

LA RECEPCION DEL DERECHO ROMANO EN EUROPA CENTRAL. UNA VISION INTRODUCTORA

ANDREAS WACKE*
 Universidad de Colonia

I. RECEPCIONES JURIDICAS EN GENERAL

Por "recepción" en sentido histórico-cultural entendemos la aceptación de un bien cultural-espiritual ajeno. En sentido específicamente jurídico nos referimos con este término a la aceptación de un ordenamiento, fuente o institución jurídicas por una sociedad no sometida a ellos. Como es sabido, ha habido repetidas veces recepciones jurídicas en la época moderna. Así, Japón, acogió a fines del siglo XIX un proyecto del BGB alemán; Turquía con Atatürk en 1926 puso en vigor como Derecho propio el Código civil suizo, que era entonces el código civil más moderno en Europa. Por su parte, Grecia recibió en 1940 el BGB alemán. Pero ya en la Edad Media alemana fueron recibidos Derechos territoriales, como el Espejo de Sajonia y Derechos estatutarios, como los de Lübeck o Magdeburgo, con la expansión de los contactos comerciales en el oriente eslavo. Y así como hablamos de familias de Derecho estatutario para aquella época, podemos distinguir con René David también para el mundo actual diversas familias jurídicas con sus respectivas analogías típicas¹.

"Cada nación tiene su Derecho, pero el Derecho no debe ser nacional", ha dicho Ditlev Tamm, actualmente profesor de Historia del Derecho en Copen-

* Profesor Dr. jur., Catedrático de Derecho romano y Derecho civil, Universidad de Colonia, Institut für Römisches Recht, D - 50923 Köln. Por la traducción al castellano, agradezco mucho la valiosa colaboración del profesor Juan Manuel Blanch Nougués durante mi estancia en Madrid. El profesor José-María Miquel, durante su estancia en Colonia por razón de una acción integrada hispano-alemana, ha tenido la amabilidad de revisar el texto en su conjunto.

¹ René DAVID, *Les grands systèmes de droit contemporains* (9. ed. 1988); ZWIGERT/KOETZ, (translated by T. Weir), *An Introduction to Comparative Law* (2. ed. 1987/1992) *passim*.

hague². Todo pueblo civilizado ha vivido desde hace siglos de los influjos fructíferos de corrientes culturales extranacionales. El Derecho como una de las manifestaciones culturales más importantes no se halla excluido de semejante intercambio internacional. La causa de tales recepciones raramente ha sido una imposición política, sino mucho más a menudo el nacimiento de una nueva necesidad de normas, un vacío de reglas jurídicas por consecuencia de un cierto retraso en el desarrollo jurídico.

Una prueba en contra de esta tesis explicativa es, por ejemplo, el caso de Inglaterra. *Nolumus leges Angliae mutare*, "no queremos cambiar las leyes de Inglaterra", declaró el Parlamento de Merton 1236. El hecho de que Inglaterra quedase libre de una profunda recepción del Derecho romano, tiene su base en que ya entonces un instruido estamento de juristas había desarrollado un ordenamiento jurídico satisfactorio para las necesidades prácticas. Pues el viento penetra solamente ahí donde domina una zona de baja presión, llenándola; en Inglaterra dominaba, por el contrario, ya entonces en cierta medida "alta presión espiritual". Por otra parte se está demostrando paulatinamente, gracias a recientes investigaciones, que tampoco Inglaterra quedó completamente fuera del influjo de reglas jurídicas romanas³.

La recepción no representó ninguna especial debilidad de Alemania frente a todo lo ajeno, sino un proceso común a toda Europa, incluso de alcance histórico mundial. Junto a la Biblia, ha sido el *Corpus Iuris Civilis*, en palabras de Heinrich Mitteis, el libro de más trascendencia en la historia de la humanidad. La Biblia y el *Corpus Iuris* encarnaban para el hombre medieval, que creía en el libro, la *ratio scripta*. La expansión del Derecho romano es por ello perfectamente comparable con la evangelización del Cristianismo. La misión histórica mundial de Roma la identificaba R. v. Jhering, en la introducción a su obra fundamental "El espíritu del Derecho romano", en la superación del principio de la nacionalidad a través de la universalidad de la humanidad.

II. PREMISAS DE LA RECEPTIVIDAD DEL DERECHO ROMANO

1. La transmisión del antiguo Derecho romano a sociedades modernas de caracteres socio-culturales completamente diversos es en sí un fenómeno sorprendente. El sacrificio del Derecho tradicional causa no menos estupefacción que la renuncia al idioma patrio. La comparación con la lengua, que frecuentemente se ha establecido desde el Romanticismo, sin embargo falla. La lengua es forma, el Derecho en cambio es contenido. Nuestros códigos contienen - traducidos -

² TAMM, *Patriotische Rechtsgeschichte und nationale Identität*, in *Die Bedeutung der Wörter, Studien zur europ. Rechtsgeschichte. Festschrift Gagner* (1991), p. 509 ss.

