

# UNIDAD 2



## SISTEMAS JURIDICOS CONTEMPORÁNEOS

### TEMA 1:

La formación histórica del sistema

# ÍNDICE

Unidad 2: Familia Romano Germánica	
1.1 Objetivo	3
1.2 Introducción	3
2. Información de los subtemas	5
2.1 El período consuetudinario y el período legislativo	4
2.2 La codificación y su expansión en Europa	21
2.3 Las Instituciones del Derecho romano	24
2.4 Ramas del Derecho	26
3. Bibliografía	32

# 1. Unidad 2:

---

## » Objetivo:

Comprender de forma global todos los elementos históricos, filosóficos y políticos que determinaron el desarrollo de los ordenamientos jurídicos de la familia romano-germánica

## » Introducción:

En esta Unidad nos enfocamos en el estudio de una de las dos familias que tradicionalmente se identifican como parte de los sistemas jurídicos occidentales. Es decir, dedicaremos nuestro estudio a la familia jurídica romano germánica. La otra familia jurídica occidental es la del common law. Empezamos nuestro estudio siguiendo un enfoque histórico, en virtud del cual se divide a esta familia jurídica en dos periodos, el consuetudinario y el legislativo. Posteriormente, abordamos el estudio de la corriente codificadora y la importancia y expansión por toda Europa continental. Luego, estudiaremos las principales instituciones del Derecho romano, para terminar nuestro estudio conceptualizando, caracterizando y definiendo las principales ramas del Derecho que forman parte de la familia romano germánica.

## 2. Información de los subtemas

---

### 21. El período consuetudinario y el período legislativo

La característica histórica principal de la familia jurídica romano germánica es que su origen es el Derecho Romano, es decir, el ordenamiento jurídico que rigió a los ciudadanos de la antigua Roma desde su fundación en el año 753 antes de Cristo, según la tradición. Sin embargo, como hemos dicho, el Derecho Romano es el principal origen de esta familia jurídica, pero el único. Otra herencia que intervino en la formación de esta familia es el de las normas de los pueblos germanos que invadieron el imperio romano de occidente. De ahí proviene la denominación familia romano germánica.

A la familia jurídica romano germánica se la suele denominar civil law en contraposición al common law. También se la suele denominar sistema jurídico europeo continental, en contraposición al sistema europeo insular (de Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte). Otras denominaciones utilizadas para referirse a la familia jurídica del presente estudio son romano-canónico; también se denomina grupo francés, denominación utilizada por René David; sistema romanístico, empleada, fundamentalmente, por los italianos; romano-cristiano, por los orígenes romanos y la inspiración cristiana que caracteriza a este grupo de derechos; y sistema neorrománico.

#### **El periodo consuetudinario**

Este periodo se inicia en el siglo V d.C., cuando se suscitaron las invasiones al imperio romano de occidente, por parte de diversos pueblos, especialmente de origen germánico.

Luego de estas invasiones los pueblos romanizados por una parte y los bárbaros por otra, siguieron aplicando sus propias leyes.

Con el pasar del tiempo, la forma de vida se unificó y los diversos grupos étnicos se mezclaron. Luego, con la aparición del feudalismo unas costumbres territoriales prevalecieron sobre las demás y se terminó por eliminar el principio primitivo de personalidad de las leyes.

Según René David, es posible remitirse a algunos documentos para conocer el estado del derecho romano o de los derechos de los bárbaros. Las compilaciones de Justiniano (Código, Digesto e Institutas publicados de 529 a 534 DC y complementados por una serie de Novelas) en Oriente y en cierta medida en Italia, la Lex Romana Wisigothorum o Brevario de Alarico (promulgada en el año 506 DC) en Francia y la península ibérica, representaban en teoría el derecho romano.

A partir del siglo VI d.C., se redactaron leyes bárbaras para la mayoría de los pueblos germánicos y este proceso continuó hasta el siglo XII, especialmente en la legislación de diversos pueblos nórdicos o eslavos.

Sin embargo, estos documentos no dan cuenta muy exacta del derecho que realmente se aplicaba en Europa en el siglo XII. Las “leyes bárbaras” no regulaban más que ciertos ámbitos del orden social, con frecuencia residual.

Por otra parte, aún en la edición simplificada por Alarico, las compilaciones se transformaron rápidamente en textos legales demasiado eruditos y complicados. De hecho, el derecho erudito que se identifica en esas compilaciones fue modificado y reemplazado, en realidad, por un derecho vulgar, un derecho más simplificado aplicado por los jueces. Nadie tuvo la inquietud de redactar por escrito las reglas de ese derecho cuyo alcance se circunscribió al ámbito local (René David).

Los intentos de los soberanos por construir un conjunto único de reglas aplicables a los súbditos fueron destruidos por las constantes invasiones. Por ejemplo, el Edicto de Teodorico (500) en Italia, y el Fuero Juzgo (654/694) en España, fueron aniquiladas por las invasiones de los Lombardos en Italia (565) y de los árabes en España (711), respectivamente. Fuera de estos intentos, los soberanos limitaron su intervención a aspectos que concernían generalmente más al derecho público que al derecho privado (los capitulares francos constituyen un excelente ejemplo).

Las reglas del derecho existentes eran inaplicadas en la práctica. En su lugar, las contiendas se resolvían por los usos y costumbres de los pueblos. Costumbres como los juicios de Dios, el juramento de las partes o de sacerdotes juramentados (compurgación) o la prueba de las ordalías, eran utilizadas para dirimir los conflictos. Y por otro lado, las autoridades destinadas a pronunciar el derecho no disponían de la fuerza necesaria para hacer realidad sus fallos.

