

La formación del Derecho Privado Europeo y la tradición del Derecho Romano

Gábor Hamza*

I. Por Resolución del 26 de mayo de 1989 (joc, 1989, C-158-400) el Parlamento Europeo invitó a los Estados miembros a esforzarse en la unificación de su derecho privado (civil y comercial)¹. De acuerdo con esta resolución, la Comunidad Europea (CE) creó una comisión encargada de la realización del proyecto (o de los proyectos)². Otra resolución del Parlamento Europeo, del 27 de abril de 1994 (joc, 1994, C-205-518), solicitó de nuevo a los Estados miembros unificar, en interés de la construcción del mercado interior, ciertos aspectos de su derecho privado³. Esta cuestión fue de nuevo discutida en 1999, ante el Consejo Europeo con sede en Tampere. El punto 39 de las conclusiones adoptadas en Tampere advertía a la Comisión Europea sobre la necesidad de armonizar las reglas nacionales relativas al derecho privado de los Estados miembros⁴. En noviembre de 2001 fue adoptada, por el Parlamento Europeo, otra resolución en el mismo sentido⁵.

Fue en 1980, casi diez años antes de la advertencia de 1989, que se formó, con el apoyo de la Comunidad Europea, un grupo de trabajo autodenominado “Commission on European Contract Law”, dirigido por el profesor Ole Lando de Copenhague, que emprendió la revisión del alcance de los principios del derecho

* Universidad “Eötvös Loránd” de Budapest

1 A propósito de los precedentes de la unificación y la uniformidad del derecho privado en la Antigüedad clásica, cfr. F. MAROI. *Tendenze antiche e recenti verso l'unificazione internazionale del diritto privato*, Roma, 1933, pp. 7 y ss., y 155. En lo que concierne a la obra *Peri nomón* de TEOFRASTO, que trata también, en lo esencial, de la unificación jurídica, cfr. G. HAMZA. *Jogösszehasonlítás és az antik jogrendszerek* (Derecho comparado y los sistemas jurídicos de la Antigüedad), Budapest, 1998, pp. 17 y ss

2 Cfr. B. GROSSFELD y K. BILDA. “Europäische Rechtsangleichung”, en *Zeitschrift für Rechtsvergleichung Internationales Privatrecht und Europarecht*, 33, 1992, p. 426.

3 Cfr. D. STAUDENMAYER. “Perspektiven des Europäischen Vertragsrechts”, en *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, R. von SCHULZE y H. SCHULTE-NÖLKE (eds.), Tübingen, 2001, p. 429.

4 Cfr. H. J. SONNENBERGER. “Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven”, en *Recht der internationalen Wirtschaft*, 48, 2002, p. 489.

5 Cfr. JO C-140E del 13 de junio de 2002, p. 538. Su antecedente es la comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo relativa al derecho europeo de los contratos (COM 398 de 2001). Sobre este punto cfr., en especial, H. G. WEHRENS. “Le rapprochement du droit civil et commercial des Etats Membres de l'Union Européenne”, en *Notarius International*, n.os 3 y 4 de 2001.

contractual europeo⁶. La Academia de los Privatistas Europeos (Accademia dei Giusprivatisti Europei), instalada en París⁷ y conformada en gran parte por juristas romanistas (siendo los miembros más notables de este círculo Peter Stein – vicepresidente de la Academia –, profesor en Cambridge; Theo Mayer Maly, profesor en Salzburg; Fritz Sturm, profesor en Lausanne; Dieter Medicus, de Múnich, y – hasta su muerte ocurrida en 2003 – Roger Vigneron, profesor en Liège), fue creada en octubre de 1990. Es en el marco de esta Academia, que agrupa a civilistas y romanistas de reputación internacional, y cuya tarea es la creación de un derecho común europeo, que funciona el Grupo de Estudio para el Derecho Común Europeo (Groupe d'Étude pour le Droit Commun Européen – gedec-), ocupado en la actualidad en la redacción de un código que contenga el derecho contractual europeo (Code Européen des Contrats)⁸. Este Código se funda, de una parte, en el cuarto libro (*libro cuarto*) del *Codice civile* italiano de 1942, que reglamenta las obligaciones e integra tanto las tradiciones del *Code civil français* como del bgb alemán y, de otra parte, en el *Contract Code*⁹, elaborado entre los años 1960 y 1970 por Harvey McGregor para la *English Law Commission*¹⁰. Un papel decisivo para el desarrollo de la Academia fue desempeñado por el profesor Giuseppe Gandolfi, cuyas investigaciones han sido igualmente significativas en el campo del derecho romano¹¹.

