

DE LA APORTACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO A UNA CIENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO*

CIENCIA DEL DERECHO PRIVADO EUROPEO

Desde distintos países de Europa se ha producido recientemente por parte de la doctrina una «europeización» de la Ciencia del Derecho privado¹, así como la exposición científica del «Derecho privado europeo», de los «principios comunes del Derecho civil europeo»², y, especialmente, del Derecho contractual³. Al tratar estas cuestiones, la Jurisprudencia no sólo reacciona frente a desarrollos económicos y políticos como la internacionalización del tráfico de mercancías, servicios, y capitales, la creciente movilidad de trabajadores y consumidores, así como a la creación de espacios económicos internacionales (sobre todo el Mercado Interior de la Comunidad Europea y el Espacio Económico Europeo). También

*. Esta ponencia fue expuesta en versión modificada en la *Society of Public Teachers of Law Conference* en septiembre de 1995 en Cardiff (País de Gales).

1. H. COING, *Europäisierung der Rechtswissenschaft*, NJW 1990, pp. 937 y ss.

2. B. SCHMIDLIN, Préface, en: B. SCHMIDLIN (ed.), *Vers un droit privé européen commun? - Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, 1994, pp. 5 y ss.; A. S. HARTKAMP / M. W. HESSELINK / E. A. HONDIUS (eds.), *Towards a European Civil Code*, 1994; enfáticamente por un retorno a la *unité juridique de l'Europe* también B. OPPETIT, «Droit commun et droit européen», en: *L'internationalisation du droit, Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, 1994, pp. 313 y ss. (318).

3. O. LANDO, «European Contract Law», (1983) 31, en *American JCL*, pp. 653 y ss.; idem, «Principles of European Contract Law», en *RebelsZ* 56 (1992), pp. 261 y ss., también publicado en (1992) 40, *American JCL*, pp. 573 y ss.; H. KÖTZ, «Gemeineuropäisches Zivilrecht», en H. BERNSTEIN/U. DROBNIG/H. KÖTZ (eds.), *Festschrift für Konrad Zweigert*, 1981, pp. 481 y ss. (486 y ss.); idem, «Rechtvereinheitlichung - Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele», *RebelsZ* 50 (1986), pp. 1 y ss. (3).

la propia praxis jurídica demanda ante este proceso, ya hoy, una comparación internacional, así como una orientación europea de la ciencia del Derecho privado.

Tres ejemplos deberían bastar para mostrar esto:

1. En lo que concierne al Derecho comunitario europeo, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (y actualmente también el Tribunal de Primera Instancia) tiene que recurrir a los principios generales del Derecho incluidos en los ordenamientos jurídicos de los países miembros, tanto en la aplicación de la normativa de indemnización por daños y perjuicios, conforme al Art. 215 del Tratado de la CE, como en muchos otros casos. Del mismo modo como el desarrollo del Derecho comunitario en la *legislación* depende en cierta forma del análisis comparativo de los derechos privados para la consolidación de un Derecho comunitario europeo ⁴, así ocurre también con la *Jurisdicción* ⁵ de la Comunidad Europea en determinadas materias. Además de la experiencia personal de los jueces que trabajan en Luxemburgo resulta necesaria sin duda la preparación y cooperación en el ámbito de la investigación académica.

2. Lo mismo puede decirse sobre las regulaciones de acuerdos internacionales entre los países miembros aunque éstas no formen parte del Derecho comunitario europeo, por ejemplo —junto a las prescripciones de la Convención Europea de Derechos Humanos, relevantes para el Derecho privado— con el concepto de «materia civil y mercantil» y con otros muchos incluidos en el Acuerdo europeo sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales de 1968 ⁶, para cuya interpretación el Tribunal de Justicia Europeo es igualmente competente.

3. El Presidente del Tribunal Federal en Alemania se ha manifestado recientemente a favor de que se realice una interpretación comparativa para la armonización de los diversos derechos privados nacionales desde una perspectiva europea ⁷. Junto con los métodos clásicos de interpretación —el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico— los jueces, en la medida que lo permitan las leyes nacionales, deberían servirse de la interpretación comparativa con otros derechos privados europeos, a fin de lograr una aproximación en la solución

