

## CAPÍTULO 1 LAS DIVISIONES Y LOS CONCEPTOS

59. Derecho público y derecho privado. En todos los países de la familia romano-germánica, la doctrina jurídica reúne las reglas dentro de las mismas grandes categorías. En particular, la gran división básica del derecho público y del derecho privado está presente en todas partes.<sup>1</sup> Esta distinción se fundamenta en una idea que parece evidente en el análisis de los juristas de esa familia: las relaciones entre gobernantes y gobernados engendran problemas propios y exigen una reglamentación distinta a la que regula las relaciones entre particulares, aunque sólo fuera porque el interés general y los intereses particulares no se pueden evaluar de la misma manera.

Adicionalmente a la anterior consideración, resulta más fácil imponer la observancia del derecho a los particulares en la que el Estado puede fungir como árbitro, que cuándo el Estado dispone exclusivamente de la fuerza. Durante mucho tiempo y bajo el dominio de la concepción del derecho que lo consideraba como un orden natural anterior y superior al Estado, se llegó a afirmar la existencia de un díptico derecho público/derecho privado. A pesar de ello los esfuerzos de los juristas se concentraron en el estudio del derecho privado; dedicarse al derecho público era simultáneamente peligroso y vano. Roma no desarrolló un derecho constitucional, ni administrativo; si se desarrolló un derecho penal fue en la medida en que se trataba, en la mayoría de los casos, de regular las relaciones entre particulares (el autor de la infracción y su víctima, o sus familiares) y por que, consiguientemente, no participaba plenamente del ámbito del “derecho público”.

Algunos autores intentaron exponer en diferentes ámbitos, colocándose en los confines del derecho y de la ciencia política o administrativa, las reglas del derecho público. No obstante, la materia resultaba estrechamente vinculada con los diversos regímenes políticos y las estructuras administrativas nacionales para que esos intentos pudieran llegar a tener un alcance práctico. Era posible describir y criticar las instituciones y prácticas vigentes y hacer recomendaciones a los gobernantes, pero estos trabajos de esclarecimiento y de reflexión eran, dadas las circunstancias, muy diferente a los que las universidades llevaban a cabo en el ámbito del derecho privado.

Nuevas perspectivas se abrieron para el desarrollo del derecho público cuando las doctrinas que postulaban el primado de la razón y afirmaban la existencia de “derechos naturales” del hombre, triunfaron en numerosos países en el siglo XIX. Esto ocasionó la instauración de regímenes democráticos. Surgió la necesidad de hacer realidad lo que hasta entonces no había sido más que un ideal: el Estado al dejar de estar gobernado por monarcas dotados de mandato divino, debía organizarse conforme a la razón e importaba sobre todo garantizar eficazmente los derechos naturales de los ciudadanos en contra de los abusos del poder. Esta doble necesidad se volvió apremiante en el siglo XX cuando el Estado-policía del pasado cedió su lugar a un Estado-

---

<sup>1</sup> Respecto a esta distinción y a la manera en que se concibe en los países de la familia romano-germánica, véase Ch. Szladits, *Int. Enc. of Comparative Law*, vol. 2, cap. II, 1974.

providencia deseoso de crear una sociedad nueva y debiendo enfrentar tareas cada vez más numerosas.