La unificación del derecho tiene, sin embargo, sus opositores. Peter Ulmer¹², por ejemplo, profesor en Heidelberg, es escéptico en cuanto a la unificación en

6 Cfr. O. LANDO. "Principles of European Contract Law", en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, pp. 261 y ss.

7 El primer presidente de la Academia fue ALBERTO TRABUCCHI. Luego de su muerte lo sucedió ANDRÉ TUNC, quien al morir fue reemplazado por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.

8 Para una visión de conjunto respecto de la actividad y los resultados obtenidos por la Academia y por el Grupo de Estudio, cfr. G. GANDOLFI. "Pour un code européen des contrats", *Revue trimestrielle de droit civil*, 1992, pp. 707 y ss. Cfr., igualmente, P. G. GAGGERO. "Il progetto di un codice europeo dei contratti: l'attività del gruppo di lavoro pavese", *Rivista di diritto civile*, 43, 1997, pp. 113 a 120.

9 Cfr. H. MACGREGOR. *Contract Code Drawn up on behalf of the English Law Commission*, Milano-London, 1993.

10 Las discusiones ante la Academia de Pavia y el Grupo de Estudio han sido presentadas públicamente, hasta el momento, en dos volúmenes: *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti. Pavia, 20-21 ottobre 1990*, P. STEIN (dir.), Milano, 1993, y *Atti accademici 1992-1994*, P. STEIN (dir.), Milano, 1996.

11 El anteproyecto del Código Europeo de los Contratos se publicó bajo la dirección del profesor GANDOLFI: cfr. *Code Européen des contrats – Avant project*, G. GANDOLFI (dir.), Milano, 2001; cfr., igualmente, G. GANDOLFI. "Der Vorentwurf eines Europäischen Vertragsgesetzbuches", en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 10, 2002, pp. 1 a 4.

12 Cfr. P. ULMER. "Von deutschen zum europäischen Privatrecht", *JuristenZeitung*, n.º 47, 1992, pp. 1 y ss.

el marco de los Estados miembros de la C. E. Una opinión similar fue expresada por el profesor francés Jean Carbonnier (fallecido en 2003), quien puso en duda la urgencia e, incluso, la necesidad de la unificación jurídica. Estas discusiones recuerdan las querellas entre Anton Friedrich Justus Thibaut y Friedrich Carl von Savigny con ocasión del problema de la codificación del derecho, si bien es verdad, teniendo en cuenta las circunstancias históricas fundamentalmente diferentes de las realidades sociales y jurídicas del año 1810¹³.

No se ha decidido hoy en día con certeza, de manera inequívoca, si Europa necesita realmente un derecho unificado, pero parece, a pesar de toda evidencia, que la unificación del derecho civil (derecho privado) en el terreno de la legislación¹⁴, de cualquier forma – aunque no sea en todos los aspectos jurídicos de manera uniforme – es inevitable. La cuestión de la vía concreta a seguir para la realización de esta unificación está por ahora todavía abierta. Puede tomar la forma de un reglamento, tanto como la de una directiva, o incluso puede ser desarrollada por vía de legislaciones nacionales concertadas¹⁵. El hecho de que en 1970 la adopción de una *Law of Contracts* unitaria, y obligatoria tanto para Inglaterra como para Escocia, haya fracasado, no contradice por demás las tentativas, vistas como una tendencia, de realización de la unidad jurídica¹⁶. El papel del derecho romano, que históricamente constituye el fundamento de la unidad jurídica europea, puede ser decisivo en este proceso, precisando sin duda alguna de un largo periodo, con certeza de muchos decenios, de trabajo¹⁷. Una circunstancia que facilita la validez del derecho romano es el hecho de que, a nivel europeo, la autonomía de la voluntad así como la libertad contractual – entre otros – son los principios jurídicos actualmente aplicados¹⁸. Es innegable, sin embargo,

13 Sobre el futuro del Código en el mundo actual, cfr. D. TALLON. “L’avenir de Code en présence des projets d’unification européenne du droit civil”, en *1808-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Y. LEQUETTE y L. LEVENEUR (eds.), Paris, 2004, pp. 997 a 1009.

14 La mundialización o, en otros términos, la globalización del derecho, constituye un reto para la idea misma de la codificación. Cfr. C. KESSEDIAN. “La mondialisation du droit: Défi pour la codification”, *ibid.*, pp. 917 a 927.