4. Cfr. F. RITTNER, «Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration», *JZ* 1995, pp. 849 y ss.

5. Cfr. W. HALLSTEIN, «Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft», *RabelsZ* 28 (1964), pp. 211 y ss.; W. TILMANN, «Zur Entwicklung eines europäischen Zivilrechts», en W. JAGENBURG/G. MAIER-REIMER/T. VERHOEVEN (eds.), *Festschrift für Walter Oppenhoff*, 1985, pp. 495 y ss.; P.-C. MÜLLER-GRAFF, «Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft: Ebenen und gemeinschaftsprivatrechtliche Grundfragen», en J. F. BAUR/P.-C. MÜLLER-GRAFF/M. ZULEEG (eds.), *Europarecht, Energierecht, Wirtschaftsrecht, Festschrift für Bodo Borner*, 1992, pp. 303 y ss.; idem, «Europäisches Gemeinschaftsrecht und Privatrecht», *NJW* 1993, pp. 13 y ss.; R. SCHULZE, «Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht», *ZEuP* 1993, pp. 442 y ss. (454 y ss.).

6. Cfr. *EuGHE* (decisiones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) 1976, pp. 1541 y ss. (1541, 1551), «Eurocontrol»; cfr. también R. GEIMER, «Anmerkung zu EuGVÜ Art. 5 (Internationaler Gerichtsstand des Erfüllungsortes-Industrie Tessili)», *NJW* 1977, pp. 491 y ss. (492).

7. W. ODESKY, «Harmonisierende Auslegung und europäische Rechtskultur», *ZEuP* 1994, pp. 1 y ss.

de casos jurídicos similares. Es obvio que esta labor judicial resultaría más asequible si fuera precedida del correspondiente trabajo científico de preparación y cooperación. Lo anteriormente dicho es especialmente válido si entendemos la jurisprudencia como *judge made law* en su contribución al desarrollo del correspondiente Derecho privado. Esto lo vemos en el Derecho anglosajón, así como en otros países de la Europa continental en los que actualmente el Derecho privado, lejos ya en el tiempo de las grandes codificaciones civiles, está pasando a ser un «Derecho mixto»⁸, compuesto de codificación, leyes y Derecho de creación judicial.

Por consiguiente, tanto en la investigación como en la práctica del Derecho, desde el punto de vista del Derecho comunitario y del Derecho privado nacional, se debe centrar la atención en un estudio comparativo y de orientación europea del Derecho privado. No es raro que este interés incluya el campo de la Historia del Derecho: el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, por ejemplo, recurre actualmente a la tradición⁹, a los principios generales de Derecho¹⁰ y al Derecho romano¹¹ con el fin de establecer los principios generales actuales del Derecho comunitario. Los jueces de este Tribunal subrayan la unidad histórica de la cultura legal europea como nexo de unión en su actividad¹².

Tanto profesionales del Derecho comparado como estudiosos del Derecho privado ponen de relieve la importancia de las afinidades históricas de la cultura europea del Derecho como elemento de enlace en su labor jurídica¹³. Desde el punto de vista de la práctica jurídica, así como de la investigación, surge por tanto la pregunta de qué contribución hará la Historia del Derecho al Derecho privado europeo: Esto plantea a los historiadores del Derecho la siguiente interrogante: ¿Qué aportación puede hacer su disciplina a la ciencia del Derecho privado europeo así como al actual desarrollo de una ciencia del Derecho privado común en Europa?

8. G. DILCHER, «Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemäßen Zivilrechtswissenschaft», *AcP* 184 (1984), pp. 247 y ss. (255 y ss., 286 y ss.).

9. *EuGHE* 1989, pp. 2609 y ss. (2610); *EuGHE* 1989, pp. 2237 y ss. (2238); *EuGHE* 1980, pp. 2033 y ss. (2057); *EuGHE* 1979, pp. 1996 y ss. (1997); *EuGHE* 1979, pp. 3737 y ss. (3745); *EuGHE* 1974, pp. 491 y ss. (507).

10. Cfr. la ponencia de Maximilian Herberger en el congreso de historiadores del Derecho alemanes en Berna, del 25 al 28 de septiembre de 1994.

11. *EuGHE* Slg. XV (1969), pp. 41 ss.

12. Cfr. M. ZULEEG, «Nachwort», en R. SCHULZE (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, pp. 247 y ss. (249 y ss.).