Surgió entonces la interrogante de disciplinar y controlar múltiples actividades que por las circunstancias, implicaban el ejercicio de cierta potestad discrecional. La administración pública dirige el desarrollo social y económico de un país, impone límites al derecho de propiedad, reglamenta las profesiones, concede favores: ¿cómo efectuar la conciliación necesaria de esas diferentes actividades con los principios de libertad e igualdad cuya garantía no parece menos esencial, y cómo obligar a la administración pública, sin paralizarla, a tomar en consideración los intereses privados que la Constitución misma le obliga respetar? Surgieron nuevos planeamientos y cabe plantearse si no corresponden más bien a la competencia de una nueva ciencia administrativa que estrictamente del derecho. A los antiguos planteamientos, que por su parte adquirieron una nueva importancia, se suman éstos nuevos: ¿cómo concebir que los tribunales establecidos por el Estado y que sentencian en su nombre, puedan ser lo suficientemente independientes del poder político, y por otra parte cómo hacer que la administración pública acepte someterse a esas jurisdicciones y ejecutar las decisiones que pronuncian? La elaboración y aplicación del derecho público requerían de un alto nivel de espíritu cívico. Sólo era concebible si la opinión pública exigiera de los gobernantes y servidores públicos que se sometiesen a una disciplina y a un control y presuponia que los gobernantes y los servidores públicos considerasen a los gobernados y administrados ya no como sujetos, sino como ciudadanos. Por otro lado, la experiencia así lo ha demostrado, las mayores dificultades se podría presentar cuando se pretendiese convencer a los gobernantes y a los servidores públicos de adoptar una medida de justicia elemental o renunciar a un proyecto que pareciese poco razonable.

60. Características del derecho público. No fue sencillo satisfacer estos presupuestos, de hecho no lo fueron más que de manera tardía e incompleta en los diferentes países.

Se puede recurrir al caso de Francia. Dentro de la familia romano-germánica, Francia es uno de los países en el que el derecho administrativo ha llegado alcanzar uno de los grados más altos de desarrollo. La obra realizada por el Consejo de Estado francés ha merecido un gran respeto; numerosos Estados la han tomado de modelo y los mismos juristas ingleses le han rendido homenaje.<sup>2</sup> Sin embargo no ha resultado fácil trazar las líneas limítrofes. Su celo por no entrometerse indebidamente en lo que compete a los tribunales, ha conducido al Consejo de Estado francés a no ejercer su control sobre la policía judicial. A diferencia de las sanciones que la administración pública puede infligir, muchos de los privilegios que puede obsequiar no se someten a ningún control jurisdiccional. De tal suerte que, en ausencia de un derecho que pueda invocar o de un error cometido en su perjuicio, el contribuyente, puede transigir con la administración pública o pedir una remisión de deuda, en consideración de su situación particular. La potestad discrecional ocupa una posición relevante en el derecho administrativo, en razón de la flexibilidad necesaria conferida a la administración pública a fin de allegarse las alternativas más oportunas. Durante mucho tiempo, en Francia, a los tribunales administrativos no se les reconoció el poder de impartir órdenes a la administración pública y se limitaban a

---

<sup>2</sup> C. J. Hamson, *Executive Discretion and Judicial Control*, 1954. Traducido al francés bajo el título: *Pouvoir discrétionnaire et contrôle judiciaire de l'administration. Considérations sur le Conseil d'État statuant au contentieux*, 1958; J. Bell, *French Administrative Law*, 1998.

anular actos ilegales y a reconocer el derecho de los particulares a recibir una indemnización. En la República Federal de Alemania, el poder de las jurisdicciones administrativas de conminar a la administración pública fue reconocido, en cierta medida, desde 1960. Últimamente, Francia vio finalmente publicadas unas reformas profundamente anheladas por su sociedad. Una ley del 8 de febrero de 1995 permite al juez administrativo, en lo sucesivo, conminar a la administración pública que adopte medidas de ejecución en un sentido determinado, en el supuesto que la resolución con autoridad de cosa juzgada así lo haya ordenado. Otra ley, ésta del 30 de junio de 2000 le reconoce igualmente al juez administrativo la posibilidad de otorgar, en caso de urgencia una orden de suspensión y una orden de libertad. Esta orden de libertad sólo se puede obsequiar en el caso de una ofensa grave que manifiestamente transgrede una libertad fundamental. Un único juez puede en el futuro obsequiar una ordenanza en la que se conmine a la administración pública que decrete las medidas necesarias para la salvaguarda de dicha libertad. El juez administrativo goza en lo sucesivo de una competencia hasta la fecha atribuida al juez jurisdiccional que era el único anteriormente facultado para hacer cesar estas transgresiones de facto.

