del espíritu universalista y la emergencia del nacionalismo del siglo XIX apartaron a la Codificación, al menos por un tiempo, de este proyecto. Los códigos fueron conceptuados como una simple generalización o una nueva edición de una “costumbre particular” pero esta vez nacional, en lugar de una exposición nueva del derecho común. En lugar de ver en ellos la expresión de un derecho común renovado, como lo habían concebido sus promotores, se vio en ellos los instrumentos de una “nacionalización del derecho” a raíz de la cual la idea misma de un derecho común prácticamente desapareció en Europa. El drama europeo no el rechazo de la codificación francesa en Alemania⁶ sino la actitud adoptada por las universidades después de la codificación. La codificación y el consecuente movimiento legislativo posterior generaron una actitud simultánea de positivismo legislativo y de nacionalismo jurídico que opacó la idea de una comunidad jurídica entre las naciones europeas (y cada vez más meta europeas) y que existía una familia de derecho romano-germánico. El derecho se confundió con la legislación promulgada por el soberano y dejó de identificarse con la justicia. Todos los países de Europa, fundamentalmente Francia y Alemania, fueron persuadidos por esta nueva óptica. Es evidente que el cambio de actitud se expresaba, cada vez que se concretaba una codificación nacional. Paradójicamente, los nuevos códigos se redactaron sobre la idea matriz del derecho comparado o empleando para cada código modelos de diferentes países.⁷ Esta doble práctica atesta la filiación de todos los derechos que forman parte de la familia romanogermánica y condena por otra parte a la doctrina que se ufana de limitarse a su derecho nacional y abdicar en

⁵ En 1827, Zachariä escribía: debe de “existir en toda Europa, al menos entre los intérpretes del derecho civil, como en los que estudian a la naturaleza, una unión que ninguna discrepancia de orden político debería quebrantar” (*Handbuch des französischen Rechts*, 3a. ed., p. VIII). La obra de Zachariä sirvió de modelo a Aubry y Rau para su famoso *Cours de droit civil français*.

⁶ La suerte del derecho continental hubiese sido bien diferente si el Código francés, recibido en Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, las provincias renanas, Baden, Polonia e Italia, hubiese sido recibido en toda Alemania.

⁷ Fue el caso entre otros de Japón, Rumania y Turquía. Respecto a Grecia véase P. J. Zepos, “The Historical and Comparative Background of the Greek Civil Code”: *Inter-American Law Review*, vol. III, 1961, pp. 285-516.

esa forma a la función que siempre le fue propia: el progreso de la ciencia jurídica y la mejoría del derecho positivo.

51. Las nuevas tendencias. La crisis parece estar actualmente en vía de resolverse. El envejecimiento de los códigos ha atenuado, para no decir eliminado, la actitud del positivismo legislativo dominante en el siglo XIX. Se reconoce de manera cada vez más abierta la función de la doctrina y de la jurisprudencia en la formación y evolución del derecho; ningún jurista piensa ya que sólo a través de los textos legislativos se accede al conocimiento del derecho. Aún en el ámbito del derecho penal, donde el principio de legalidad de las penas puede aparentar justificar esta convicción, la atribuciones cada vez más amplias conferidas a los jueces o la administración de justicia para determinar la amplitud de la pena y regular su aplicación, colocan nuevamente al derecho bajo la dependencia del ideal profesado por los encargados de administrarlo. La multiplicación de las convenciones internacionales y el desarrollo del derecho comparado obligan o incitan a los jueces a interesarse cada vez más en la forma en que el derecho se concibe o interpreta en países extranjeros. La presencia creciente del derecho comunitario en los derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y la influencia de las disposiciones de la Convención Europea de los derechos del hombre, tal y como es interpretada por la Corte de Justicia Europea de Estrasburgo han impuesto, directa o indirectamente, a los Estados miembros un cambio sustancial en su derecho nacional y ha conducido a una aproximación de los derechos nacionales. El nacionalismo jurídico está en franca regresión y es de esperarse que la crisis suscitada por el movimiento de codificación de los siglos XIX y XX sea rápidamente superada. El renacimiento de la idea de derecho natural y los intentos actuales de unificación que se pueden observar en la actualidad dentro de algunos ámbitos del derecho⁸ hacen propicio el renacimiento de la idea de derecho común ya que vigorizan la convicción de rechazar la asociación del derecho a la ley y por ende caracterizar al derecho como puramente nacional.