13. Cfr. P.-C. MULLER-GRAFF, «Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft-Ansatzpunkte, Ausgangsfragen, Ausfaltungen», en idem (ed.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 1993, pp. 7 y ss. (33 y ss.); H. KÖTZ, «Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?», *JZ* 1992, pp. 20 y ss. (22); B. GROBFELD/K. BILDA, «Europäische Rechtsangleichung», *ZfRV* 1992, pp. 421 y ss. (432); H.-P. MANSEL, «Rechtsvergleichung und europäische Rechtseinheit», *JZ* 1991, pp. 529 y ss. (533); P. ULMER, «Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?», *JZ* 1992, pp. 1 y ss. (7); H. HANISCH, «Rechtsvergleichung-aber wie?», en SCHMIDLIN (nota 2), pp. 125 y ss.; K. ZWIEGERT, «Grundsatzfragen der Europäischen Rechtsvergleichung, ihre Schöpfung und Sicherung», en E. VON CAEMMERER/A. NIKISCH/K. ZWIEGERT (eds.), *Vom deutschen zum europäischen Recht, Festschrift für Hans Dölle*, T. 2, 1963, pp. 401 y ss. (417).

Los historiadores del Derecho alemanes mantienen distintas posturas al respecto. Unos creen que es posible esta aportación e intentan hacerla realidad. Con este fin, hace ya algunas décadas, se fundó el Instituto Max-Planck y se procedió a la publicación de revistas y colecciones de estudios, así como a la organización de encuentros entre expertos en Derecho comparado e Historia del Derecho. Otros historiadores del Derecho exigen que la Historia del Derecho europeo se abstenga de influir sobre los temas jurídicos actuales, previniendo contra el «naufrajo de la historicidad»¹⁴ y contra una «confusión de categorías»¹⁵. Estos historiadores utilizan el concepto de *ius commune* para denominar sólo el Derecho común de tiempos pasados. Temen que su propia identidad se menoscabe por culpa de su contribución a la investigación del Derecho privado europeo, ven un abismo infranqueable entre la labor histórica y la jurídica, y realizan su trabajo de investigación —en lo que se refiere al Derecho privado vigente— como en dos diferentes mesas de trabajo; en un escritorio trabajan como juristas, en el otro como historiadores (del Derecho), y creen que cada vez que cambian de mesa deben adoptar una nueva identidad.

Las siguientes 15 conclusiones pueden servir de ayuda para el análisis de esta cuestión. Se centrarán particularmente en tres problemas controvertidos:

— ¿Puede el historiador del Derecho servirse de términos «modernos» como el de Historia del Derecho europeo, Derecho privado europeo, etc.? (Puntos 1-5)

— ¿Debería involucrarse en el desarrollo —o reconstrucción— del Derecho común europeo? (6-8)

— Y finalmente: ¿puede desempeñar la Historia del Derecho en la actualidad un papel similar al que tuvo en el siglo XIX la famosa Historische Rechtsschule (la Escuela histórica del Derecho de Friedrich Carl von Savigny) para el Derecho privado alemán? (9-15)¹⁶.

Empezaré con una breve explicación: en el siglo XIX esta Escuela histórica del Derecho elaboró un Derecho privado común alemán basándose en las tradiciones jurídicas comunes, aunque Alemania estaba dividida en diferentes Estados con su propia jurisdicción y legislación. Ante todo se trataba de un Derecho académico, un Derecho en libros de texto. Sin embargo estos libros de texto se utilizaron para la formación de los estudiantes de Derecho en las facultades jurídicas en todos los estados alemanes; asimismo éstos fueron utilizados por los jueces en la interpretación de los diferentes estatutos de estos Estados, en un espíritu común en la medida en que esto fuera posible. Estos libros de texto suplieron la falta de codificación en todo el territorio de Alemania. De este modo, el Derecho académico común alemán de la Escuela histórica del Derecho preparó desde 1815 la unificación del Derecho, mucho tiempo antes de que tuviera lugar la unificación política de los diferentes estados alemanes en el Imperio Alemán en 1871.

14. P. CARONI, «Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit-Anmerkung zum Neo-Pandektismus», *ZNR* 16 (1994), pp. 85 y ss.

15. T. GIARO, «Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung», en *Ius commune* XXI (1994), pp. 1 y ss.

16. Cfr. R. SCHULZE, «European Legal History-A New Field of Research in Germany», en *Journal of Legal History* 1992, pp. 276 y ss.

Con el tiempo, los libros de texto de la Escuela histórica del Derecho fueron la base doctrinal para la codificación del Derecho privado en toda Alemania en 1900. Es por ello que este código de 1900, el *Bürgerliches Gesetzbuch*, el código civil alemán (todavía vigente), pueda considerarse como el resultado de la Escuela histórica del Derecho. Pero por otra parte, a consecuencia de esta codificación, la mayoría de los juristas alemanes se limita a consultar este moderno libro de leyes, perdiéndose de este modo la importancia de la investigación histórica para el Derecho alemán de hoy. Actualmente los historiadores del Derecho alemanes discuten si su disciplina puede restablecer su importancia inicial para el Derecho vigente desde una perspectiva europea ¹⁷.