15 Cfr. O. REMIEN. „Rechtseinheit ohne Einheitsgesetze?“, en *Rebels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 56, 1992, p. 30; ÍD. „Illusion und Realität eines europäischen Privatrechts“, *JuristenZeitung*, 47, 1992, pp. 227 y ss. Cfr. también R. HERBER. „Deutsche Zivilrechtskodifikation und Internationale Rechtsvereinheitlichung“, en *Rechtsdogmatik und Rechtspolitik*, K. SCHMIDT (ed.), Berlin, 1990, p. 269.

16 Cfr. W. TILMAN. „Kodifikation des Privatrechts in der Gemeinschaft“, en *Für Recht und Staat, Festschrift für H. Helmrich zum 60. Geburtstag*, München, 1994, p. 441.

17 R. KNÜTEL. “Rechtseinheit in Europa und römisches Recht”, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, n.º 2, 1994, pp. 244 y ss.

18 P. HOMMELHOFF. “‘Europarechtliche Bezüge’ im Zivilrecht, Überlegungen zur Gestaltung des aka-demischen Unterrichts”, en *Für Recht und Staat*, *cit.*, p. 340.

que estos principios, que tienen sus raíces en el derecho romano, han sido en algunos aspectos minimizados. Es el caso, por ejemplo, de lo relativo al área de la protección a los consumidores. En efecto, al interior de un sistema de derecho privado dado, la protección acentuada y mejor construida de la parte débil (el consumidor, conforme a la definición del derecho privado), obliga necesariamente a minimizar estos dos principios. El derecho comunitario induce, en efecto, necesariamente, a ciertas tendencias que amenazan la libertad contractual.

El derecho romano puede cumplir, según mi opinión, un papel importante en la jurisprudencia europea uniforme, por lo menos tendencialmente uniforme, y más precisamente, en la puesta en práctica de tal jurisprudencia. En la época del *ius commune*, un estilo de trabajo jurídico uniforme, llamado *stilus curiae*, estuvo presente a través de toda Europa justamente gracias al derecho romano y a la *lingua franca* de los juristas. Este *stilus curiae* fue abandonado cuando los diferentes sistemas jurídicos se volvieron “nacionales” (*ius patrium*). La formación de los juristas, que vuelve a ser cada día más internacional y de la cual el derecho romano forma (podría formar) parte, en el largo plazo podría desembocar en una nueva armonización del *stilus curiae*¹⁹.

II. El derecho romano tuvo una importancia excepcional para la sociedad medieval, tanto para el sector laico como para el eclesiástico. Estuvo en la base del humanismo jurídico del siglo XVI y constituyó una mina de oro para las doctrinas racionalistas del derecho natural. Fue en el espíritu del positivismo científico, sobre todo a través de la ciencia pandectista, que se transformó en el siglo XIX y se convirtió, a fin de cuentas, en la materia esencial de los grandes códigos del derecho privado. No es posible subestimar su papel en el siglo XX, cuyo ejemplo más significativo es, probablemente, el punto 19 del programa político del Nationalsozialistische Deutsche Arbeiterpartei – NSDAP – (Partido Nacionalsocialista Obrero Alemán), adoptado el 24 de febrero de 1920, el cual se encuentra reforzado en la interpretación de Alfred Rosenberg, pudiendo ser calificada de *interpretatio simplex*. La acogida del derecho romano, calificado de derecho extranjero, individualista, cosmopolita, materialista, liberal, marcado (léase estigmatizado) como un derecho que no tiene en cuenta más que los intereses privados, figura en la literatura jurídica alemana, desde 1930, como una catástrofe nacional (*nationales Unglück*) y un suceso trágico (*Tragik*). Es de notar que Carl Schmitt – en su estudio titulado “Aufgabe und Notwendigkeit des deutschen Rechtsstandes”, *Deutsches Recht*, n.º 6, 1936 – llama, en último término, a la aceptación del derecho romano por la reivindicación del punto 19

19 F. RANIERI. “Der europäische Jurist, Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe”, en *Ius Commune*, 17, 1990, pp. 10 y ss.

del programa de la NSDAP de 1920, a propósito de la introducción del *deutsches Gemeinrecht*, directamente *verfassungsrechtliche Bestimmung ersten Ranges* (*sic!* G. H.). Sin embargo, Carl Schmitt omite sostener esta visión tan particular por medio de argumentos jurídicos. Por lo tanto, la lectura de la literatura de la época en cuestión nos hace pensar en verdad – recordando las líneas irónicas de Ruzstem Vámbéry, a propósito de la reforma legislativa prevista por la NSDAP – que “la influencia romana ha infectado la manera de pensar puritana de los teutones que vivían antiguamente en grutas, saboreando el *meth* (en latín *mulsum*) sobre pieles de oso”.