En el alto medievo, si bien si existían instituciones hechas para decir el derecho (los rachimbours francos, los laghman escandinavos, los lögsögumador islandeses, los brehons irlandeses y los withan anglosajones), la sociedad volvió a un estado más primitivo, y el reino del derecho había terminado.

Entre particulares como entre grupos sociales las controversias se resolvían mediante la ley del más fuerte o mediante la autoridad arbitraria de un jefe. La institución que gozaba de mayor estima era el arbitraje, que más que darle a cada uno lo que le corresponde, servía para mantener la solidaridad del grupo y garantizar la coexistencia pacífica entre grupos rivales. La idea misma de una sociedad que garantizara los “derechos” de cada uno era por lo demás repudiada. Un refrán que circulaba entre los pueblos germanos en el siglo XVI sentenciaba: Juristen, böse christen (Los juristas son malos cristianos). Este adagio, que era válido en principio a los romanistas, resultaba igualmente válido para todos los demás juristas: El derecho mismo era algo malo.

**El renacimiento del ideal de derecho.-** La creación de la familia romano-germánica está vinculada con el renacimiento que ocurrió en los siglos XII y XIII en el Occidente europeo. Con el renacimiento de las ciudades y del comercio, la sociedad llegó a pensar que únicamente el derecho podía garantizar el orden y la seguridad que permiten el progreso.

En consecuencia, la idea de una sociedad fundada en la caridad cristiana perdió fuerza, y la misma Iglesia distinguió entre la sociedad religiosa de fieles y la sociedad laica. Además se empezaba a desarrollar un derecho privado canónico.

Según René David, religión y moral dejaron de confundirse con el orden civil y el derecho. Al derecho se le reconoció una función propia, así como una autonomía que en lo sucesivo serían las características de la civilización occidental.

Por otra parte, el postulado de que la sociedad debía ser regulada por el derecho, aunque no era nuevo, pues si estuvo presente entre los romanos, significó una verdadera revolución del pensamiento en el siglo XII. Filósofos y juristas apoyaron la idea de que las relaciones sociales deben estar regidas por el derecho, y que este derecho esté fundado en la justicia y la razón, y no en consideraciones sobrenaturales.

Esta revolución del pensamiento sustentado en el postulado de que la sociedad debía ser regulada por el derecho, no estaba ligada ni dependía de algún poder político específico, a diferencia del derecho inglés, el *common law*, que sí estuvo vinculado al progreso del poder real y a la existencia de los tribunales reales centralizados.

Las universidades fueron el medio más idóneo para la divulgación de estas nuevas ideas que favorecían el renacimiento del derecho. La primera y también la más ilustre fue la Universidad de Bolonia en Italia.

Sin embargo, las universidades estaban muy distantes de ser escuelas prácticas de derecho. El profesor universitario se dedicaba a enseñar un método apropiado para

extraer las reglas de derecho de fondo más justas; es decir, las que resultaran más conformes a la moral y más favorables al buen funcionamiento de la sociedad.

En las universidades, el derecho se concebía como un modelo de organización social. Su centro de gravedad no eran los juicios ni la ejecución de las sentencias, sino la vinculación del derecho con la filosofía, la teología y la religión. En esta etapa el Derecho debía servir para indicar a los jueces cómo, según la “prudencia”, debían resolverse las controversias. El derecho prescribía las reglas que los justos tenían que observar en su comportamiento social. Al igual que la moral, al derecho se le conceptuaba como un Sollen (lo que hay que hacer) y no como un Sein (lo que se hace en la práctica) (René David).

Como en la mayoría de naciones el derecho positivo era caótico y estaba muy fragmentado, las universidades se enfocaron en estudiar y desarrollar el derecho más allá del ámbito meramente local. Precisamente ese caos y fragmentación del derecho motivó a que en países como Italia y Francia se le denominara como “bárbaro”.

Por ello, las universidades se enfocaron en estudiar y desarrollar el Derecho más allá del ámbito local. En consecuencia, ninguna universidad europea sustentaría sus programas de estudio en el derecho consuetudinario local.

A medida que aumentaba el desprecio por las costumbres locales, crecía la admiración de los profesores y los estudiantes por el estudio del derecho romano. Este Derecho se ofrecía como un derecho sencillo de estudiar, sobre todo porque de manera general estaba redactado en latín. Por ejemplo, el contenido de todas las compilaciones de Justiniano estaban redactadas en latín. El derecho romano era el derecho que había pertenecido a una civilización brillante, que se extendió desde el Mediterráneo hasta el mar del Norte, desde Bizancio hasta Bretaña, y que evocaba en el espíritu de sus contemporáneos, con nostalgia, la unidad perdida de la cristiandad.

Una de las críticas esgrimidas en contra del derecho romano, era que provenía de un mundo pagano, pues provenía de una civilización que no conoció a Cristo, y estaba vinculado a una filosofía diferente al Evangelio, así como diferente de los padres de la Iglesia y del cristianismo.

A principios del siglo XIII, Tomás de Aquino se apartó de esa crítica. Su obra, que renovó la filosofía de Aristóteles, resaltó que la filosofía precristiana fundamentada en la razón, estaba en una gran medida conforme a la ley divina. Con Tomás de Aquino se levantó el último obstáculo para el renacimiento de los estudios del derecho romano. A partir de Tomás de Aquino, en todas las universidades de Europa la base de la enseñanza del derecho se fundaría en el derecho romano y en el derecho canónico (René David).

La preeminencia de la enseñanza del derecho romano por sobre la enseñanza de los derechos nacionales se extendería hasta el siglo XIX.

Una de las consecuencias de la enseñanza del derecho romano en las universidades, es la aparición de varias escuelas, caracterizadas por tener fines y métodos propios.