61. Diferentes ramas del derecho. En todos los países de la familia romano-germánica y tanto en los ámbitos del derecho público y del derecho privado, se identifican las mismas disciplinas fundamentales: derecho constitucional, derecho administrativo, derecho internacional público, derecho penal, derecho procesal, derecho civil, derecho mercantil, derecho del trabajo, entre otros. Una equivalencia funcional en un segundo nivel se pueden identificar en las categorías jurídicas adoptadas, las instituciones y los conceptos, lo que hace viable la traducción funcional de términos del vocabulario jurídico del francés al alemán, al español, al italiano, al holandés, al griego o al portugués.

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 normas de fondo pueden variar de un país a otro, pero estamos en condiciones de saber de que se trata, de comprender el problema planteado o el tema discutido; sabemos donde se sitúa y cuál es su naturaleza, sin que nos proporcionen explicaciones y sin que tengamos que adoptar una mentalidad extranjera.

Se ha dado cuenta en este libro del origen de esta comunidad jurídica. Se atribuye a que el estudio del derecho, en toda Europa continental, se desarrolló durante siglos conforme a las mismas enseñanzas, sobre los fundamentos del derecho romano y del derecho canónico. La metodología empleada para dar a conocer estos estudios y adaptarlos a las necesidades de la práctica pidieron diferir según las épocas o los países; sin embargo el vocabulario empleado siempre fue el mismo y sirvió para expresar las mismas ideas.

La explicación anterior genera una interrogante: ¿si la similitud entre los derechos de la familia romano-germánica realmente se debe a una misma ciencia que floreció históricamente en las universidades, resultaría esperable que la filiación entre estos derechos sólo existiera en las disciplinas impartidas en las universidades? En otros términos: ¿resulta válido sostener que la familia romano-germánica sólo existe si se considera al derecho privado que se desarrolló sobre los fundamentos del sistema del derecho romano? ¿Sería igualmente válido sostener la existencia de una familia romano-germánica cuando se considera al derecho público, al derecho penal o al derecho procesal? El análisis se desarrollará sucesivamente en el derecho privado y en el derecho público.

62. El derecho privado. En primer lugar, es pertinente interrogarse en qué medida y hasta qué grado el derecho privado de los diversos países pertenecientes a la familia romano-germánica presenta una estructura uniforme.

En los mismos ámbitos que regulan los códigos civiles, algunos no tiene un origen romano. Así 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. ¿Qué es lo que queda finalmente de esta obra en los estudios jurídicos elaborados en las universidades? No se puede negar que respecto al mismo derecho civil, cada derecho nacional presenta una originalidad que se expresa a través de sus instituciones que le son propias. Persiste sin embargo una filiación indiscutible entre los diversos derechos.

La semejanza entre derechos es evidente si se examina los ámbitos que fueron regulados sobre los fundamentos del derecho romano, pero no se agota ahí. 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 abrevó del derecho consuetudinario, es necesario hacer una distinción. La regulación de los códigos puede provenir de costumbres nacionales o regionales y en este supuesto conviene reconocer su originalidad, aun cuándo las costumbres nacionales o regionales se encuentren vinculadas con algunos cuantos tipos muy limitados. La regulación del código pudo, empero, haberse fundado en un derecho consuetudinario que era antes de la codificación; la filiación resurge entonces entre los diferentes derechos. Esta observación tiene un gran alcance práctico porque afecta todo el derecho mercantil, tanto terrestre como marítimo. 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 que pretendieron agregarse a la familia romano-germánica y constituyeron junto con el derecho propiamente civil de las obligaciones, una unidad de una gran relevancia a este derecho, al realizar su unidad de estructura en cuanto concierne al derecho mercantil.