OBJETIVISMO Y SUBJETIVISMO EN LA INVESTIGACIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO

1. En Alemania, la Historia del Derecho «europeo» ha comenzado a ser un campo de investigación sólo en las últimas décadas, especialmente a través de las obras de Franz Wieacker y Helmut Coing. Desde entonces la concepción de la Historia del Derecho como parte de la Historia nacional cede el paso cada vez más a un compromiso con las correlaciones europeas de desarrollo jurídico.

La Historia del Derecho es entendida como una parte de la Historia de la cultura europea. No es coincidencia —sino que posee legitimación científica— el hecho de que este cambio de una perspectiva nacional a otra europea haya tenido lugar en los años cincuenta, coincidiendo con el nacimiento de las Comunidades Europeas y de su Derecho común para Europa.

Y es que ningún tipo de investigación histórica —ya sea ésta histórico-jurídica, histórico-social o histórica en general— puede aislarse de la dependencia de sus planteamientos y resultados respecto a los problemas actuales. Ningún historiador del Derecho puede afirmar la posibilidad de conseguir resultados históricos «puramente objetivos», completamente independientes de la situación vital del individuo que investiga. Por esta razón no existe la «estricta» Historia (del Derecho). Tanto la selección del tema «Historia europea del Derecho», como la designación de este objeto con este término, como la cuestión acerca de las similitudes históricas del Derecho en Europa, o el objetivo de descubrir estos elementos de conexión en la Historia, todo ello está determinado por el desarrollo y los planteamientos actuales del Derecho.

2. El historiador del Derecho no debería «huir a tiempos pasados» o «sumergirse en el estudio de las fuentes de investigación»; incluso con esto último consigue sólo aparentemente desafiar el presente. Su análisis del pasado deberá concebirlo como la forma de comprender y analizar su propia época histórica. En

17. Cfr. F. WIEACKER, «Der gegenwärtige Stand der Disziplin der neueren Privatrechtsgeschichte», en *Eranion Marikadis* I, Atenas 1963, pp. 339 y ss.; idem, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, segunda edición 1967, pp. 14 y ss.; resumen de la discusión en Alemania; H. HONSELL, «Das rechtshistorische Argument in der modernen Zivilrechtsdogmatik», en *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages*, 1987, pp. 299 y ss.; F. RANIERI, «Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?», en SCHULZE (nota 12), pp. 89 y ss. (99 y ss.).

vez de negar las condiciones e intereses de la investigación histórica en la época actual, deberá reflexionar sobre ellos y, con ellos en mente, entender el pasado por el presente. De este modo, las investigaciones acerca de la Historia europea del Derecho serán siempre también manifestación y análisis del Derecho actual en Europa.

3. El poner en tela de juicio la ilusión del Objetivismo, es decir, de una Historia del Derecho «estricta» o «pura», no debe desembocar en una dedicación ilimitada al Subjetivismo, ya que la consideración radical subjetivista de la Historia como una simple proyección del presente significaría negar el valor propio de toda investigación histórica. La Historia quedaría reducida a una exposición, relatada en imperfecto, de la realidad presente.

4. El historiador del Derecho, como cualquier historiador, no podrá conformarse con ninguno de los dos extremos: ni con la moderada sumerston en la «pura Historia» ni con la comodidad de dejar los resultados de investigaciones históricas al arbitrio de las necesidades contemporáneas. Al contrario, consciente de la singularidad de cada época histórica, de cada proceso, de cada suceso y, por tanto, de la diversidad de situaciones jurídicas en el pasado y en el presente, el historiador del Derecho se verá obligado a sufrir la tensión derivada, por una parte, de que su investigación tenga lugar en el presente y, por otra parte, de su esfuerzo por comprender un sistema legal anterior (y por lo tanto diferente) ¹⁸. Por ejemplo, como consecuencia del posible desarrollo actual de un Derecho común en Europa, surgirá su interés por el *ius commune* anterior, ya que éste podría servir de ayuda y estímulo para un Derecho común contemporáneo o futuro. Al mismo tiempo será consciente de la diferencia entre el Derecho común anterior y el actual ¹⁹. Reconocerá que el Derecho común pasado, el *usus modernus*, o la ciencia de las pandectas son fenómenos ya pasados e irrecuperables, y no un modelo o ejemplo para el Derecho actual o futuro.