Una de las primeras escuelas fue la de los glosadores, cuyo propósito primordial fue reencontrar y explicar el sentido originario de las leyes romanas. El movimiento comienza con Irnerius, un monje que enseñaba artes liberales, el cual se dedicó a hacer comentarios y anotaciones marginales, las denominadas glosas, a la obra jurídica de Justiniano, al Corpus Iuris Civilis (González, 2010).

Según refiere Román Iglesias, la más importante obra de los glosadores fue la llamada Glosa Grande o Glosa de Acursio, compuesta por este jurista aproximadamente en el año 1260.

En el siglo XIV, con la escuela de los postglosadores, se manifestó una nueva tendencia y un trabajo radicalmente distinto se llevó a cabo: el sistema de derecho romano fue debidamente expurgado, se le sometió a distorsiones y fue objeto de desarrollos

enteramente novedosos (derecho mercantil y derecho internacional privado); al mismo tiempo que se sistematizó su presentación, de una manera que se contrasta profundamente con el caos del Digesto y con el espíritu casuístico y empírico de los jurisconsultos de Roma. Los juristas ya no se interesaron más por encontrar las soluciones romanas, se concentraron más bien, empleando los textos del derecho romano, a introducir y a justificar reglas adaptadas a la sociedad de su tiempo (René David). Uno de los portaestandartes de la escuela de postglosadores o comentaristas fue Bartolo de Sassoferrato.

A esta escuela se le debe la elaboración del *Ius Commune*. Tenemos que añadir que la recepción del *Ius Commune* varió según las diversas circunstancias de la Europa continental, como ejemplo tenemos que en Alemania la recepción del *Ius Commune* tuvo un matiz especial ya que se convirtió en derecho alemán y llegó a ser: “el primer país en tener una ciencia jurídica propia, llamada *Usus Modernus Pandectarum*” (González, 2010).

El *jus commune*, dentro del sistema romano germánico, es el producto de la ciencia jurídica europea cuyo propósito era ofrecer a los juristas un marco de referencia, un vocabulario y unos métodos, para la construcción de soluciones más justas a las controversias.

**La escuela del derecho natural.** A partir de los posglosadores, el derecho que se impartía en las universidades, se alejaba más del derecho de Justiniano, para convertirse en un derecho sistemático, fundado en la razón y con vocación de ser aplicado de manera universal.

Durante los siglos XII y XIII, dentro de las universidades se impuso una nueva escuela, denominada la escuela del derecho natural.

La Escuela del derecho natural que llegó a dominar el escenario en los siglos XII y XIII, se distanció en muchos aspectos de la escuela de los posglosadores, principalmente porque abandonó el método escolástico e impulsó en un alto grado la sistematización

del derecho concibiéndolo de manera axiomática, eminentemente lógica, a imagen y semejanza de las ciencias.

Se alejó de la idea del orden natural de origen divino, y pretendió construir todo el orden social sobre la consideración del hombre, y exaltó los “derechos naturales” del individuo, provenientes de la personalidad misma de cada sujeto. A partir de este momento, la idea del derecho subjetivo va dominar el pensamiento jurídico René David.

La escuela del derecho natural dejó de concebir al derecho, cómo un derecho natural, para considerarlo como una obra de la razón René David.

Esta escuela renovó completamente la ciencia del derecho en sus métodos, en sus tendencias axiomáticas y por el lugar otorgado a la legislación.

En cuanto al fondo del derecho, su inflexión obliga a la reflexión en dos ámbitos: en el derecho privado y en el derecho público.

En el derecho privado, la Escuela del derecho natural no agregaba, ni ofrecía en la práctica, ningún sistema alternativo al derecho romano. La escuela del derecho natural sólo exigía que la aplicación de las reglas del derecho romano se hicieran siempre y cuando no fueran contrarias a la razón o a la justicia, y conforme a los sentimientos y a las necesidades de la sociedad. Además, proponía rechazar la aplicación obligada del *communis opinio doctorum*, y adoptar como axioma de valoración del sistema del derecho romano a la “razón escrita”.

Mientras en el derecho público la perspectiva varió totalmente. Para el derecho público, el derecho romano no constituyó nunca un modelo. La Escuela del derecho natural se esmeró porque, paralelamente al derecho privado basado en el derecho romano, en Europa se elabore un derecho público que hiciera efectivos los derechos naturales del hombre y garantizara las libertades de la persona humana.

**Los derechos nacionales y regionales.** Las universidades impulsaron en toda Europa la idea de que el derecho debía regular a la sociedad civil, y que de que el mejor derecho era el derecho romano reelaborado por ellas. Sin embargo, la puesta en práctica de este ideal demoraría en cristalizarse.

Con el afán de cristalizar el renacimiento del derecho, las universidades proponían el restablecimiento de la vigencia del derecho romano.

Sin embargo, también había otra propuesta. Esta propuesta consistía en desarrollar un nuevo sistema de derecho fundado en las costumbres existentes en la época o, a falta de tales costumbres, en una base jurisprudencial. Esta fórmula fue la que prevaleció en Inglaterra, en donde se edificó un nuevo sistema de derecho: el sistema del *common law*.

Mientras la Europa continental adoptó la propuesta de las universidades, el sistema romano germánico, Inglaterra adoptó el *common law*.

**Procedimiento y organización judicial.-** En Europa continental, a diferencia de lo acaecido en Inglaterra, las consideraciones de procedimiento, lejos de verse obstaculizadas se vieron favorecidas, por la romanización del derecho (René David).

A partir del Cuarto Concilio de Letrán un nuevo procedimiento más racional, pero también más complejo, escrito y no sólo oral, fue incorporado en los países de la Europa continental.