63. 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 accipiens). 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. Conforme a los postulados del derecho romano, la doctrina jurídica construyó en la familia

romano-germánica un derecho de las obligaciones al que se le ha considerado como el vértice del derecho civil. Siendo justamente el derecho civil el objeto principal de la ciencia jurídica. El derecho de las obligaciones estudia los presupuestos legales en que una obligación nace, el régimen al cual se somete, las consecuencias de su incumplimiento y la manera en que se crea, se transmite, se transforma o se extingue. 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*. Recientemente (en 2000), la República Federal de Alemania reformó la parte relativa al derecho de las obligaciones. Un gran número de disposiciones del B.G.B. (Bürgerliches Gesetzbuch, Código Civil de la República Federal de Alemania) ha sido modificado. La reforma se ocupó, entre otros, de la prescripción, de la inejecución y de las dificultades de ejecución de las obligaciones, de la compraventa, del contrato empresarial. Se buscó un enfoque más moderno y económico del derecho de las obligaciones que pudo ser simplificado y adaptado a las exigencias internacionales.<sup>3</sup>

64. El derecho público. ¿Se puede identificar todavía la unidad del sistema cuando se abandona el ámbito del derecho privado y se examina nociones que los juristas emplean en materia de derecho procesal, derecho penal, derecho laboral o derecho público? La respuesta a esta interrogante es de gran relevancia dada la importancia práctica que esas disciplinas del derecho han adquirido en el mundo contemporáneo.

A pesar que esas disciplinas no hayan sido impartidas antaño en las universidades y que la mayoría de ellas desarrollaron principios enteramente novedosos en los siglos XIX y XX, se pueden identificar grandes similitudes entre los diferentes derechos de la familia romano-germánica. Existen dos factores que coadyuvan a explicarlos.

El primero de esos factores es de naturaleza meta jurídica y radica en la comunidad de pensamiento que se desarrolló en los diferentes países. Con frecuencia los estudios jurídicos no hacen más que sistematizar, en el ámbito del derecho, ideas y corrientes de pensamiento que se manifestaron primero en otros ámbitos, en la filosofía o en la ciencia política. 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.<sup>4</sup>

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

---

<sup>3</sup> Sobre la reforma del derecho de las obligaciones (las bases de la reforma, su historia, su crítica y la presentación de los nuevos textos, consultar el portal Internet: D. Notl (Instituto Notarial Alemán): <http://www.dnoti.de>. Se puede también acceder a los nuevos textos en el portal Internet B. G. B: <http://dejure.org/gesetze/BGB>.

<sup>4</sup> Sobre la evolución del derecho penal, M. Delmas-Marty, *Les grands systèmes de politique criminelle*, 1992; *Procédures pénales d'Europe*, 1995; J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 2002; *Droit pénal européen*, 2002.

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 cuando la manera de organizar el contencioso administrativo pudiera haber variado y llegar a fundamentarse en ideas diferentes.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Es cierto que Francia impulsó más que otros países la autonomía del derecho administrativo, en relación con el derecho privado. Esto sin embargo es más una diferencia de grado que de principio que no impide la comparación en la disciplina del derecho administrativo en el continente europeo.<sup>7</sup> Aunado a ello se percibe una voluntad en épocas recientes de aproximar el derecho público y el derecho privado.

65. Originalidad de algunos conceptos. La semejanza de estructura entre los derechos integrados a la familia romano-germánica no es perfecta. La multiplicidad de diferentes categorías o nociones que existen en un sistema de derecho, pueden no ser conocidos en otros derechos. Múltiples ejemplos lo ilustran. España, verbi gratia, no unificó totalmente su derecho civil, si se considera que paralelamente a las reglas de derecho del Código Civil español de 1889 que constituyen el derecho común español, subsisten derechos particulares regionales, debido a las autonomías, en diferentes regiones de España (derecho foral).<sup>8</sup> Las nociones de derecho común y del derecho foral merecen una explicación detallada a los juristas de otros sistemas en donde esta distinción no se conoce. En otras partes como en Alemania, México o Suiza, un derecho federal puede oponerse al derecho de las entidades federativas, Ländern o cantones. En el ámbito conceptual Alemania puede admitir una forma especial de caducidad llamada Verwirkung o también una noción de carga hipotecaria, Argentina una nueva forma de sociedad de habilitación, México una posesión comunal llamada ejido y Suecia y los demás países nórdicos conocer en el

---

<sup>5</sup> E. Sayagues-Laso, *Tratado de derecho administrativo* (2 vols., 1953), traducido al francés: *Traité de droit administratif*, 1964.