52. La transformación permanente del sistema. Los desarrollos de los que se ha dado cuenta en este análisis han evidenciado unos de los principales factores de la unidad de la familia del derecho romano-germánico. Resulta por lo tanto conveniente complementarlo, destacando algunas corrientes de pensamiento que, en diversas épocas y países, pudieron sugerir que esta unidad peligraba y que una fracción de la familia del derecho romano germánico se iba a separar del sistema para volverse autónoma. El derecho romano germánico es un derecho vivo y su misma dinámica implica que se transforme constantemente. Algunos movimientos que aspiran a transformar el sistema se originan primero en un país o un grupo de países antes de ser aceptados o rechazados por el conjunto de los países de la familia romano-germánica. Esto explica la existencia de un permanente desajuste entre los diversos derechos de la familia de derecho romano-germánico y que unos se puedan encontrar desfasados respecto a otros. En la medida en que se intentan algunas experiencias o se acogen determinadas tendencias, el derecho de un país determinado puede, en un momento dado, considerarse “adelantado” respecto a los otros, en algunos aspectos o en lo que concierne a algunas de sus ramas. En cada época se plantea recurrentemente la interrogante de determinar si se ha quebrantado la unidad de la familia. Todo dependerá de la actitud de los diversos países frente al derecho de otro Estado nacional que está

⁸ P. Jestaz, “L’avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature”, *RTD Civ.*, 1983, pp. 233 y ss.

experimentando un cambio. Las alternativas no son muchas: algunos países pueden decidir seguirlo en esa experiencia o alternativamente, el Estado nacional que propuso el cambio puede abandonar esta experiencia para regresar a la línea de la tradición.

En el análisis de las fuentes de derecho, como en el examen de la estructura de los derechos del continente europeo, se tendrá la oportunidad de percibir la diversidad que tiende a encubrir al análisis del jurista la profunda unidad de la familia romano-germánica. Sin abundar en este espacio en esos desarrollos, se puede señalar algunos hechos que ilustran este movimiento incesante y el desfase permanente que caracterizan y supeditan la dinámica misma de nuestro sistema.

53. Factores efímeros de diversidad en la historia. En la historia y en la enseñanza misma de las universidades, han existido diferentes escuelas de interpretación jurídica: un mos gallicus de tendencia histórica se opuso a un mos italicus más orientado hacia una adaptación a la práctica de las reglas de derecho; un mos germanicus más audaz e innovador dio origen a la escuela de los pandectistas. Aunque pudiera parecer que esas tendencias regionales interpretativas, hacían peligrar constantemente la uniformidad del derecho continental europeo, éste sobrevivió y su unidad fue restaurada con el triunfo de la Escuela del derecho natural que por doquier resolvió las divergencias, superando las diversas tendencias.

En una época posterior, el triunfo de la idea de codificación constituyó un nuevo peligro para la unidad. Se ignoraba si los demás países seguirían a Francia en la nueva experiencia que la codificación napoleónica y si los códigos no iban a provocar una fragmentación del derecho europeo. Sin embargo todos los países han adoptado la fórmula francesa de la codificación y resultaba cada vez más evidente que la diversidad de los códigos, a semejanza de la diversidad de las leyes y costumbres de antaño constituían necesariamente un motivo de fragmentación de la familia del derecho romano-germánico.

El desfase existente entre las fechas en que se realizó la codificación en Francia y en Alemania dejó sin embargo algunas secuelas. Durante todo el periodo en que los juristas franceses se dedicaron a la exégesis de sus códigos, los juristas alemanes continuaron con la tarea secular que las universidades habían venido efectuando en los textos romanos. Una nueva escuela, la de los pandectistas, triunfó en Alemania y llevó los principios romanos a un grado de sistematización jamás antes vista. A fines del siglo XIX, la elaboración del Código civil alemán (el Bürgerliches Gesetzbuch conocido por su acrónimo el B.G.B.) se efectuó sobre los fundamentos de los estudios de los pandectistas; esto fue lo que determinó la diferencia de estilo entre los códigos civiles franceses y alemanes.⁹ Esta diferencia es producto de un accidente histórico, y por lo tanto resulta más que cuestionable que se pueda identificar en esta diferencia el germen de una oposición permanente entre derecho francés y el derecho alemán; pero es sobre todo arbitrario pretender descubrir en ella una oposición de principio entre las concepciones de derecho latinas y germánicas, sin ponderar la historia y soslayando que los sistemas de derecho de los países “germánicos” distintos de Alemania (verbi gratia Austria, Suiza, los países escandinavos) se encuentran, debido a su alejamiento de la abstracción, se encuentra más cercanos al derecho francés que al derecho alemán.