Se abandonó paulatinamente el sistema de derecho carolingio en donde la función del juez (Richter) se limitaba a conducir el procedimiento.

Durante los siglos XIV y XVI, la administración de la justicia se convirtió en un asunto exclusivo de los juristas letrados, formados en las universidades, bajo la escuela del derecho romano.

En este periodo la jurisprudencia, que era guiada por la doctrina de los juristas, tuvo un rol muy importante en la formulación de las reglas del derecho.

**Renacimiento de los estudios del sistema derecho romano y su recepción.** Las universidades ponderaban la vocación del derecho e insistían sobre su función insustituible en la sociedad, así como el estudio del derecho romano.

El renacimiento de los estudios de derecho romano implicó que el vocabulario jurídico y las nuevas categorías jurídicas tenían la impronta del derecho romano. Por ello, la división del derecho público y del derecho privado, las nociones de usufructo, de servidumbre, de dolo, de prescripción, de mandato y de arrendamiento de obra, entre otros muchos, se convirtieron en las divisiones y en las nociones con las cuales los juristas fundamentarían sus razonamientos.

En los países pertenecientes a esta familia romano germánica los juristas recurrían a las clasificaciones, conceptos y razonamientos de los romanistas. Sin embargo, la recepción de las soluciones romanas se percibió de naturaleza diferente y definitivamente secundaria.

**Evolución necesaria de las costumbres.** Por un lado, el éxito del renacimiento del estudio del derecho romano en las universidades, no fue acompañado con una recepción exitosa del derecho romano en la práctica.

Por otro lado, las costumbres locales, que eran las que se aplicaban, estaban condenadas a desaparecer, pues era complicado conocerlas todas. Por ello, eran aplicadas en economías cerradas.

Por ello, en el siglo XIII aparecieron las coutumiers. A partir del siglo XIII aparecen las redacciones o comentarios de las costumbres. Por ejemplo, en Francia aparece a mediados del siglo XV la Ordenanza de Montil-lez-Tours (1454). La mayoría de esos comentarios de las costumbres eran muy fragmentarios, y además, se referían a las costumbres existentes con anterioridad al siglo XIII y se referían a relaciones familiares, al régimen de agrario y a las sucesiones.

En definitiva las costumbres carecían del carácter universal y de la capacidad de adaptarse a los nuevos cambios sociales. Capacidades que si tenía el derecho de las universidades.

**Las compilaciones oficiales o privadas.** Entre los siglos XIII y XVIII, aparecen compilaciones privadas u oficiales cuya finalidad primordial era determinar el contenido de las costumbres locales.

Estas compilaciones, aunque de alcance limitado, frenaron el progreso del derecho romano.

Las costumbres se presentaban inevitablemente como “ley particular”, como correctivo a un sistema, cuyos principios deben buscarse en otra parte.

Los redactores de esas compilaciones intentaron presentar a las costumbres como un sistema lo suficientemente completo, al que se podía acudir en cualquier momento.

Sin embargo, esa función reguladora de las costumbres, solo era posible con la incorporación de los principios de derecho romano. El caso más significativo fueron las Siete Partidas. En esta compilación, el rey de Castilla Alfonso X El Sabio retomó la tradición española del Fuero Juzgo e intentó conciliar las reglas de derecho consuetudinarias de Castilla por una parte y las reglas de derecho del derecho romano y canónico impulsadas respectivamente por las universidades y por la Iglesia, por otra parte (René David). Por ello, las Siete Partidas contribuyeron en gran medida a la incorporación del derecho romano a las reglas del derecho español y portugués

En toda la Europa continental el derecho romano iba tomando fuerza. Tanto en Francia como en Alemania, la reforma de las costumbres o de los derechos municipales lo demuestra claramente. Las codificaciones que surgieron en Noruega (1683) y en Dinamarca (1687) por una parte y en Suecia y Finlandia (1734) por la otra, constituyeron las únicas excepciones.

**La función de los parlamentos franceses.** En Francia, desde el siglo XII, la justicia real gozaba de una buena organización en el ámbito local, en el marco de las llamadas bailías y senescalías, y desde mediados del siglo XIII, dentro de la Curia regis, existía un grupo especializado en los casos judiciales.

Según David y Jauffret-Spinosi (2010), los jueces franceses se sentían más libres en relación a las universidades y al derecho romano que se enseñaba en ellas. La ciencia era una cosa, el gobierno del país era otra. Los Parlamentos franceses se esforzaron en modernizar el derecho a cuyo efecto recurrían a toda tipo de consideraciones.

El derecho romano era aplicado en ciertos ámbitos como en el derecho de los contratos, en donde sus soluciones se aplicaban constantemente.

Sin embargo, el derecho romano tenía en Francia exclusivamente un valor de razón escrita, y no de derecho común.

El derecho común en Francia era ante todo la jurisprudencia de los Parlamentos. En los siglos XVI y XVII en particular las “decisiones de reglamento” eran frecuentes en Francia e indicaban el sentido en que, en lo sucesivo, un Parlamento sentenciaría en determinadas circunstancias.

**El Deutsches Privatrecht.** Con la desintegración del Sacro Imperio Romano Germánico durante el siglo XIII, a la Corte imperial (Reichshofgericht) que sobrevivió, se le atribuyó una competencia enormemente reducida. Esta Corte Imperial no tenía ni sede fija, ni un personal de jueces permanentes, ni medios para asegurar la ejecución de sus decisiones.

En consecuencia, la jurisprudencia alemán no logró constituir un sistema de derecho alemán, lo que propició la recepción del derecho romano.

A todo esto se suma que los estatutos de la jurisdicción imperial fundada en 1495 (Reichskammergericht) preveían que los jueces debían sentenciar de acuerdo con el derecho romano.