La corriente de la *antike Rechtsgeschichte* ignora por completo la vida “póstuma” del derecho romano, tanto en sus referencias políticas como jurídicas. Los representantes de esta corriente, resaltando el nombre de Leopold Wenger, no tienen en cuenta el hecho de que el derecho romano ha ejercido durante siglos una influencia decisiva sobre la evolución del derecho europeo y de la ciencia jurídica. En el caso del derecho romano, pudiendo ser considerado a justo título como el *ius commune Europaeum*, los seguidores de esta tendencia, de los cuales quedan aún hoy algunos representantes, no tienen en absoluto en cuenta el papel desempeñado por el derecho romano en la evolución del derecho europeo, más precisamente en la evolución del derecho y de la ciencia jurídica de los países europeos, a causa de su *interpretatio multiplex*. La opinión que limita exclusivamente la posibilidad de la comparación a los derechos de los Estados y los pueblos que se encuentran en un mismo nivel socio-económico contiene esencialmente la misma conclusión. Una ventaja innegable es, no obstante, la bien fundada que, en último término, ofrece una percepción sinóptica. De otro lado, esta concepción limita a tal punto la posibilidad de la comparación que se aproxima así a los últimos límites de la racionalidad. La frustración causada por este punto de vista se presenta de manera particularmente visible en los trabajos de Ernst Schönbauer, que limita la posibilidad de la comparación a los territorios bien estrechos de los derechos de los pueblos antiguos que se encontraban en un mismo nivel de civilización o que tenían entre ellos un parentesco étnico. La opinión que niega la posibilidad de comparación entre las instituciones romanas y los sistemas jurídicos modernos, en la medida en que se trata para las primeras del Estado descendiente de una formación socioeconómica esclavista, se apropia de bastantes aspectos de esta concepción. Los partidarios de esta opinión olvidan sin embargo el importante papel desempeñado por la continuidad dentro del círculo de los fenómenos jurídicos.

Durante el último cuarto del siglo xx, es el profesor berlinés Uwe Wesel quien polemiza, en su obra *Aufklärungen über Rechte*, publicada en 1981, admitiendo que las estructuras y las construcciones reaparecen en el derecho

de manera periódica, Theo Mayer-Maly escribe al respecto acercándose bastante a la *Wiederkehr von Rechtsfiguren*. La teoría que admite la existencia de estructuras y construcciones que reaparecen de manera regular en el derecho no es naturalmente extremista, al punto de negar la existencia de formas jurídicas ligadas exclusivamente a las formaciones socio-económicas particulares, tales como el vasallaje, lo que en sí excluye la aceptación del derecho romano como *ratio scripta* atemporal. Por lo tanto no es más que el signo de una “deformación profesional” si los juristas sobreestiman el hecho de que los actos jurídicos, por lo menos un conjunto de actos jurídicos – la expresión *negotium* viene de Johannes Althusius (1557/63-1638) –²⁰, pueden ser resueltos con la ayuda de las mismas construcciones jurídicas, con independencia del factor temporal. Esto, sin embargo, no cambia nada, puesto que la legislación y la práctica jurídica de los últimos años han recurrido más de una vez de manera concreta a las construcciones del derecho romano, tanto como a sus instituciones en muchos países europeos, mas también en los países extraeuropeos.

La permanencia de las tradiciones no puede eximir al investigador de la necesidad de analizar las diferencias de fondo, así como la función económica correspondiente a cada época estudiada. Esto es válido, por ejemplo, para el examen de la reglamentación de los monopolios y carteles, ejemplo que puede parecer extremo a primera vista. Así, la reglamentación de los monopolios y carteles en el derecho romano, marcada con elementos del *ius publicum*, es de todo punto diferente del derecho de los carteles moderno; sin embargo, las relaciones socio-económicas que se encuentran detrás de esta reglamentación – independientemente de los sistemas socioeconómicos en cuestión – se aproximan con seguridad en algunos puntos.