5. En este campo de tensión, en el que tiene que llevarse a cabo toda investigación histórica, concepciones como «Derecho privado europeo» o «Historia del Derecho europeo» son imprescindibles y legítimos instrumentos de mediación entre los conceptos y planteamientos de nuestro tiempo y la mentalidad de tiempos pasados, aunque no se trate de términos derivados de fuentes históricas. Éstos corresponden a la mencionada mentalidad de la Europa moderna (a partir de los años cincuenta) y se derivan del contraste entre los conceptos prevalecientes hasta entonces en el Derecho privado alemán (o el correspondiente de otros países) con la Historia del Derecho nacional. La Historia del Derecho «europeo» como categoría historiográfica pretende, pues, trasladar la atención hacia fenómenos y desarrollos jurídicos que han influido en gran parte de Europa y en su división en Naciones (por ejemplo el antiguo *ius commune*, la tradición romana y canónica, las costumbres mercantiles, el Derecho matrimonial y de sucesiones de la alta nobleza en Europa y muchos otros elementos). Todos estos temas de investigación han sido subrayados últimamente en Alemania.

18. Cfr. DILCHER (nota 8), pp. 268, 283 y ss.; O. G. OEXLE, «Die Geschichtswissenschaft im Zeichen des Historismus», *HZ* 238 (1984), pp. 17 y ss.

19. Cfr. recientemente P. GROSSI, «Pagina introduttiva», en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 23, (1994), pp. 1 y ss.

LA HISTORIA DEL DERECHO Y SU RELEVANCIA EN CUESTIONES JURÍDICAS ACTUALES

6. Los problemas y cuestiones actuales que tienen su objeto de investigación histórica en la Historia del Derecho *européo* guardan relación tanto con el proceso de integración en Europa en general como también con los aspectos jurídicos específicos de este proceso. Pues, por una parte, el Derecho es parte integrante de la Unión Europea como comunidad de *Derecho*, y no tan sólo como comunidad económica. Siendo así, surge el interés por analizar el origen histórico común de este aspecto esencial de dicha Unión. Esto no se reduce a los límites de la Unión Europea, sino que va más allá de los mismos, llegando hasta donde percibimos similitudes político-culturales, presupuestas y reforzadas por la Convención Europea de los Derechos Humanos así como por otros acuerdos internacionales.

Por otra parte, en dicho proceso de integración europea, diversos aspectos históricos han desempeñado un papel importante a la hora de elaborar tareas específicamente jurídicas. Esto rige tanto en el campo de la jurisdicción, como muestran los ejemplos antes expuestos, como también en el de la Jurisprudencia. La aportación de esta última consiste en introducir aspectos históricos a la hora de comparar diversas soluciones para cuestiones jurídicas concretas, siendo así una ayuda para la comprensión del Derecho comparado y, al mismo tiempo, relativizando la diversidad en los sistemas y doctrinas jurídicas en su función de resaltar los orígenes históricos comunes. Esta visión histórica comparada puede servir también de ayuda a la hora de buscar una base común para la elaboración de una perspectiva dogmática futura (por ejemplo como muestra Franco Ferrari recientemente²⁰—como continuación de una serie de trabajos antiguos²¹— en relación con la compra-venta y el traspaso de propiedad: se intenta solventar la diversidad de fenómenos jurídicos —el principio de abstracción en Alemania y el principio consensual en Francia— regresando a su origen común, el principio de tradición del Derecho romano, como posible fundamento de concepciones doctrinales futuras).

7. Dicho a un nivel más general: el conocimiento de las similitudes históricas puede servir de ayuda a juristas de diversos campos nacionales del Derecho con el fin de encontrar un denominador común para la solución de problemas jurídicos actuales. Por ejemplo, si se tiene en cuenta que todas las codificaciones del Derecho privado continental europeo proceden —en una u otra versión— del sistema de Gayo (*res-personae-acciones*), y que muchas instituciones jurídicas actuales,

20. F. FERRARI, «Vom Abstraktionsprinzip und Konsensualprinzip zum Traditionsprinzip», *ZEuP* 1993, pp. 52 y ss.

21. L. PRINZ, *Der Kampf gegen die abstrakte Übereignung*, 1919; P. HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937; E. VON CAEMMERER, «Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung», *RabelsZ* 12 (1938/39), pp. 675 y ss.; H. NOLTE, *Zur Reform der Eigentumsübertragung*, 1941; E. MAY, *Die Möglichkeit der Beseitigung des Abstraktionsprinzips bei den Verfügungsgeschäften des Fahrnisrechts*, 1952; H.-G. GOTTHEIMER, «Zum Eigentumsübergang beim Kauf beweglicher Sachen», *RabelsZ* 18 (1953), pp. 356 y ss.