Todo esto hizo posible la existencia de un derecho privado alemán (Deutsches Privatrecht).

En el siglo XVIII, algunos autores hicieron un nuevo intento por sistematizar el “derecho alemán” y convertirlo en un modelo alterno del jus commune (Gemeinrecht), representado por el derecho romano. Pero ya era demasiado tarde; el derecho romano se encontraba fuertemente arraigado (David y Jauffret-Spinozi, 2010).

**Países latinos.** En la Península ibérica, las Siete Partidas contribuyeron de manera importante para reconocerle al derecho romano una gran autoridad, en detrimento de las costumbres locales susceptibles de controvertirlo.

En el Reino de Saboya en 1729 y en Nápoles en 1774, el legislador prohibió que los jueces, sustenten sus decisiones en la opinión de los doctores (communis opinio doctorum), pues estas debían fundarse, ante la falta de leyes, en la razón.

Esta misma evolución se reprodujo en 1769 en Portugal cuando una ley promulgada por el marqués de Pombal, liberó a los jueces de la estricta obligación de apearse a las opiniones de Accurse y Bartolo y a la communis opinio doctorum.

**La legislación.** En este periodo la legislación tiene un rol secundario. De acuerdo a las ideas que imperaban desde la Edad Media, el derecho existía independientemente del poder político y el soberano no estaba calificado para crearlo o modificarlo.

El soberano podía, mediante ordenamientos, edictos o prácticas administrativas como las cartas de rescisión, corregir algunos equívocos de la justicia; estaba igualmente facultado para organizar Cortes de justicia y regular su procedimiento pero, el soberano no hace leyes.

Conforme a esta concepción, las ordenanzas que fueron promulgados en Europa durante todo ese periodo desempeñaron una función muy importante en la

organización de la Administración en los diferentes países y en el ámbito de lo que se denomina actualmente el derecho público. Tuvieron también una función considerable en el ámbito del derecho penal, disciplina estrechamente vinculada a la función de policía. La única ley imperial relevante en Alemania, fue la Carolina (1532) vinculada al derecho penal. En el ámbito del derecho privado, la función de la legislación fue por el contrario mucho menor. Las autoridades no se interesaron en modificar las costumbres.

Ni siquiera en Francia los monarcas absolutos tenían la atribución para modificar las reglas del derecho privado. Antes de 1789, se identifica a lo sumo una docena de Ordenanzas o Edictos relativos a materias de derecho privado.

En el siglo XVIII, las Ordenanzas de Daguesseau tuvieron una incidencia importante en el ámbito del derecho privado, pero prevaleció la convicción de presentarlos como una exposición sistemática de reglas de derecho ya admitidas por la costumbre.

El soberano jamás consideró que podía, según su voluntad, cambiar el derecho.

En el siglo XVIII, la Escuela del derecho natural rompió con esta concepción tradicional. La Escuela de derecho natural, sin reconocer poderes omnímodos al soberano, estuvo dispuesta a reconocer en él a un legislador y reconocerle la función de reformar el derecho, a efecto de que pudiera, de esa forma, eliminar los errores del pasado y proclamar la autoridad de las reglas de derecho que estuviesen plenamente conformes con la razón.

Conforme a esos postulados, los países del continente europeo empezaron a orientarse hacia una fórmula nueva de codificación, muy diferente de la fórmula de las compilaciones anteriores.

### El periodo del derecho legislativo

**La elaboración de un derecho público.** A la escuela del derecho natural se le atribuyen los dos siguientes aportes: la extensión del derecho al ámbito de las relaciones entre gobernantes y gobernados, entre la Administración y los particulares; y la codificación.

En primer lugar, la escuela del derecho natural logró que las disciplinas del derecho público pasaran a ser parte de las primeras preocupaciones de los juristas. Durante los siglos XIX y XX, los juristas lograron desarrollar el derecho público en niveles tan amplios como lo estaba el derecho privado, especialmente en lo referente a los derechos penal, administrativo y constitucional.

En segundo lugar, la escuela del derecho natural impulsó la codificación. La codificación constituye la culminación natural de la obra emprendida durante siglos en las universidades. Según René David, la Escuela del derecho natural expresó su voluntad de transformar en derecho positivo el derecho que se enseñaba en las universidades. Por ello, esta escuela admitió que al soberano se lo facultase para promulgar el derecho y reformarlo en su conjunto.

La codificación fue la técnica que permitió cristalizar la aspiración de la escuela del derecho natural, de que su sistema de derecho sea el que se aplique en 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.

Para que la codificación pudiera responder a la aspiración de la escuela del derecho natural era necesario que dos presupuestos fueran satisfechos. Por una parte, era menester que fuera la obra de un soberano ilustrado que tuviera la voluntad 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 influencia sobre otros países.

Precisamente, se suele afirmar que en Francia, luego de la Revolución Francesa, se presentaron las condiciones idóneas para impulsar la codificación.

**Los méritos de la codificación.** Entre los méritos de la corriente de la codificación se puede citar que sirvió para fortalecer la unidad del derecho de la Europa continental. Un buen ejemplo de ese impulso unificador fue el Código Napoleón o Napoleónico.

Además, la codificación constituyó un instrumento admirable para la expansión en Europa y fuera de Europa, del sistema de derecho romano germánico.

**Las consecuencias negativas de la codificación.** 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.

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.

Contrariando la idea que los inspiró, los códigos fomentaron una actitud de positivismo legislativo, agravada por el nacionalismo.

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.