III. La expresión “recepción”, en relación con el derecho romano, no significa una “ocupación cultural” cualquiera, sino más bien – en lo que concierne a Alemania – una noción equivalente a aquella de un derecho que empieza a ser en alguna medida más científico (*Verwissenschaftlichung*). La recepción no puede estar ligada ni al *Reichskammergerichtsordnung* adoptado en 1495, ni a la ordenanza del emperador Lotario III, perdido en la bruma de la leyenda. La recepción del derecho romano en Alemania significa, de hecho, una tradición intelectual que tiene por fundamento el derecho romano, y que no se relaciona sino en pequeña medida a un sistema jurídico positivo dado, o *tus positivum*. La existencia continua e ininterrumpida de esta recepción, tal como se define aquí, puede ser demostrada después de varios siglos, por

20 La noción de *negotium iudicium* se encuentra por primera vez en DANIEL NETTELBLADT (1719-1791), alumno de CHRISTIAN WOLFF. NETTELBLADT contribuyó en gran parte a la elaboración (conceptualización) de la parte general (*Allgemeiner Teil*) de los códigos civiles alemanes.

medio de los juristas alemanes que estudian en los *studia generalia* de Italia del norte.

Los signos de una recepción ligada al derecho positivo, es decir, de un derecho romano en vigor de manera subsidiaria, se presenta sin embargo desde el siglo XI. Además, en el siglo XIII los elementos del derecho romano pueden observarse igualmente en la práctica de los tribunales eclesiásticos cuando juzgaban los asuntos que tenían naturaleza de derechos privados, local ocurría con frecuencia. Para nosotros, es en este último terreno que se presenta la influencia de los Comentadores, pues el derecho romano entendido como “literatura jurídica” fue introducido en Alemania por intermedio de los Glosadores. La separación en dos tipos de influencia que ha podido ejercer el derecho romano no significa, evidentemente, la negación de la importancia de la actividad de los Comentadores, del modo que lo han concebido, por ejemplo, los seguidores de Friedrich Carl von Savigny, considerándolos sólo como post-glosadores. La recepción, sin embargo, de ningún modo se limita al derecho romano, sino que se ha extendido igualmente al “recibimiento” del derecho canónico y al derecho feudal lombardo. Es así que se ha desarrollado el *ius commune* = *gemeines Recht*, como una materia jurídica que trata todo, lo mismo el derecho público que el derecho privado, oponiéndose y rivalizando con el *Landesrecht*. Le corresponde a los llamados practicantes armonizar este *ius commune*, que guarda un carácter de derecho mezclado, con los derechos particulares locales, o en otras palabras, adaptar el *ius commune* a las circunstancias locales.

La capacidad de aceptar el derecho romano difiere, en función de las condiciones objetivas, de manera significativa de un país europeo a otro. Desde el punto de vista de la recepción, el nivel de la práctica jurídica del país (de la región) dado(a), así como el sistema político en cuestión, es decisivo. En el siglo XIII, por ejemplo, en gran parte de la Península Ibérica las condiciones eran tales que el derecho romano pudo ser objeto de una recepción en la obra legislativa compuesta de siete partes de Alfonso X (el Sabio), las *Siete Partidas*. En Suiza, por el contrario, sobre todo debido a circunstancias políticas particulares, la recepción del conjunto del derecho romano (*receptio in globo* o *receptio in complexu*) fue imposible. Existe un lazo muy sólido entre el derecho romano y el derecho llamado imperial, *ius caesareum* o *Kaiserrecht*. El derecho romano sirve en efecto de fundamento ideológico a la *renovatio imperii*, que adquirió excepcional importancia durante el reinado de la dinastía de los Staufer. El derecho romano, más precisamente, el *ius publicum Romanum*, se convierte en el instrumento de legitimación del *Weltkaisertum*. El trabajo más representativo, en su título y en su contenido, de tendencia cameralista es el *Usus modernus pandectarum*, de Samuel Stryk, fechado alrededor de los siglos XVII y XVIII.

Aunque la tendencia de los practicantes esté caracterizada, de una parte, y mucho, por la orientación de la práctica alemana – aquella que desemboca en un distanciamiento de las fuentes romanas originales–, y de otra, por el modo de examen casuístico, ocurre lo mismo con los cameralistas alemanes, de modo que podemos hablar por primera vez de “ciencia pandectista”. La expresión “ciencia pandectista” ligada a esta tendencia es conveniente, a pesar de que la tendencia en sí misma – sobre todo a causa de su visión particularista cada vez más dominante – sea incapaz de evolucionar. Sólo el derecho natural surgido en el siglo XVII será capaz de ayudar al desarrollo de esta „ciencia pandectista” estéril, cultivada por los practicantes.