³ ZIMMERMANN, *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, en *Juristenzeitung* (1992), p. 8-20; idem, *Der europäische Charakter des englischen Rechts*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1993), p. 4-51; M. REIMANN (ed.), *The Reception of Continental Ideas in the Common Law World 1820-1920* (Berlín 1993).

innumerables principios jurídicos romanos. A pesar de la diversidad de lenguas, son los códigos a menudo análogos entre sí, y a pesar de estar algunos de ellos redactados en el mismo idioma, en ocasiones contienen también diferencias. La mayor parte, no obstante, son tan sólo variaciones sobre temas ya conocidos.

La cualidad de la receptividad distingue al Derecho romano de otros ordenamientos jurídicos antiguos. Una semejante aceptación de otras culturas jurídicas, en particular de las caracterizadas específicamente por su religiosidad, como la hebrea o la mahometana, a sociedades de otro culto religioso, apenas sería imaginable. Las ventajas inherentes al Derecho romano, en particular la de una lengua rica en ideas, con conceptos definidos de una manera suficientemente fija, probablemente no habrían bastado por sí solas para su recepción. Ulterior premisa esencial ha sido la técnica del aislamiento (*Isolierung*) de lo específicamente jurídico de vinculaciones extrajurídicas del hombre por la religión, la moral, la costumbre. Este arte del aislamiento lo dominaron pronto los romanos; F. Schulz lo describió con maestría en sus "Principios de Derecho romano". Agradecemos a F. C. v. Savigny esta lúcida visión: "El Derecho no tiene razón de ser en sí mismo; su esencia es más bien la vida misma, contemplada desde un lado particular." El jurista observa desde una perspectiva específica el mundo de la vida humana, de manera similar a como el encargado de la iluminación del teatro desde un lado proyecta la luz sobre los actores situados en un escenario oscuro.

Las fuentes del Derecho romano se nos ofrecen como una obra de abstracción de primer orden. Las descripciones de casos están, en su mayor parte, despojadas de todo lo accesorio e insustancial. Las personas que actúan llevan nombres tipo como *ego* y *tu*, *Titius* y *Maevius*. Al ideal de la "justicia ciega", es decir, de enjuiciar imparcialmente sin prejuicios subjetivos, tiende este insuperable método concentrado de la descripción de casos. Los romanos cimentaron las estructuras y modelos básicos como piedras de construcción del Derecho privado, sin las cuales no puede erigirse ningún sistema jurídico: por ej. la distinción entre sujeto y objeto de derecho, entre *acciones in rem* y *acciones in personam*; inventaron la categoría de derechos reales sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), etc. Con todo ello establecieron los romanos los fundamentos para la concepción de un Derecho privado abstracto, esto es, del Derecho civil "en sí".

2. En concreto se llevó a cabo este proceso de abstracción en diversos pasos históricos:

a) El primer paso fue la distinción entre derecho humano y derecho divino (o espiritual), es decir, entre *ius* y *fas*, entre *iniuria* y *nefas*. El concepto del *ius* quedó así limitado al orden mundano; y la parte espiritual de la elaboración del Derecho se redujo a un *mínimum* apenas aún perceptible. No hubo en Roma, en la medida de nuestros conocimientos, juicios de Dios, ordalías; a diferencia del Derecho germánico, donde tuvieron vigencia largo tiempo y desaparecieron sólo justamente con la recepción del Derecho romano. Los juristas romanos jamás confiaron en el modo irracional de solucionar casos mediante pruebas de agua o de fuego, mediante la decisión de la suerte, o el duelo. Con razón, a este respecto, intercedió el gran sabio universal G. W. Leibniz en favor del estudio del

Derecho romano y de su codificación, porque esperaba de él "mayor racionalidad"⁴.

b) En un segundo paso del aislamiento, separaron los juristas republicanos de Roma el *ius* de la mera costumbre (*mos, consuetudo*), así como de la moralidad y ética (*boni mores*). Conceptos morales en las fuentes jurídicas como *honestas, pietas* y sobre todo *fides*, así como sus contrarios *turpitud* y *dolus malus* testimonian las elevadas exigencias éticas frente al Derecho; *honeste vivere* es según Ulpiano D. 1,1,10 incluso el primer mandamiento del Derecho. Ambos campos, *ius* y *mores* se entrelazan de múltiples maneras, manteniéndose, sin embargo, por principio separados. La concreción de los conceptos en blanco referidos a la moral social ha sido y es tarea de los juristas consultores y de los jueces al solucionar conflictos en cada época. Su elasticidad permitió a los juristas, en los tiempos de la recepción, llenarlos a veces de contenido nuevo y actualizado. De esta manera, los juristas alemanes de la recepción no consideraron como lesión a los *boni mores*, en contra de los romanos, la limitación de la libertad de testar a través de contratos sucesorios vinculantes. La prohibición de pactos sucesorios, por consiguiente, no fue recibida en Alemania (a diferencia de Italia, Francia y España). En cambio aceptó nuestra jurisprudencia (en contra de los Estados Unidos) la ilicitud del *pactum de quota litis*, por el cual el abogado recibe como honorario un tanto por ciento del pleito en caso de ganarlo.