**Positivismo legislativo y nacionalismo jurídico.** El objetivo de la codificación fue enunciar los principios de un jus commune rejuvenecido y adaptado a las condiciones de la sociedad del siglo XIX, Sin embargo, en lugar de que los códigos constituyan un verdadero derecho común, supranacional, los códigos fueron conceptuados como una simple generalización o una nueva edición de una “costumbre particular” pero esta vez nacional.

Con esto los códigos se convirtieron en instrumentos de una “nacionalización del derecho”, a partir de la cual la idea de un derecho común desapareció.

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 así como la idea de que existía una familia de derecho romano-germánico.

## 2.2 La codificación y su expansión en Europa

La expansión de la familia del derecho romano germánica fuera del continente europeo fue producto del proceso de colonización llevado a cabo por países de Europa en otros continentes.

**América.** Las colonias españolas, portuguesas, francesas y holandesas de América recibieron de manera natural las concepciones jurídicas características de la familia romano-germánica.

Conforme se iban desarrollando las nuevas sociedades el derecho práctico se iba acercando al derecho erudito enseñando en las universidades. Sin embargo, esto no significó el abandono absoluto de las costumbres.

Por otra parte, si bien los territorios americanos conquistados heredaron el sistema jurídico de los conquistadores, en las antiguas posesiones españolas hoy convertidas en entidades federativas de los Estados Unidos de América (Florida, California, Nuevo México, Arizona, Texas, entre otros) aunque se pudieron conservar algunas instituciones del derecho colonial anterior, en la actualidad se han convertido igualmente en entidades federativas plenas de common law.

Sin embargo, el estado de Luisiana y la provincia de Québec han logrado hasta la fecha mantener su tradición y son sometidos a un derecho mixto que integra algunos elementos del common law pero que conservan en cierta medida su pertenencia a la familia romano-germánica (David y Jauffret-Spinozi (2010).

**África y Madagascar.** En África y Madagascar también se produjo una expansión de la familia romano-germánica a partir de la colonización.

Los Estados nacionales provenientes del antiguo imperio colonial francés, Zaire, Ruanda y Burundi, Somalia, las antiguas posesiones españolas y portuguesas llegaron del mismo modo a pertenecer a la familia romano-germánica.

A pesar de su pertenencia al sistema de derecho anglosajón de la Commonwealth, las islas Mauricio y las islas Seychelles se incorporaron también al mismo grupo, por razones históricas. Etiopía, al margen de la colonización europea, promulgó también varios códigos (código penal, código civil, código mercantil) de inspiración francesa; sin embargo ha adoptado códigos de modelo inglés para reglamentar su procedimiento civil y penal.

La influencia inglesa operó cambios que llevaron a considerar a los sistemas de derecho de Sudáfrica y Rodesia así como los de Botswana, Lesotho y Swazilandia (Ngwane) como derechos mixtos,<sup>5</sup> categoría en la que se siguen considerando en la actualidad.

**Asia e Indonesia.** La familia del derecho romano germánico también impactó Asia e Indonesia.

Turquía aunque permaneció fiel a su tradición musulmana, a partir de la guerra 1914 experimentó cambios en su tradición. Así, por ejemplo, en 1926, adoptó el Código suizo de las obligaciones y a partir de esa fecha pertenece a la familia romano-germánica.

En 1948, Egipto promulgó un Código Civil de orientación francesa, que replicaron algunos países vecinos como Libia. Estos países del Cercano Oriente no secularizaron por completo su derecho, como lo hizo Turquía

Por otra parte, el Estado de Israel, desde su creación, ha adoptado un número importante de leyes que, por su forma, son similares a leyes de los países de la familia romano-germánica.

Algo similar aconteció en Irak y en el Reino de Jordania, en donde la desaparición del mandato británico posibilitó el retorno a las concepciones de derecho romano germánico.

En Filipinas aconteció el fenómeno inverso al de Irak y el Reino de Jordania. La colonización española condujo a las Filipinas a formar parte de la familia del derecho romano-germánico, pero cincuenta años de ocupación norteamericana introdujeron nuevos elementos y convirtieron el derecho filipino en un derecho mixto.

## 2.3 Las Instituciones del Derecho romano

**Las fuentes del derecho en la familia jurídica romano germánica.** Esta familia jurídica comparte con la familia del common law, el ideal de que el derecho está relacionado con la búsqueda de la justicia.

Sin embargo, ambas familias se diferencian en la técnica para alcanzar esa justicia.

En la familia romano-germánica se intenta descubrir las soluciones de justicia del derecho mediante una técnica cuyo origen es la ley, mientras que en la familia de los sistemas common law, se pretende llegar al mismo resultado, pero mediante una técnica que privilegia los precedentes judiciales (David y Jauffret-Spinozi, 2010).

Por ello, en las dos familias llevan a cabo análisis diferentes de la regla de derecho. Mientras en la familia romano germánica se analiza el derecho desde un enfoque legislativo y doctrinal, en el common law se lo analiza desde un enfoque jurisprudencial.

Según refiere David y Jauffret-Spinozi (2010), en los países pertenecientes a la familia romano-germánica se tiene una concepción de la función primordial que se reconoce a la ley, es decir, la de abarcar la totalidad del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, existen diferencias entre algunos países pertenecientes a esta familia. Por ejemplo, en lo que atañe al control de la constitucionalidad de las leyes, a la noción de codificación, a la distinción entre la ley y el reglamento y a los diversos métodos de interpretación de la ley.

Por otro lado, la costumbre si bien perdió protagonismo como fuente del derecho frente a la ley, no significa un total exterminio. A menudo se necesita el complemento de la costumbre a la que el legislador recurre, cuando pretende aclarar nociones que la costumbre misma puede proveerle. La costumbre permite comprender mejor el sentido de las leyes, su propósito.