La interrogante que surge es clara: ¿sería posible, en contraste con el sistema de derecho alemán, hablar de un grupo de los “derechos de los países latinos” al que pudiesen estar integrados el derecho de Francia, de Italia, de España y de Portugal? Esta proposición no

⁹ V. Lassere, *La technique législative*, LGDJ, 2000.

encuentra una adhesión unánime. Es cierto que los derechos de los diferentes países latinos de Europa presentan entre ellos semejanzas, aun sólo fuera por la terminología que emplean, pero igualmente cierto es que difieren también los unos de los otros en numerosos aspectos y es válido sostener que esas diferencias tienen la misma relevancia cómo las diferencias existentes entre el derecho francés y el derecho alemán o el sueco.

Cada uno de los derechos del continente europeo conserva su originalidad y no resulta conveniente subestimar el alcance de las diferencias existentes, pero cuando se ponderan el conjunto de sus elementos, es incuestionable que existe entre ellos una gran semejanza (acentuada en la actualidad por el derecho comunitario). Esta semejanza es aún más evidente si comparamos ese conjunto de elementos con el derecho del *common law*. Lo anterior hace válida la categoría de la familia romano-germánica, sin soslayar la existencia en el seno de esta familia de subgrupos que por lo demás únicamente pueden afirmarse dentro de una o varias ramas especiales de derecho.

54. Desarrollo de un derecho comunitario y de un derecho europeo. Resulta indispensable, actualmente, evocar el desarrollo de un derecho comunitario propio de los países de la Unión Europea y de un derecho europeo elaborado por el Consejo de Europa.

La Unión Europea está integrada por quince Estados miembros,¹⁰ el Consejo de Europa por cuarenta y siete miembros, y tanto en el primero como en el segundo encontramos al Reino Unido e Irlanda que no pertenecen a la familia romano-germánica. El derecho comunitario y el derecho europeo se elaboran cotidianamente y representan una parte importante del derecho aplicable en los países que en muchas ocasiones se ven incluso modificados.

Durante mucho tiempo, la actividad del Consejo de Europa fue más bien modesta ya que se limitaba a proponer convenciones a sus Estados miembros, los cuales muchas veces se adherían a ellas con ciertas reticencias. Los tiempos empero, han cambiado. La obra fundamental del Consejo de Europa es la Convención europea de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, concluida en Roma en 1950. Esta convención entró en vigor en cuarenta y un Estados miembros del Consejo de Europa y es particularmente importante porque, para garantizar su aplicación, se instituyeron una Comisión y una Corte de Justicia, con sede en Estrasburgo. Desde 1998, la Comisión ya no existe y se la reemplazó por una nueva Corte, única y permanente. Toda persona que estima ser víctima de una violación a la Convención puede recurrir a la Corte de Estrasburgo y aun cuándo sus decisiones no se ejecuten automáticamente en los Estados miembros, éstos han aceptado reconocer su autoridad y la mayoría de las ocasiones las han acatado.

La Unión Europea es más importante aún y tiene su origen en el Tratado de Roma de 1957 que creó la Comunidad Económica Europea. Esta comunidad integraba en su inicio seis Estados miembros: Alemania, Bélgica, los Países Bajos, Luxemburgo, Francia e Italia. A los seis primeros países se agregaron Dinamarca, el Reino Unido, Irlanda, Grecia, España, Portugal, Suecia, Finlandia y Austria. La Comunidad Económica Europea, que se transformó en la Unión

¹⁰ Actualmente la Unión Europea se integra por 27 estados: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania y Suecia. Nota del traductor

Europea a raíz del Tratado de Maastrich, parece destinada a convertirse en una verdadera Confederación provista de un Poder Ejecutivo (Consejo de Ministros y Comisión), un Poder Judicial (Tribunal y Corte de Justicia de las comunidades europeas, con sede en Estrasburgo) y un Poder Legislativo (el Parlamento europeo, con sede en Bruselas y Estrasburgo). La Unión Europea cuenta ya con una moneda única de uso corriente y de poder liberatorio ilimitado: el Euro. En su inicio, el derecho comunitario se limitó a asuntos relativos a la economía, pero es válido sostener que casi todos los asuntos pueden relacionarse con la economía. Hoy en día, el derecho laboral, el derecho social, el derecho fiscal, el derecho de los contratos, el contrato de compraventa, el derecho de sociedades mercantiles y el régimen de la responsabilidad civil se encuentran afectados por el derecho comunitario. En los ámbitos vinculados con la economía, se estimó deseable armonizar o unificar las legislaciones y el derecho de los Estados miembros.

Los derechos positivos de los Estados miembros de la Unión Europea están profundamente impregnados de las reglas procedentes de los nuevos derechos, comunitario y europeo, y esto obliga a todos los juristas a interesarse seriamente en el derecho comparado.