c) Especialmente favorable a la receptividad del Derecho romano se mostró en tercer lugar la separación, obtenida ya en la Antigüedad, entre el *ius civile* (el anticuado *ius Quiritium*) y el *ius gentium* (éste en su mayor parte idéntico al *ius naturale*). El *ius civile* era en este sentido el Derecho privado propio en vigor para los ciudadanos romanos; el *ius gentium*, en cambio, el derecho (principalmente también privado) común a todos pueblos civilizados. El pretor peregrino elaboró desde la mitad del siglo tercero antes de Cristo la nueva y elástica masa jurídica del *ius gentium* sobre la base de la *bona fides*, el deber de mantener la palabra dada, incluso entre extranjeros, sin considerar su pertenencia a una concreta raza, religión, lengua, o nacionalidad. Ya entonces se reconocieron los contratos consensuales sin forma (compraventa, arrendamiento, contrato de servicios y de obra, sociedad y mandato). Además se produce ya en la época clásica la sustitución de la engorrosa *mancipatio* por la *traditio* informal. En resumen, se trata ya entonces de una forma de *usus modernus*, la eliminación de formalidades, y la progresiva espiritualización del Derecho como evolución típica generalmente comprobable.

El *forum* del pretor peregrino satisfacía por tanto las exigencias del comercio del orbe romano expandido por todo el mar mediterráneo. Se llegó así a un "Derecho del tráfico", un Derecho mercantil más apto para atender a las necesidades de los comerciantes en el periodo de la recepción frente a los anticuados y localmente dispersos Derechos particulares. Como *ius gentium* designa Gayo D. 1,1,9 *quod naturalis ratio inter omnes homines constituit* ("lo que la razón natural establece entre todos los hombres"), es decir, aquellas normas que se obte-

⁴ F. STURM, *Das römische Recht in der Sicht von G. W. Leibniz* (1968).

nían directamente de la naturaleza humana o de la de las cosas, sencillamente porque se mostraban razonables. Así, por ej., pudo ya el jurista clásico-tardío Marciano D. 25,2,25 atribuir la *condictio possessionis* contra los poseedores ilegítimos a un principio del *ius gentium*: En origen se creó en realidad la *condictio* únicamente para procedimientos entre ciudadanos romanos; pero, como institución conforme a la razón no se limitó a ellos.

3. La formación del clásico *ius gentium* hasta los emperadores Severos es, por consiguiente, un proceso de naturalización o "purificación" del Derecho tradicional, iniciado ya en el Principado. Tales procesos de purificación se repitieron en el curso de la historia ulterior; nunca se aplicó el Derecho romano al pie de la letra. El emperador Justiniano y su ministro de justicia Triboniano dieron un paso adelante mediante sus leyes de reforma y sus interpolaciones. La *mancipatio* fenecida tiempo atrás fue eliminada sistemáticamente de las fuentes por los compiladores, y con ella, la *fiducia*. Este proceso de purificación aparece a los ojos de los historiadores del Derecho normalmente como un empobrecimiento de la abundante riqueza de las figuras clásicas; persistió a partir de entonces tan sólo un tipo de prenda (*pignus*), sólo un tipo de fianza (*fideiussio*). Esta clarificación del rebosante arsenal de figuras jurídicas surgidas a lo largo de la historia fue, por otro lado, una necesaria incisión quirúrgica. En este sentido operó también la aportación de Justiniano a la reforma de los estudios en interés de sus alumnos. Leyes claras y breves constituyen la base imprescindible de una sólida formación jurídica; como dice el propio Justiniano: *simplicitas legibus amica*, "la sencillez debe ser amiga de las leyes".

III. EL PROCESO DE LA RECEPCION EN EUROPA CENTRAL

Todos los pueblos del Sur y del centro de Europa han entrado en contacto con el Derecho romano más o menos profundamente, debido a que la recepción, como se ha dicho ya, ha sido un fenómeno que ha afectado a Europa entera. A Alemania, al Norte de los Alpes, llegó relativamente tarde, pero de la manera más intensa. En el Norte de Italia medieval, no se había perdido del todo el conocimiento de algunas partes del *Codex Iustinianus*. Pero el redescubrimiento del Digesto por Imerio (o Guarneri, quizás un alemán llamado Werner, que latinizó su nombre) fue la premisa para la fundación de la Escuela de los Glosadores, surgida en Bolonia, en la que durante los siglos venideros se instruyó el docto estamento de juristas europeos.