Debemos subrayar que el derecho romano cumple igualmente un papel importante en la formación de las doctrinas del derecho natural. El derecho natural, no el antiguo sino el moderno, en el cual el *processus* ha sido llamado muy certeramente por Max Weber *Entzauberung der Welt*, es inseparable de la concepción de *ius naturale* del derecho romano²¹. El esfuerzo de los doctores del derecho romano tratando de extraer el *ius civile* del *ius naturale* es un criterio fundamental del derecho natural de los siglos XVI y XVII. La influencia del derecho romano puede ser igualmente demostrada en el derecho natural escolástico cretense. En el caso de Hugo Grocio, siguiendo la doctrina del derecho natural racionalista, la *auctoritas* del derecho romano se relaciona con el *imperium rationis* del *ius Romanum*. El derecho romano cumple igualmente un papel cardinal para Samuel Pufendorf, quien se cuenta también entre los seguidores de la tendencia del derecho natural secularizado, autor del influyente *De iure naturae et gentium libri octo* (1672). Sin embargo, la mezcla entre la “ciencia pandectista” y el derecho natural no se realiza, lo que puede atribuirse de todas maneras, de una parte, a la percepción publicista del derecho natural y, de otra, al interés no jurídico pero filosófico de los profesores de derecho natural, como lo demuestra el ejemplo de Christian Wolff, quien se ocupa en primer lugar de la filosofía moral y no del derecho.

IV. La contradicción fundamental entre el *Usus modernus pandectarum* y el derecho natural no puede ser resuelta sino por la Pandectística que se desarrolla en los trabajos de los representantes de la Escuela Histórica del Derecho. La Pandectística que anhela crear la “filosofía del derecho positivo” (Franz Wieacker) se caracteriza por la visión histórica, la construcción a partir de las fuentes naturales (justinianeas), la necesidad de establecer sistemas, la aspiración de liberar la teoría del derecho, en fin – como objetivo

21 A propósito de la noción romana de *ius naturale*, cfr. G. HAMZA. “Bemerkungen über den Begriff des Naturrechts bei Cicero”, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, vol. I, Napoli, 1977, pp. 349 a 362.

de todo lo anterior—, el desprendimiento, uno a uno, de los particularismos. El derecho de las Pandectas del siglo XIX, el *heutiges römisches Recht*, busca separarse nítidamente del *Usus modernus Pandectarum*, en el que predomina el elemento particularista.

El derecho de las Pandectas del siglo XIX, llamado igualmente Pandectas a partir de la obra de Georg Friedrich Puchta publicada en 1838 (*Lehrbuch der Pandekten*), es, después de la definición del jurista alemán, la teoría general del derecho privado alemán que reposa sobre el derecho romano, y en la que la función y la importancia se encuentran en la formación y el desarrollo de las bases del sistema del derecho privado.

A pesar de su desarrollo en el territorio alemán, no es oportuno hablar exclusivamente de la Pandectística alemana, puesto que esta tendencia no significa solamente “la doctrina del *gemeines Recht* (Paul Koschaker) sino que ejerce, desde su formación, una influencia importante más allá de las fronteras de Alemania.

Es suficiente con pensar en la influencia de la Pandectística en Inglaterra. Así, John Austin, adoptando la teoría jurídica de Jeremy Bentham, sigue en su análisis de las nociones jurídicas la Pandectística alemana. De manera particular, él considera *Das Recht des Besitzes* de Savigny como una obra maestra y un trabajo jurídico perfecto. La primera edición del *System des Pandektenrechts* de Thibaut, publicado en 1803, ha tenido igualmente una gran influencia sobre él. Esta obra de Thibaut, editada ocho veces entre 1803 y 1834, ha tenido, además, una enorme influencia sobre el conjunto de la ciencia jurídica inglesa. La obra *Introduction to the Study of Jurisprudence* de Nathaniel Lindley, publicada en 1845, es una traducción de la parte general del trabajo citado de Thibaut. Nos remitimos además al hecho de que en la *Ancient Law* de Sir Henry Sumner Maine, publicada en 1861, es también posible encontrar las influencias pandectistas²².

V. Los miembros de la Academia de Pavía, entre los cuales podemos encontrar tanto especialistas del derecho romano como del *common law* y del moderno derecho privado codificado, en su trabajo relativo a la codificación del derecho contractual europeo, se imponen la tarea de crear un compromiso entre el derecho privado continental, basado en el derecho romano, y las construcciones contractuales del *common law*.