<sup>6</sup> Otto Mayer, *Theorie des französischen Verwaltungsrechts*, 1886. *Der Deutsches Verwaltungsrecht* del mismo autor no fue publicado sino hasta 1895-1896 (traducción francesa: *Le droit administratif allemand*, 4 vol., 1903-1906).

<sup>7</sup> *Le droit administratif comparé. RID Comp.*, 1989, pp. 849-926.

<sup>8</sup> *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, t. I. (bajo la dirección de M. Abaladejo), 1978; J. L. Fernández Domingo, *Introducción al derecho civil foral*, 1997; *Curso de derecho civil foral*, 2000; J. L. Jarillo Gómez, *Derecho foral- derecho común. Sus relaciones en el actual marco constitucional*, 1999.

ombudsman una institución particular destinada a controlar la administración pública. El grado de dificultad en la comprensión de estas nociones disminuye sensiblemente para los juristas que han sido formados en el sistema romano germánico porque pueden percibir la utilidad de la nueva institución y el lugar que ocupa en el derecho que la admite. Estas nociones tienden a disminuir la unidad del sistema. Una de las tareas básicas de los juristas preocupados por la salvaguardia de la unidad jurídica, es analizar si la nueva institución merece ser integrada al sistema, porque su utilidad se hace sentir en todas partes o si sólo corresponde a condiciones particulares del país que se ha aventurado en la experiencia. La ciencia del derecho no ha fallado en esta misión; han podido conservar su fidelidad y es posible seguir observando algún paralelismo, desde y a pesar de las codificaciones nacionales, en el desarrollo de los sistemas de derecho pertenecientes a la familia romano-germánica.

El planteamiento que surge con motivo de la emergencia de una noción o institución nueva puede ser nítido, pero la dificultad se incrementa cuando una noción o institución ya conocida tiende a deformarse: surge entonces el riesgo que la pretendida similitud por el vocablo empleado, refleje una diferencia de sustancia del contenido que aspira a expresar este vocablo. Es frecuente que vocablos como bienes muebles, bienes inmuebles, buena fe, imposibilidad de ejecución, enriquecimiento sin causa, tengan un contenido diferente en los sistemas de derecho y por lo tanto referirse a conceptos diferentes. El análisis se limitara en este espacio a enunciar y a expresar enfáticamente esta dificultad y advertir el enorme riesgo que, debido a la diferencia de normas sustantivas, pesa sobre la identidad de la estructura de los derechos que constituyen nuestro derecho.

66. 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. La parte general del BGB tiene su origen en la enseñanza dogmática impartida en las universidades alemanas por la Escuela de los pandectistas, que ha profundamente renovado, al pretender sistematizar el *jus commune* aplicado en Alemania en el siglo XIX.<sup>9</sup>

¿Esa sistematización al grado al que ha sido llevada, ha sido excesiva? Los juristas de muchos países, incluso los juristas alemanes, se han formulado esta interrogante. En la publicación de cada nuevo código, ha habido tendencias que privilegiaban la incorporación de una parte general, en tanto que en otros se abstuvieron de seguir el ejemplo alemán. De tal suerte que se pueden

---

<sup>9</sup> La idea de una “parte general” fue presentada en un formato legislativo en Brasil por primera vez, en la *Consolidação das leis civis* de Augusto Teixeira de Freitas en 1858. El Código Civil brasileño de 1916 lo convirtió en derecho positivo, más por influencia de la *Consolidação das leis civis*, que por una imitación del BGB.

identificar entre los Códigos publicados a partir de 1900, una parte general en el Brasil, Grecia o en la Federación Rusa (1994), mientras que los códigos civiles de Suiza, de México<sup>10</sup> y de Italia, carecen de ella. Los Países Bajos adoptaron una posición intermedia al insertar en su nuevo Código Civil una parte general (en el Libro III de ese Código) relativa a los derechos patrimoniales.<sup>11</sup>