En concreto se puede dividir la recepción en tres periodos: recepción temprana (siglos XII/XIII), recepción principal (siglo XV) y recepción tardía (siglo XIX). La recepción temprana se refiere a la aceptación del Derecho romano vulgar en los Estados germánicos sucesores del Imperio romano. La relación que existe entre la recepción temprana y la recepción principal es acaso análoga a la que hay entre la inclusión de diversos extranjerismos y la aceptación de un idioma extranjero por completo (así la comparación de O. von Gierke). Los Derechos de raíz germánica fueron redactados en latín, las llamadas *leges Bar-*

barorum (sobre todo la *lex Salica*, 500 d.C.). Los documentos negociales se escribían también en latín. El alemán, por otro lado, se utilizaba tan sólo en juicio ante el tribunal. Para redactar sus leyes, los germanos no tenían un idioma adecuado; durante alrededor de siete siglos (hasta el Espejo de Sajonia de 1235) se sirvieron por tanto del latín.

La recepción principal (también llamada recepción práctica) alcanza su punto culminante con la Ordenanza del Tribunal Cameral del Imperio de 1495. La postrecepción es una obra de la Escuela Histórica del Derecho fundada por Savigny, así como la subsiguiente Escuela pandectística (cuyo exponente fue B. Windscheid). Se ha designado al primer periodo de la recepción (recepción temprana, *Frührezeption*) también como el de la recepción "teórica"; ya que en esta época se fijó la base teórica de la pervivencia del Derecho romano en Alemania. Su fundamento fue la doctrina de la *translatio imperii*: El emperador asumía desde Carlomagno el título de *Imperator Romanorum*; el imperio se denominaba *Sacrum Imperium Romanum*, más tarde (desde el siglo XV) Sacro Imperio Romano de la Nación Alemana; con la adición de las palabras "Nación Alemana" se significaban las zonas del imperio en donde se asentaron habitantes de origen germánico. Por consiguiente, los emperadores alemanes se sentían como sucesores de los *principes* romanos: de Augusto, Diocleciano, Constantino y Justiniano. Según esta sugestiva pero ahistórica concepción el Derecho romano no era contemplado como algo extraño; se lo consideraba más bien como Derecho del Emperador (*Kaiserrecht*) vigente desde antiguo. Corona e Imperio constituían así los pilares básicos de la recepción en Alemania.

La idea de la *translatio imperii* ha tenido como consecuencia una recepción total *in complexu*. En este sentido se diferencia Alemania de Francia. Francia también acogió el Derecho romano, pero no *in complexu*; y en absoluto porque fuese Derecho imperial. Los reyes franceses incluso se oponían a la idea del Imperio. Según un ingenioso adagio, los juristas franceses aceptaron determinados principios jurídicos romanos *non ratione imperii, sed imperio rationis*: "no por razón del imperio, sino por imperio de la razón". Imperio de la razón aquí quiere decir en la medida en que reglas o institutos del Derecho romano demostraron tener sentido y ser utilizables en la práctica. Así, por ejemplo, una aplicación de la *pluris petitio*, es decir, de la irracional pérdida total del litigio en caso de una petición excesiva (aunque equivocada mínimamente) por parte del demandante nunca fue discutida en serio en Francia (al contrario que en Alemania)⁵. La jurisprudencia del Parlamento de París procuró una saludable nivelación entre las provincias romanizadas del Sur correspondientes al *droit écrit*, y las germanizadas del Norte del Sena correspondientes al *droit coutumier*. De este modo, conservó el *Code civil français* en buena medida más elementos germánicos que el propio BGB alemán. La libertad de testar no penetró nunca completamente en Francia; pues el testador sólo puede disponer sobre una cierta porción del caudal relicto: la llamada *quotité disponible*, e incluso ésta sólo en

⁵ WIEGAND, *Plus petitio* (1974); recensión: WACKE, en *Archiv f. d. civilist. Praxis* 177 (1977), p. 262 ss.

favor de legatarios, no a los herederos; el resto, la *réserve*, debe reservarse para los herederos legítimos.