desde el Derecho de compra-venta hasta el enriquecimiento sin causa o el delito tienen su origen en el *ius commune*²², entonces no se perciben dos mundos nacionales diferentes, opuestos el uno al otro, sino que más bien se trata de dos variantes de un desarrollo común, con una misma referencia histórica y un futuro abierto. Según lo arriba dicho respecto a la especificidad de cada situación histórica, ningún punto de referencia histórica común puede tener un significado normativo para la solución de problemas jurídicos presentes, o para el futuro Derecho. Las soluciones y las grandes figuras académicas del *ius commune* más reciente no son «autoridades históricas» para un Derecho civil europeo común actual. Pero pueden ser uno de los puntos de partida comunes para el entendimiento más allá de las fronteras de la experiencia jurídica nacional y para la búsqueda de soluciones conforme a las circunstancias de nuestro tiempo. Estas soluciones no deben negar tampoco las experiencias jurídicas nacionales y con ellas el moderno desarrollo jurídico de los últimos dos siglos, ni contemplarlos como simple «rocalla»²³ que ha sido sepultada por la tradición jurídica común. Por el contrario deben ser incluidos estos nuevos desarrollos en la observación histórica —las respectivas modificaciones posteriores de antiguos puntos comunes, el desarrollo de las diferencias, así como los contactos polifacéticos y las inspiraciones mutuas también en la época del Estado nacional²⁴— para de este modo poder reconocer lo común de los Derechos nacionales actuales con más precisión.

8. El historiador del Derecho se encuentra por tanto en el ámbito de la Historia del Derecho europeo ante varios retos: por una parte ve el Derecho como un elemento de desarrollo cultural europeo, como factor esencial del desarrollo espiritual y social desde la Edad Media, contribuyendo de este modo a la investigación de las raíces comunes de la Historia (cultural) europea. Por otro lado contribuye a la elaboración de nuevos planteamientos jurídicos actuales, tanto en los razonamientos de principios generales de Derecho en la jurisdicción del Tribunal de Justicia Europeo como en la discusión científica sobre aspectos del Derecho privado europeo.

Ambas posibilidades de investigación histórica en materia de Derecho (la histórico-descriptiva y la jurídico-constructiva) son de igual forma legítimas. Así como en el siglo XIX predominó la segunda, debido a la importancia de la Historia del Derecho, hoy en día la codificación y el desarrollo del iuspositivismo han conducido en Alemania a la segunda forma. El hecho de que la creación de un Derecho privado europeo se encuentre hoy en sus inicios y no cuente con una codi-

22. Cfr. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, 1990; idem, «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit», *JZ* 1992, pp. 8 y ss.; H. COING, «Das Recht als Element europäischer Kultur», *HZ* 238 (1984), pp. 1 y ss.; idem. (nota 1); KÖTZ, *Gemeineuropäisches Zivilrecht* (nota 3), pp. 486 y ss.

23. Así R. ZIMMERMANN afirma, «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter...», «Conditio tacita, implied condition und die Fortbildung des europäischen Vertragsrechts», *AcP* 193 (1993), pp. 121 y ss. (171).

24. Cfr. R. SCHULZE, «Vom Ius Commune bis zum Gemeinschaftsrecht—das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte», en idem (nota 12), pp. 3 y ss. (18 y ss., especialmente p. 20); idem, «Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung», en MULLER-GRAFF (nota 13), pp. 71 y ss. (83); idem (nota 5), pp. 466 y ss.

ficación existente puede llevar a un cambio en los métodos de investigación histórica.

HISTORIA DEL DERECHO, DERECHO COMPARADO Y CIENCIA DEL DERECHO PRIVADO

9. En lo que concierne al Derecho privado europeo, nuestro tiempo está más bien llamado a la jurisprudencia que a la legislación. Sin duda la legislación de la Unión Europea seguirá su curso en numerosos campos (por ejemplo en el del Derecho del consumidor, etc.). Pero otra cuestión completamente diferente es si una codificación extensa del Derecho Civil, un Código Civil de la Unión Europea, atendiendo a la situación actual, es posible y deseable. El Parlamento Europeo ha exigido en dos resoluciones que se realicen los preparativos necesarios para un Código Civil de la Unión Europea²⁵. Por tanto, el modelo de codificación en materia de Derecho civil ha de ser trasladado del plano nacional al europeo. Sin embargo, parece ser más que cuestionable para el Derecho privado europeo si se debe proceder a crear dicho ordenamiento jurídico, ya que esta vía fue justamente la que fomentó el desarrollo y la creación de los derechos privados nacionales²⁶ en muchos países europeos.