Se podría sostener que la incorporación de una parte general en la redacción de un Código Civil pudiera generar cierta confusión en la ciencia jurídica de los países de la familia romano-germánica. Pero al margen de toda consideración en el análisis de una “Parte General” y antes que la estructura de los derechos, es el espíritu de sistematización y la tendencia a la abstracción expresados en la parte general lo que está a discusión. La pretendida clasificación que algunos juristas han propuesto, tratando de diferenciar dos diferentes espíritus: uno de inspiración germánica y otro de inspiración romanista, se circunscribe más bien en cada Estado nacional a tendencias que difieren según los individuos que las defienden: algunos son proclives a la sistematización y a la abstracción y otros se ven más empíricos. Hubo y seguirá habiendo partidarios de una parte general en Francia, como adversarios de esta técnica en la propia Alemania.

67. 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-germanico 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.<sup>12</sup>

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; en realidad este Código conservó su autonomía

---

10 Nota del traductor. En los Estados Unidos Mexicanos cada uno de los estados federales tiene un Código Civil propio, así como el Gobierno del Distrito Federal. En materia federal se encuentra vigente el Código Civil Federal.

11 G. F. Langemeier, *La réforme du Code civil néerlandais*, *RID Comp.*, 1965, pp. 5-72 ; A. S. Hartkamp, *Civil Code revisión in the Netherlands*, 35 *Louisiana L. R.*, 1975, pp. 1059-1090. El 1o. de enero de 1992, el nuevo Código Civil entró en vigor en los Países Bajos. Los trabajos de revisión se iniciaron en 1947 y aún no están completamente terminados porque el libro VII sólo se ha acabado parcialmente y el libro IV así como una parte del libro VII no se aplican todavía. Ver Nuevo Código neerlandés (el derecho patrimonial), traducción (al francés e inglés) de los libros III, V y VI, 1990; Drobnig, *Das neue niederländische bürgerliche Gesetzbuch aus vergleichender und deutscher Sicht*, 1993, *I. Eur. Rev.*, PL 171.

12 M. Rotondi, dir., *L'unité du droit des obligations*, 1974. Este libro reúne 45 artículos redactados en su mayoría en francés o inglés.



hasta 1907, año en el que devino un “Código Civil” que reguló en el ámbito federal las otras materias incluidas en el derecho civil.<sup>13</sup> 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, tal y como se había sido el caso, hasta antes de 1807. El nuevo Código Civil holandés no reconoce la distinción entre el derecho civil y el derecho mercantil; sus disposiciones se aplican por igual a todos. 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.

¿Podría esto significar que dicha distinción está agotada? 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. La literatura sobre derecho mercantil ofrece una óptica sesgada de las reglas de derecho vinculadas con el comercio si únicamente considera la descripción del marco tradicional del derecho mercantil y hacen caso omiso de toda una serie de medidas que afectan al comercio en el más alto grado: *verbi gratia* régimen impositivo y regulación del comercio exterior, modalidades de control y condiciones de crédito, estatuto de los asalariados, entre otros. Hoy en día la referencia es a la noción del derecho de los negocios cuyo ámbito excede nítidamente al estrictamente del derecho mercantil.

68. El derecho del consumidor. Un nuevo ámbito de derecho emergió desde hace unos treinta años: el derecho del consumidor. La voluntad (expresada a través de la vía legislativa o jurisprudencial) 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. En el ámbito de la Unión Europea se formularon directivas acendrando esa especificidad. Ciertamente el derecho del consumidor encuentra sus primeras manifestaciones en el derecho de los Estados Unidos de América pero las reglas de derecho adoptadas a la fecha en los países de la Unión Europea refuerzan la aproximación de los derechos de estos países que forman parte de la familia romano-germánica.

---

<sup>13</sup> En teoría, el Código Federal de las Obligaciones es el libro V del Código Civil.