IV. LA CONTRIBUCION DEL DERECHO CANONICO

Promotores fundamentales de la recepción, junto a la Corona y el Imperio, fueron el Papado y la Iglesia Católica. Al lado del *Corpus Iuris Civilis*, se situó el *Corpus Iuris Canonici* (con su parte principal, el *Decretum Gratiani*), como fuente del Derecho común recibido. Las leyes laicas (imperiales) y los cánones eclesiásticos integraron conjuntamente el *ius utrumque*. Legistas y Canonistas (también llamados Decretalistas) estudiaban y enseñaban juntos con idéntico espíritu contemporáneamente en la misma escuela de Bolonia, cuna de la renovación del Derecho, tanto secular como eclesiástico en la Alta Edad Media. El título de *Doctor iuris utriusque*, que más tarde se otorgaba con más frecuencia, en un principio sólo lo obtenían unos pocos privilegiados. Ser "doctor en ambos Derechos" constituía una distinción elevada y poco común; presuponia un estudio doble en sendas facultades, en origen separadas. En ocasiones, los clérigos no lograron ni tan siquiera ser admitidos en las Facultades de Derecho secular. Tan sólo a partir del siglo XIV se configuró el doble doctorado. En las Universidades alemanas fundadas desde la segunda mitad del siglo XIV (Praga 1348, Viena 1365, Heidelberg 1368, Colonia 1388) originariamente prevalecieron en número los profesores canonistas. La razón era que las Universidades surgían a menudo dotadas de privilegios papales.

El Derecho imperial no luchó contra el eclesiástico ni al contrario, sino que ambos se complementaron mutuamente⁶. El Derecho canónico se erigió sobre la base del romano. Numerosas *regulae iuris antiqui* del último título del Digesto 50,17 fueron adoptadas en su espíritu por el Papa Bonifacio VIII, en su *Liber sextus decretalium*, tercera parte del *Corpus iuris canonici*, promulgado en 1298. Un principio de subsidiariedad mutua condujo a la paulatina penetración recíproca de las disciplinas, originariamente separadas, de la Legística y de la Canonística. Los tribunales eclesiásticos enjuiciaban subsidiariamente conforme al Derecho romano, favorecido por la regla *Ecclesia vivit lege romana*. Los tribunales laicos aplicaban viceversa a veces reglas del Derecho canónico. La progresiva fusión de ambas disciplinas se manifiesta en el aforismo: *Ius canonicum et civile sunt adeo connexa, ut unum sine altero intellegi non potest* ("El Derecho canónico y el civil hasta tal punto están unidos que no puede entenderse el uno sin el otro"). En caso de conflicto vencía, sin embargo, el Derecho canónico por ser más reciente (según la regla *Lex posterior derogat legi priori*).

El dominio del Derecho de la Iglesia fue ante todo el Derecho procesal. Los tribunales episcopales desde 1221 en Maguncia y Tréveris enjuiciaron no sólo asuntos de confesión y de fe, o acerca de cuestiones relativas al cargo u orden eclesiásticos de clérigos y monjes, sino que también trataron temas de matri-

⁶ U. WOLTER, *Ius canonicum in iure civili* (1975).

monio y testamento; resolvieron también casos que afectaban a pobres, viudas, huérfanos o cruzados. Por las ventajas que ofrecía acudir a los tribunales eclesiásticos, fueron éstos a menudo invocados por las partes en otros conflictos en calidad de árbitros, de manera análoga a la *Episcopalis audientia* de la Antigüedad tardía. La jurisdicción eclesiástica ejerció influjo material en tema de posesión con el reconocimiento de la *exceptio* y de la *actio Spolii* (sobre la base de la regla *Spoliatus ante omnia restituendus*: "El despojado ha de ser restituido ante todo"). En la doctrina de la usucapión según el Derecho canónico, a diferencia del Derecho romano clásico, la mala fe sobrevinida impide al poseedor adquirir la propiedad (*mala fides superveniens nocet*), por considerar la mala fe como éticamente reprobable en todo momento. En el campo de las obligaciones, se reconocía la tutela procesal de cualquier contrato (*ex nudo pacto oritur actio*; asimismo, un paso adelante respecto del Derecho romano clásico), y especialmente la promesa bajo juramento, porque la ruptura del juramento fue considerada como pecado. En el Derecho de sucesiones promovió la Iglesia, ante todo, el reconocimiento de la libertad de testar, y no de forma absolutamente desinteresada, según la doctrina de la cuota hereditaria de "Jesucristo" como hijo: todo creyente ha de reservar una porción de la herencia a Jesucristo como a un hijo legítimo, y por ello se le ha de permitir otorgar un testamento en favor de la Iglesia o de una fundación pía. Esta parte se conoció también como cuota en favor del alma (Seelteil).