Por su parte, de manera excepcional en los países de la familia romano germánica los jueces deben apegar sus decisiones a los precedentes jurisprudenciales. En Alemania, la autoridad del precedente es vinculante, y por ello, las resoluciones de la Corte Constitucional federal se publican en el periódico oficial federal. Lo mismo acontece

en Argentina y Colombia, donde las resoluciones de la Suprema Corte en materia constitucional son vinculantes. En Suiza los tribunales cantónales se encuentran también vinculados a las resoluciones del Tribunal Federal cuando éste haya declarado la inconstitucionalidad de una ley cantonal. En Portugal, se reconoce la autoridad del precedente de las resoluciones (assentos) pronunciados por el plenum del Tribunal supremo de justiça y que hayan sido publicados en el Diario Oficial. En España se admite una apelación ante el Tribunal Supremo en contra de una resolución judicial, en virtud de la ley, si esta resolución transgredió una doctrina legal, es decir una jurisprudencia establecida por varias decisiones del Tribunal Supremo (David y Jauffret-Spinosi,2010).

Finalmente, la doctrina fue durante mucho tiempo la fuente fundamental del derecho de la familia romano-germánica, sobre todo la doctrina de las universidades durante los siglos XIII al XIX. Sin embargo, desde que la supremacía de la ley como fuente se instaló, se desplazó a esta concepción.

**Los principios generales.** Los principios generales del derecho que se aplican dentro de la familia romano germánica puede desprenderse de la misma ley, pero incluso pueden no tener un origen legal.

Según, afirma David y Jauffret-Spinosi (2010), los “principios generales” evidencian la subordinación del derecho a los imperativos de la justicia, tal y como es concebida en una época y en un momento determinado.

En ciertas ocasiones el legislador al expresarse en términos muy generales, le confiere a los juzgadores poderes para resolverlos en equidad. En estos casos los remite simple y llanamente a los usos y costumbres o al derecho natural, o subordina la aplicación de las disposiciones legales a los imperativos de las buenas costumbres o de orden público.

## 2.4 Ramas del Derecho

En todos los países con una fuerte influencia de la familia romano germánica, es posible identificar las mismas disciplinas jurídicas fundamentales, como son el derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional público, derecho penal, derecho procesal, derecho civil, derecho mercantil, derecho del trabajo, entre otros.

Además, en estos países es posible identificar unas mismas categorías jurídicas, unos mismos conceptos, así como un similar vocabulario jurídico.

Esta similitud de los derechos coadyuva para quien esté familiarizado con uno de los derechos, a la comprensión de los otros sistemas de derechos.

Las siguientes, sin ser las únicas, constituyen las ramas del derecho que más desarrolló el derecho romano germánico.

**El derecho privado.** El derecho privado de los diversos países pertenecientes a la familia romano-germánica aunque presenta una estructura uniforme, no significa que estén libres de algunas otras influencias.

Así, según refiere David y Jauffret-Spinozi (2010), el Código Civil francés abrevó del derecho canónico la reglamentación de ciertas instituciones (el matrimonio o la filiación) del derecho consuetudinario otras normas (los regímenes matrimoniales) y por otro lado, renovó profundamente la regulación de algunas materias (el régimen de propiedad o el régimen de sucesiones) al concretizar las ideas de la Revolución francesa.

En las materias, cuya reglamentación abrevó del derecho canónico, se percibe una comunidad íntima entre los diversos derechos, o por lo menos cuando se trata de derechos de países cristianos.

Por otra parte, en las materias cuya reglamentación provienen del derecho consuetudinario, la regulación de los códigos puede provenir de costumbres nacionales o regionales.

En la obra de los posglosadores, las costumbres comerciales que se formaron en la Edad Media fueron artificialmente incorporadas al de derecho romano. Adoptadas en toda Europa, que fue su cuna, fueron recibidas con el derecho civil en los países de Oriente y del Lejano Oriente.

**El derecho de las obligaciones.** El derecho de las obligaciones constituye una categoría fundamental dentro de todos los derechos de la familia romano-germánica y para los juristas formados en esta familia resulta muy desconcertante que tal categoría pueda ser soslayada en otros derechos. Particularmente aquellos que pertenecen a la familia del common law. El desconcierto de estos juristas deviene en estupefacción cuando se percatan que el concepto mismo de obligación, que para ellos es un elemento fundamental, es prácticamente desconocido y que el término de obligación carece de una equivalencia en la lengua jurídica inglesa.

En el sistema romano-germánico la obligación es el deber que le incumbe a un individuo (el solvens) de dar, hacer o no hacer una prestación, en beneficio de otra persona (el accpiens). La obligación puede resultar directamente de la ley, por ejemplo, la obligación de dar alimentos que existe entre parientes cercanos. Puede tener su origen en un contrato nominado o innominado, en ciertos casos de un compromiso unilateral. Resulta de un delito o de un cuasi delito cuando se cometió alguna falta o cuándo se debe reparar el daño causado por una cosa o persona al que le asiste responsabilidad. Finalmente la obligación puede resultar del hecho que, a raíz de que ciertos presupuestos legales específicos han sido satisfechos, una persona se haya injustamente enriquecido, a expensas de otra persona que sufrió consecuentemente un empobrecimiento.

Esta materia, de importancia práctica capital, ha sido objeto de una reflexión constante por parte de los juristas hasta llegar a un alto grado de perfección técnica. El derecho de las obligaciones es un factor de unidad de la familia romano germánica, cuya importancia se equipara al trust en los países del common law.

**El derecho público.** La influencia de Montesquieu y Rousseau sobre el desarrollo del derecho público fue considerable en todo el continente europeo.