No sólo es problemática la cuestión de las competencias de los órganos comunitarios para la elaboración de una codificación, o su dudosa aceptación política posterior. Falta, de igual forma, la adecuada formación y preparación científica de juristas capaces de realizar un proyecto semejante. Sin una base científica común, sin una combinación de doctrina y formación jurídicas relacionadas entre sí, sería inevitable la diferente aplicación en cada país desde el punto de vista de sus respectivas tradiciones jurídicas. Estas normas uniformes vigentes (para el caso de que se llevaran a cabo) no significarían más que una ilusión de unidad jurídica²⁷. El escepticismo de principios del siglo pasado que mostró Carl von Savigny en relación a la vocación legisladora de su tiempo puede aplicarse a la situación europea actual: nuestro tiempo tampoco parece estar llamado a realizar el «importante salto cualitativo»²⁸ necesario para la creación por decreto de una codificación civil europea.

10. Exageraríamos el papel que desempeña actualmente la Historia del Derecho para el Derecho privado europeo si le atribuyésemos hoy la misma importancia que tuvo en el siglo XIX en Alemania. A diferencia de dicha época, hoy en día los textos históricos y las autoridades del Derecho romano no pueden ser considerados como el fundamento sobre el que se alce la formación de juristas en Europa. A principios del siglo XIX cada jurista alemán, así como los de la mayoría

25. Cfr. W. TILMANN, «Zweiter Kodifikationsbeschuß des Europäischen Parlaments», *ZEuP* 1995, pp. 534 y ss. Sobre la posibilidad de incluir la armonización del Derecho privado europeo en la agenda de la cumbre gubernamental prevista para este año cfr. R. VON BORRIES, «Regierungskonferenz 1996 und das Privatrecht», *ZEuP* 1996, pp. 193 y ss.

26. En extenso en SCHULZE (nota 5), pp. 470 y ss.

27. Parecidos reparos ha expresado recientemente RITTNER (nota 4), pp. 849 y ss. (856).

28. TILMANN (nota 5), p. 500.

de los países europeos (incluso en la «revolucionaria» Francia) disponía de una formación amplia en Derecho romano. El historicismo y el neohumanismo dominaban el pensamiento alemán. Hoy en día, sin embargo, la situación intelectual y el papel del Derecho romano han cambiado por completo: la mayoría de los juristas europeos ni han adquirido conocimientos del latín ni han profundizado en el Derecho romano. El trayecto de la Escuela histórica del Derecho no puede recorrerse de nuevo. Nuestro tiempo tiene que encontrar su propia senda hacia una ciencia del Derecho privado europeo.

11. Esta labor dependerá en gran parte de los métodos y de la fuerza de convicción del trabajo en materia de Derecho comparado, es decir, de la comparación de los correspondientes derechos privados vigentes. Ésta no debe reducirse a la contraposición de leyes, sino que debe intentar más bien solucionar cuestiones derivadas de la práctica jurídica, buscando principios e instituciones comunes, muchas veces ya existentes²⁹. Esto mismo se propone, por ejemplo, la comisión internacional que, bajo la presidencia del jurista danés Ole Lando³⁰, se encarga de elaborar los principios comunes del Derecho contractual europeo, o los correspondientes trabajos en relación a los principios comunes del Derecho mercantil con ayuda del *Unidroit*. Recientemente, una de las figuras más importantes de la investigación en Derecho comparado, Hein Kötz, ha propuesto «la elaboración de un cuerpo de principios comunes del Derecho de obligaciones que pueda contar con consenso, al menos en Europa»³¹. Sobre esta base el mismo Kötz sugiere redactar «libro(s) de texto sobre el Derecho civil europeo comunitario». Esto podría conllevar nuevas perspectivas para la formación de los juristas y el trabajo con diversas materias jurídicas³². Los principios generales serían puntos de partida comunes para los juristas de los diferentes países; las codificaciones nacionales y la casuística correspondiente se presentarían tan sólo como variaciones o como peculiaridades nacionales en contraste con estos puntos de partida comunes.