V. LA VIGENCIA EFECTIVA DEL *IUS COMMUNE*

La citada recepción total del Derecho romano (*in complexu*) en Alemania se encontró, sin embargo, con ciertos límites. La parte griega del *Corpus Iuris civilis*, en particular de las Novelas, no fue recibida (*'Graeca non leguntur'*); y así tampoco aquellas leyes a las que no prestaron atención los glosadores (*Quod non adgnovit glossa, non adgnovit curia*: "Lo que no reconoce la glosa, tampoco lo reconocen los tribunales"). De este modo, fue recibido el Derecho romano en la forma que le dio la *Glossa ordinaria* de Accursio. La práctica tendió a sobreponer la autoridad de la Glosa por encima del contenido del texto clásico-justiniano. *Sicut antiqui adorabant idola pro deis, ita advocati adorant glossatores pro evangelistis*: "Como los antiguos romanos idolatraban las imágenes de sus dioses, así adoran los abogados a los glosadores como a los evangelistas." El insigne glosador Azón gozó como autor de una Suma del *Codex* de tan alta estima, que se llegó a afirmar que sin la posesión de su libro ningún abogado podía ser admitido ante los tribunales (*"Chi non ha Azo, non vada in Palazzo"*).

En esta forma, refinado a través del método escolástico de la Alta Edad Media, miles de escolares alemanes, que estudiaban Derecho en Bolonia, se lo llevaron consigo allende los Alpes, donde pasaron a ocupar puestos influyentes en la judicatura y la administración del Imperio, al servicio de príncipes y señores o de los municipios. Según la Ordenanza del Tribunal Cameral Imperial de 1495, la mitad de los vocales (jueces) debía ser jurista de carrera. Debían jurar

emitir sentencia "de acuerdo con el Derecho común del Imperio" (es decir, romano y canónico), "así como según los rectos, honorables y tolerables ordenamientos, estatutos y costumbres de los principados y señoríos, que ante ellos fueran presentados". De acuerdo con esta llamada "cláusula de salvaguardia" regía el Derecho común sólo subsidiariamente, precediéndole los derechos particulares de los municipios y territorios. ("El Derecho estatutario prevalece sobre el Derecho territorial; el Derecho territorial prevalece sobre el Derecho común"). Esta teoría se designa en alemán como Statutentheorie, cuyo nombre deriva de la expresión *ius statutum*. Según ella, se concede rango preferente al Derecho local especial (como *lex specialis*)⁷.

La cláusula de salvaguardia y la teoría de los estatutos regían, no obstante, sólo teóricamente. En la práctica se invertía a menudo la subsidiariedad del Derecho común. En primer lugar, los estatutos locales y las costumbres, según el citado artículo de la ordenanza del Tribunal Cameral Imperial, debían ser "presentados ante", es decir, expuestos ante el tribunal al igual que los hechos controvertidos. En caso de duda, su vigencia dependía de su prueba. A este respecto, en ocasiones los doctos jueces se mostraban muy exigentes, ya que ignoraban los Derechos y costumbres locales. En efecto, los jueces habían estudiado tan sólo el Derecho común; los Derechos particulares no eran considerados por los profesores de Universidad como merecedores de atención científica. La regla *lura novit curia* ("los tribunales conocen el Derecho") valía por ello solamente para el Derecho común. En segundo lugar, en caso de duda acerca del ámbito de vigencia de una norma de Derecho estatutario, los glosadores formularon además la máxima *Statuta sunt stricte interpretanda* ("los estatutos han de interpretarse estrictamente"); es decir, ante una laguna jurídica no era admisible su aplicación analógica a casos similares. En tercer lugar, los Derechos particulares estaban subordinados a la reserva del orden público, pues sólo habían de tomarse en cuenta en la medida en que fueran "rectos, honorables y tolerables". Mediante la invocación de esta cláusula, no fue infrecuente declarar como "irracional" una regla del Derecho particular, por contradecir la *ratio scripta* del Derecho romano. En cuarto y último lugar, figuras jurídicas germánicas fueron interpretadas adoptando sentido romano (la llamada *interpretatio romana*). Ejemplo de un instituto germánico revestido de ropaje romano es acaso el *usus fructus maritalis* (el usufructo del patrimonio de la mujer por parte del marido): "un Michel alemán llevando toga romana" (según las palabras de H. Mitteis).

La teoría de Schilter denominada de la *fundata intentio* describe esta inversión de la cláusula de salvaguardia de esta manera: *Qui ius romanum adlegat, habet fundatam intentionem* ("Quien alega el Derecho romano tiene fundada pretensión")⁸. Aquel litigante que pueda apoyarse en un texto glosado del *Corpus iuris civilis*, posee en caso de duda una fundada pretensión. Recae entonces

⁷ WIEGAND, *Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit* (1977), p. 162 ss.

⁸ WIEGAND, *Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel "Habere fundatam intentionem"*, en *Festschr. Krause* (1975), p. 126 ss.

sobre el adversario la carga de demostrar la no vigencia de Derecho romano (mediante su no recepción o derogación).