En materia de derecho penal, Beccaria sentó los fundamentos de un derecho penal moderno; las teorías que tienden a la individualización de la pena o que dan paso a la idea de reeducación del delincuente, han conquistado todo el mundo occidental.

La comunidad formativa de los juristas constituye el segundo factor que explica la existencia, fuera del ámbito original del derecho civil, de una familia del derecho-romano germánico.

Para llevar las nuevas ideas filosóficas y políticas al ámbito jurídico y elaborar nuevas disciplinas del derecho, se recurrió por doquier a juristas que habían sido formados en el estudio del derecho civil. La nueva perspectiva tomó al derecho civil como modelo o, por lo menos como punto de origen. En nuestros ordenes jurídicos, el derecho civil desempeña la función de un derecho común a partir de la cual otras disciplinas del derecho se moldearon (verbi gratia el derecho administrativo) o se perfeccionaron (verbi gratia el derecho laboral).

Por otra parte, en esas disciplinas que requerían de una elaboración nueva la necesidad de considerar las experiencias extranjeras fue más apremiante que para los estudios del derecho civil que encontraban en el sistema del derecho romano su referente natural. El derecho constitucional es un claro ejemplo de cómo en esta nueva disciplina pudieron los estudios jurídicos conservar su carácter internacional.

En el derecho administrativo, la obra del Consejo de Estado posicionó a Francia, entre los países del continente europeo, en la vanguardia de los países con régimen de democracia liberal, aún cuándo la manera de organizar el contencioso administrativo pudiera haber variado y llegar a fundamentarse en ideas diferentes. A pesar de lo

anterior, puede identificarse cierto grado de voluntad de unificación del derecho administrativo en torno a dos nociones fundamentales: la potestad pública y el servicio público. No es producto del azar que el primer tratado de derecho administrativo escrito en la República Federal de Alemania haya sido un tratado de derecho administrativo francés; y fue después de redactar este primer tratado que su autor, Otto Mayer, consideró que existían condiciones para escribir sobre su modelo, un tratado de derecho administrativo alemán.

**La parte general del derecho civil.** En el ámbito del derecho privado se produjeron dos desarrollos particulares que llamaron en especial la atención de los comparatistas. El primero es la nueva técnica del Código Civil alemán (Bürgerliches Gesetzbuch) que integró una “parte general” novedosa a su sistema de derecho. El segundo es la fusión de los derechos civil y mercantil realizada en un código único en Suiza e Italia (ambos publicados en 1942) y recientemente en los Países Bajos por el N.B.W. y Rusia por el Código civil (cuya primera parte fue publicada en 1994; en 1995 la segunda parte y en 2001 la tercera parte).

El Código civil alemán (BGB) que fue promulgado en 1896 y entró en vigor el primero de enero de 1900 incluye, a diferencia de los códigos anteriores, una “parte general”, en la cual se agruparon disposiciones que conciernen a diferentes ramas del derecho civil: disposiciones relativas a la capacidad de las personas, los actos jurídicos, al cómputo de los plazos y a la prescripción.

**Derecho civil y derecho mercantil.** Asimismo, la unificación de los derechos civil y mercantil preconizada o realizada en algunos países pareciera tener más bien una importancia limitada.

El derecho civil se comercializó en todos los Estados económicamente desarrollados, a tal punto que en el derecho romano-germánico son bastante escasas las reglas de derecho de obligaciones mercantiles que están sometidas a un régimen jurídico diferente de las obligaciones civiles.

Por otra parte, las codificaciones nacionales hicieron que el derecho mercantil perdiera gran parte de su carácter internacional que en otros tiempos lo diferenciaba profundamente del derecho civil.

Los cuestionamientos relativos a la oportunidad de regular en un código especial algunas materias (efectos comerciales, sociedades, propiedad industrial, quiebras), que interesan más especialmente a los comerciantes o al comercio, lo que sin embargo no pareciera constituir un problema mayor de la ciencia jurídica.

Desde 1865, la provincia de Québec, del Canadá, ha regulado en su Código Civil algunas materias comerciales y con ello abandonó la idea de redactar paralelamente a su Código Civil, un Código de Comercio.

En 1881, por razones de orden constitucional, Suiza promulgó en lugar de un Código Civil, un Código de las Obligaciones que contiene a la vez el derecho propiamente civil de las obligaciones y el derecho mercantil.

Desde 1907, los Países Bajos concretaron la unidad material de los derechos civil y mercantil al decretar que las disposiciones del código mercantil se aplicarían a todos los comerciantes y a los no comerciantes y a todos los actos jurídicos.

En 1942, Italia reguló en un código civil único las materias de derecho civil y mercantil.

En 1944, Rusia decidió también la unicidad de su código civil y mercantil.

Por otra parte, en las universidades de Suiza, Italia y los Países Bajos, el derecho civil y el derecho mercantil continúan impartándose por juristas especializados en una u otra de estas disciplinas del derecho.

En la actualidad lo que resulta más relevante es la transformación que convierte al derecho mercantil en un “derecho económico” gobernado por consideraciones de orden político y social y en donde el derecho público y el derecho privado interactúan fuertemente.

**El derecho del consumidor.** Un nuevo ámbito de derecho emergió desde hace unos treinta años: el derecho del consumidor. La voluntad de proteger al consumidor, considerado como la parte débil en el régimen contractual, dio lugar en todos los países europeos de la familia romano-germánica a la elaboración de normas específicas protectoras del consumidor.

### 3. Bibliografía

- » Rene David y Camille Jauffret-Espinosi. “Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos”. Décimo primera edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Centro mexicano de Derecho Uniforme. Facultad Libre de Derecho de Monterrey. México, 2010.
- » Nuria González Martín. “Sistemas jurídicos contemporáneos”. Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.