Es un hecho que numerosas semejanzas se pueden demostrar entre varias instituciones y las construcciones jurídicas del derecho romano y del derecho inglés. Es, sin embargo, igualmente innegable que las diferencias de percep-

22 Cfr. L. LOMBARDI. *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967.

ción que existen entre el derecho romano y el derecho inglés, habiéndose desarrollado este último en medio de circunstancias históricas particulares, no son descartables. Es un “atributo” del derecho romano que, a pesar de ser un derecho jurisprudencial, el llamado *diritto giurisprudenziale*²³ no se somete en general a las decisiones anteriores de los jueces. El significado de lo que es un derecho jurisprudencial puede, no obstante, ser diferente en función de la dependencia del investigador que lo interpreta desde tal o cual corriente jurídica. Según Friedrich Carl von Savigny la especificidad nacional del *Juristenrecht* es la sistematización, o, más exactamente, la tendencia a integrarlo todo en sistemas. Esta concepción aparece de manera particularmente visible en su obra *System des heutigen römischen Rechts*. Por el contrario, Rudolph von Jhering, enemigo declarado del positivismo jurídico, examina esta problemática desde un ángulo completamente diferente. Para Jhering – y esto concierne en especial a su obra *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*— el derecho romano, percibido como un derecho jurisprudencial, posee actualidad tanto en sentido metodológico como ideológico.

El carácter de derecho jurisprudencial del *ius Romanum* aparece, de manera acentuada, en la obra de Koschaker titulada *Europa und das römische Recht*. Koschaker ve en el derecho romano un tipo ideal eficaz contra el positivismo jurídico elevado a “las alturas absolutas”. El proclama, observando el derecho romano como un *Juristenrecht*, la oposición de este último con el derecho inglés. El derecho inglés es, en efecto, un *judge made law*, lo que hace evidente la diferencia entre estos dos derechos. El *ius Romanum* no puede ser jamás considerado como un derecho de precedentes. Es esto lo que muestran en la literatura jurídica – por citar sólo algunos autores – Buckland, McNair, Schiller, Dawson, Van Caenegem, Pringsheim y Peter.

VI. La cualidad de derecho jurisprudencial del derecho romano puede observarse y ser demostrada en todas las fases de desarrollo del mismo²⁴. El fundamento de esta afirmación está constituido – entre otros – por el hecho de que la continuidad entre el derecho y la ciencia jurídica pontifical, así como la ciencia jurídica laica, es evidente. Examinando el carácter del derecho creado por el juez del *common law* es necesario, de todo punto, subrayar las especificidades del desarrollo de este derecho debidas a las particularidades históricas y, no en último lugar, ideológicas. Podemos remitir a algunas particulari-

23 Cfr. G. HAMZA. “Sir Henry Maine és az összehasonlító jog” [Sir Henry Maine y el derecho comparado], en *Jogállam* [Estado de derecho], 1998-1999, pp. 326 y ss.

24 En relación con el desarrollo de la ciencia jurídica romana, cfr. A. FÖLDI y G. HAMZA. *A római jog története és intézményei* (Historia e instituciones del derecho romano), 15.a ed., Budapest, 2010, pp. 84 y ss.

dades del *ius consuetudinarium* inglés a propósito de la regla *stare decisis*. Es necesario destacar también que en el derecho inglés (cfr., p. ej., leg. Henr. ix, 9) la interpretación de las leyes se realiza de manera bastante elástica. El juez está mucho menos obligado por las leyes, más precisamente por sus textos, de lo que lo está por las decisiones judiciales anteriores. Bracton, autor de *De legibus et consuetudinibus Angliae*, es de hecho el primero – aunque algunos signos de tal percepción se hayan presentado en Glanvil – en argumentar, igualmente en el plano teórico, el *vigor* obligatorio de los precedentes. Esto aparece acentuado en su sentencia “Si tamen similia evenerint, per simile iudicentur, dum bona est occasio a similibus procedere ac similia” (*De leg. f.1 b*).

Una diferencia importante entre el derecho romano y el derecho inglés se encuentra en el *ars distinguendi* que caracteriza a los jurisconsultos romanos, es decir, el “arte” de poder separar en los *responso*, lo esencial, aquello que es importante desde el punto de vista jurídico, de lo que es insustancial para el derecho. Es por medio de este *ars distinguendi* que se puede reconocer el alto grado de capacidad de abstracción de los *iuris periti* (*iuris consulti*) romanos, que la *communis opinio* ha negado hace tiempo al derecho romano. Mencionamos aquí el hecho de que, curiosamente, Fritz Schulz habla de su aversión frente a la abstracción de los romanos.