VI. ¿RECEPCION A TRAVES DE ACTO LEGISLATIVO? LA LEYENDA DE LOTARIO

La citada Ordenanza del Tribunal Cameral Imperial de 1495 no introdujo el Derecho romano en Alemania, sino que lo presumió vigente desde antiguo. En su vigencia desde tiempos inmemoriales creían también los emperadores alemanes; acaso reconocible por el hecho de que en el siglo XII el emperador Federico Barbarroja añadió a las Novelas de Justiniano sus propios decretos feudales. Un fundamento legal de la recepción *in complexu*, sin embargo, sólo se intentó ofrecer desde el siglo XVI atribuyendo la introducción del Derecho romano a la persuasiva personalidad del emperador Lotario III de Supplinburgo. Dice el relato que tras su victoria en Italia del Sur, y poco antes de su muerte en 1137, ordenó legalmente la aplicación del Derecho romano en los tribunales y su enseñanza en las Universidades.

Esta teoría, acaso alentada por Ph. Melanchthon, surgió sólo más tarde (siglo XVI), cuando tras el debilitamiento del poder central imperial se ansiaba hallar una explicación de la recepción práctica. El famoso polígrafo H. Conring se encargó, no obstante, de enviar esta teoría al mundo de la fábula. Desde entonces se la denomina "la leyenda de Lotario". Conring se convirtió con su libro *De origine iuris Germanici* así en el fundador de una historia del Derecho alemán. En el año de su publicación, 1643, hacia el fin de la Guerra de los Treinta Años, se había quebrado definitivamente la idea del Imperio y, con ella, la conciencia del Derecho universal. Conring superó de este modo la doctrina de la *translatio imperii*, que había pervivido ininterrumpidamente desde la Antigüedad, manifestando su libro una tendencia antiimperial. En lugar de la *translatio imperii*, construyó Conring una teoría de la recepción puramente pragmática: el Derecho romano ha sido *usu sensim receptum* ("recibido insensiblemente por el uso") o, como dice G. Dahm, "ha penetrado lentamente de puntillas". En lugar de la idea política de Roma, refutada por Conring, surgió entonces en el Renacimiento la "idea cultural de Roma", es decir, la representación de la ejemplaridad del patrimonio cultural y jurídico de la Antigüedad. P. Koschaker percibió profundamente este tránsito en su magnífica obra "Europa y el Derecho romano".

En resumen, no hubo acto legislativo alguno que introdujese en su totalidad el Derecho romano; más bien, desde el siglo XVI, tan sólo ciertas leyes específicas, como la Ordenanza Imperial del Notariado (año 1512) y diversas ordenanzas imperiales de Policía, que se apoyaban, en cuanto a su contenido, firmemente en el Derecho romano, e interpretaban como auténtico tan sólo el Derecho que ya estaba realmente vigente. La recepción no se limitó, sin embargo, al Derecho privado: el Código Penal Imperial de Carlos V, la *Constitutio Criminalis Carolina*, u Ordenanza Judicial Penal de 1532, tomó de su modelo, la *Bambergensis*, mucho del Derecho penal romano.

VII. LA PRIMERA OLA CODIFICADORA DE LA EPOCA DE LA ILUSTRACION

Sólo podemos tratar aquí brevemente el posterior desarrollo en los diferentes territorios. Tras finalizar la Guerra de los Treinta Años se independizaron Suiza y los Países Bajos de la alianza imperial y desde entonces dejaron de reconocer la supremacía del Tribunal Cameral Imperial. Los Derechos estatutarios y territoriales fueron repetidas veces reformados. Los soberanos de los distintos territorios se dedicaron a realizar codificaciones siguiendo las enseñanzas del *Usus modernus* y de la Escuela del Derecho Natural (ss. XVII/XVIII). El código de Baviera (*Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis*) del año 1756 (el mismo año del nacimiento de Mozart) es la primera codificación completa, que, sin embargo, deja al Derecho romano-común vigencia supletoria. Es un precedente de los tres grandes códigos de Derecho Natural, que desplazaron al Derecho común como tal de su ámbito de vigencia (si bien lo asumieron materialmente múltiples veces), a saber: el Derecho Territorial General prusiano de 1794 (redactado por Carl Gottlieb von Suarez y Graf Carmer), el Código Civil General austríaco de 1811 (redactado por Karl Anton von Martini y Franz von Zeiller) y el Code Napoleón de 1804, que se introdujo en la parte occidental del Rin en Alemania, y, adaptado en redacción alemana, en Baden.