12. La Historia del Derecho ocupa por tanto con respecto al Derecho comparado sólo un segundo lugar en este proceso de elaboración del Derecho privado europeo. El primer lugar debe ocuparlo el Derecho comparado. El conjunto de principios generales de los derechos nacionales debido a las semejanzas históricas puede ser establecido primordialmente con el análisis comparativo de estos derechos nacionales. La Historia del Derecho puede contribuir a reconocer y comprender estos elementos comunes. Sólo podremos hablar de un «*ius commune* de nuestro tiempo» cuando éste surja de la comparación de los diferentes de-

29. Cfr. H. KÖTZ, «Neue Aufgaben der Rechtsvergleichung», en *Juristische Blätter* 104 (1982), pp. 357 y ss.; idem, «Gemeineuropäisches Zivilrecht» (nota 3), pp. 481 y ss.; ZWELGERT (nota 13), pp. 401 y ss. (411), A. FLESSNER, «Rechtsvereinheitlichung durch Rechtswissenschaft und Juristenausbildung», *RabelsZ* 56 (1992), pp. 243 y ss. (259 y ss.); GROBFELD/BILDA (nota 13), pp. 421 y ss. (426 y ss.).

30. Los primeros resultados de este trabajo han sido publicados en: LANDO/BEALE (eds.), *Principles of European Contract Law*, Parte I, 1995; traducción alemana de R. ZIMMERMANN EN, *ZEuP* 1995, pp. 731 y ss.; cfr. también LANDO (nota 3).

31. KÖTZ, *Gemeineuropäisches Zivilrecht* (nota 3), p. 483, y, para la cita siguiente, p. 498.

32. Cfr. B. DE WITTE/C. FORDER (eds.), *The common law of Europe and the future of legal education*, 1992; D. WILLOWEIT/B. GROBFELD, «Juristen für Europa», *JZ* 1990, pp. 605 y ss.; FLESSNER (nota 29); H. KÖTZ, «Europäische Juristenausbildung», *ZEuP* 1993, pp. 268 y ss.

rechos nacionales, como reflejo de los principios e instituciones comunes que se encuentran detrás de las normas jurídicas y de la casuística de cada ordenamiento jurídico de los diferentes países.

13. Incluso, en algunos ámbitos, la Historia del Derecho no va a poder contribuir en absoluto a la búsqueda y elaboración de principios comunes, sino que ésta va a ser tarea exclusiva del Derecho comparado. Esto sucede en materias, conceptos e instituciones jurídicas que se han ido desarrollando en los dos últimos siglos, como son por ejemplo el Derecho del trabajo y el Derecho de Agrupaciones de Sociedades de Empresas o formas contractuales como el *leasing*, el *factoring* y otras muchas.

14. Aunque la Historia del Derecho tenga que dejar paso a su joven «hermano gemelo»³³, el Derecho comparado, ésta no deja de tener importancia para el Derecho privado europeo, ya sea a través de la relativización histórica de los derechos privados nacionales o mostrando los diferentes puntos de conexión histórica y las mutuas influencias o indicando posibles soluciones existentes ya en el pasado.

15. La investigación histórico-jurídica debe buscar, por tanto, las conexiones entre el pasado y los problemas jurídicos actuales del Derecho privado europeo, de manera que pueda mantenerse como ciencia jurídica. Ciertamente no puede desempeñar un papel principal en la investigación del Derecho privado europeo. Sin embargo puede fomentar y favorecer la doctrina del Derecho comunitario europeo y del Derecho comparado, ya que el núcleo del Derecho privado europeo podría ser entendido como parte históricamente desarrollada de la cultura legal europea, con principios e instituciones comunes. Por tanto nuestra generación no está llamada a adquirir una función predominantemente legislativa sino más bien a la Jurisprudencia, pues ésta —a diferencia de la legislación— no está ligada a instituciones o a fronteras políticas. Nadie puede predecir el futuro desarrollo de esta ciencia. Lo que sí hará falta es paciencia para el Derecho privado europeo. Probablemente no surgirá en un futuro próximo una codificación privada europea. Pero el si dispondremos pronto de libros de texto sobre Derecho privado a nivel europeo, el si estas obras tratarán el Derecho alemán, italiano y sueco del siglo XXI como derechos particulares en Europa, si la armonización del Derecho privado no será tan sólo competencia de las instituciones y de los políticos de la Unión Europea, sino tarea de los juristas de los países miembros —todas éstas son cuestiones cuya respuesta corresponde a cada historiador del Derecho, con los medios de su disciplina histórica, y como jurista—.

REINER SCHULZE

33. Körtz (nota 13), p. 20.