En los diferentes *responso*, en realidad, solo aparecen los elementos esenciales desde el punto de vista jurídico, contrariamente a la relación, casi inseparable y refundida, que tienen las *rationes decidendi* y *obiter dicta* en los precedentes (*precedents*) de la jurisprudencia anglosajona. La verdadera línea de separación entre el modo de pensar romano y la percepción anglosajona la constituye el *ars abstrahendi* presente en los trabajos de los jurisconsultos que actuaron durante los últimos siglos de la época preclásica del derecho romano. Debemos mencionar, sin embargo, que la doctrina del *stare decisis* está presente en el derecho romano – seguramente no de una manera expresa – en cierta medida por la interpretación del *ius respondendi*. Esto se explica por el hecho de que la fuerza jurídica de las opiniones (*responso*) de los jurisconsultos existe – de manera implícita – en el derecho romano, ejerciendo una cierta influencia sobre las sentencias futuras a ser pronunciadas.

La cuestión de la pertinencia de los precedentes en el terreno del derecho romano es importante en cuestiones de comparación con el derecho inglés. Podemos examinar la importancia de estos precedentes tanto por las fuentes jurídicas como por las no jurídicas. Al lado de las donaciones²⁵, es aquí de importancia excepcional tratar, incluso paradigmáticamente, el derecho de las

25 Cfr. J. P. DAWSON. *Gifts and Promises – Continental and American Law Compared*, New Haven, 1980.

sucesiones. Es en el derecho de las sucesiones, en particular a propósito de la *querela inofficiosi testamenti*, que se puede constatar el peso de las sentencias anteriores. En el terreno del derecho de las obligaciones podemos mencionar la *compensatio*, donde los *responsa* anteriores tienen un peso más importante. Este peso seguramente se expresa en el marco del reconocimiento de la fuerza normativa de ciertos principios jurídicos. La problemática del *ius singulare* es importante desde el punto de vista del examen de los precedentes. En el caso del *ius singulare* en efecto – por un privilegio, p. ej. – *in aliis similibus* no puede ser evidentemente comprendida, incluso con gran reserva, más que por la exposición en consideración a casos (*casus*) anteriores.

La doctrina del *stare decisis* juega un papel primordial en la evolución jurídica inglesa de la época moderna. Naturalmente, en el procedimiento moderno la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta* es clara; su modo impone además, de vez en cuando, un trabajo serio a aquellos que aplican el derecho, lo cual no se cansan de expresar muchos autores; así, p. ej., Montrose, Simpson, Derham, Allen, Cross y Paton. Finalmente, la doctrina de *stare decisis* puede ser relacionada con el hecho de que a partir de la Edad Media el elemento más importante del derecho inglés lo constituye la actividad del juez que, por consiguiente, es – justamente – llamado por Dawson “oráculo del derecho”.

VII. En el desarrollo del derecho privado moderno la convergencia adquiere un lugar cada vez más importante. Es a justo título que muchos autores, como por ejemplo James Gordley²⁶ y Paolo Gallo²⁷ en la literatura jurídica reciente, hablan de la relativización de las diferencias entre *common law* y *civil law*, a pesar de su desaparición en el marco de muchas instituciones jurídicas. En el terreno del derecho de las obligaciones, muchas instituciones, construcciones de derecho continental (europeo), son objeto de recepción en el derecho inglés. Es necesario subrayar, a nivel terminológico, que algunos autores ingleses, a propósito de la *English private law*, hacen expresa referencia al papel de las tradiciones jurídicas romanas²⁸.

El derecho privado de los países europeos, algunos con medidas diferentes y construidos sobre tradiciones históricas distintas, depende del derecho romano. Esto es cada vez más visible en un periodo en el cual son reducidas, e incluso desaparecen, las diferencias entre los “dominios jurídicos” y las

26 Cfr. J. GORDLEY. “‘Common Law’ v. ‘Civil Law’. Una distinzione che va scomparando?”, en *Scritti in onore di R. Sacco*, vol. 1, Milano, 1994, pp. 559 y ss.

27 Cfr. P. GALLO. “La recezione dei modelli continentali nel diritto inglese delle obbligazioni”, *ibid.*, pp. 473 a 494.

28 Cfr. *English Private Law*, I y II, P. BIRKS (ed.), Oxford, 2000.

“familias jurídicas”, cambios con frecuencia motivados por voluntades políticas. Las tradiciones culturales y las civilizaciones divergentes no constituyen, en modo alguno, una barrera para la “admisión” y la recepción del derecho romano, ciertamente dentro de medidas variables según el caso, lo cual es particularmente evidente en la parte de la obra que examina la influencia de las tradiciones del derecho privado europeo en los Estados extraeuropeos. Esto demuestra igualmente la importancia de tomar en consideración el papel primordial jugado por el derecho romano cuando se procede al análisis transversal, comparativo de la evolución del derecho privado europeo.