VIII. SAVIGNY Y LA ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO (SIGLO XIX)

Tras el fin victorioso de la guerra de liberación contra Napoleón, siguió en vigor el Derecho francés en los territorios del Rin y en Baden. El influyente jurista de Heidelberg, A. F. J. Thibaut, planteó además en 1814 la exigencia de confeccionar para Alemania, siguiendo el modelo del *Code civil*, un similar código nacional. Esta exigencia encontró en el mismo año 1814 la oposición del joven Savigny, llamado a la cátedra de la recién fundada Universidad de Berlín. Según Savigny, aún no había llegado el momento idóneo para una óptima codificación del Derecho privado. Savigny afirmó que el plan de Thibaut no era, tras el Congreso de Viena bajo la presidencia de Metternich, políticamente realizable, ya que los Estados soberanos alemanes se habrían opuesto a la introducción de un código nacional. De este modo, el Derecho romano-común siguió vigente casi un siglo más para un tercio de la población alemana, es decir, la situada en un corredor que iba desde la costa en el Norte hasta los Alpes en el Sur.

La Escuela Histórica del Derecho fundada por Savigny reconducía el Derecho, al igual que el idioma, al poder creador del "espíritu del pueblo" (*Volksgeist*) operante en la historia y dirigió sus esfuerzos contra los excesos racionalistas de los periodos anteriores de la Ilustración y del Derecho de la Razón. El retorno programático de Savigny al "puro" Derecho romano de las Pandectas eximía al derecho justiniano de los desarrollos "falsificadores" de los postglosadores, del *Usus modernus* y de la Escuela de Derecho natural. Bajo el influjo de estos últimos, en Francia, por ejemplo, se impuso el principio del con-

sensualismo en la transmisión de la propiedad, por causa de la generalización, desde hacía mucho tiempo operada, del *constitutum possessorium*; en cambio, la interpretación más fiel al tenor de las fuentes justinianas de la Escuela Histórica llevó en Alemania de nuevo al principio de la *traditio* (*Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, Diocl. C. 2,3,20 del año 293: "Las propiedades de las cosas se transfieren a través de entrega, no de nudos pactos"; así el BGB en §§ 929 ss.⁹ y lo mismo sucedía en el Código civil español, art. 609, párr. 2°).

La labor del desarrollo del derecho no podía asumirla, según Savigny, ni la legislación de entonces, ni la jurisprudencia, sino únicamente la docta ciencia jurídica de la Universidad. Savigny mismo y sus muchos discípulos talentosos iniciaron la renovación científica del derecho con entusiasmo. Encontraron su expresión en una impresionante cifra de importantes publicaciones, que en parte fueron también traducidas a idiomas extranjeros. Así la Pandectística alemana alcanzó en el siglo XIX un puesto preeminente en la doctrina jurídica mundial. Su repercusión se manifiesta particularmente en Austria, donde, a pesar de la vigencia del ABGB de 1811, las doctrinas de Savigny encontraron muchos seguidores gracias a J. Unger; condujo además a una profunda reforma educativa en las Universidades. La precisa definición de los conceptos y una clara construcción sistemática constituyen las indiscutibles aportaciones de la ciencia Pandectística. Un ejemplo del fino análisis conceptual de esta escuela es la distinción entre la relación interna (mandato) y externa (apoderamiento) en la representación, desarrollada por P. Laband en 1866¹⁰. En el campo de la sistemática, es característica de los manuales de Pandectas la capacidad para formular conceptos básicos (como negocio jurídico y declaración de voluntad), y para la construcción de una Parte General de elevado grado de abstracción; esta última fue una creación de G. A. Heise, adoptada poco después por Savigny, y que constituye la espina dorsal del BGB.

Esta parte general la incorporó el Código Civil sajón de 1863, que aunque sólo regía para 3 millones y medio de habitantes (menos de la 12ª parte de la población alemana de entonces), es digno de mención porque ejerció una poderosa influencia en el BGB alemán de 1900; estaba tan intensamente impregnado de Derecho romano-común, que por ello se le denominó "compendio de Pandectas vertido en párrafos". Puede atribuirse la paternidad auténtica del BGB a B. Windscheid, quien durante algún tiempo formó parte personalmente de la primera comisión legislativa, y que, aun *in absentia*, continuó influyendo con su excelente manual de Pandectas (del que se publicaron hasta nueve ediciones).

⁹ Véase WACKE, *Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik* (1974) p. 1 ss., 21 ss.

¹⁰ LABAND, *Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem ADHGB*, en *Zeitschrift für Handelsrecht* 10 (1866), p. 183-241.

IX. LA CRITICA DE LA RECEPCION

La Escuela Histórica del Derecho cultivó también la investigación de las fuentes germánicas y, en relación con ellas, el Derecho mercantil. Pero en las jornadas de 1846-47 se alzaron los germanistas contra el Derecho romano, atacándolo hostilmente y calificando su recepción como "infortunio nacional". Estos hechos provocarían una tremenda tormenta, que después de unos años amainó, y las jornadas de germanistas se transformaron desde 1860 en la institución aún existente de las Jornadas de Juristas alemanes (*Deutscher Juristentag*). No obstante, las tendencias anti-romanistas se reavivaron a partir de 1920 con el partido nacional-socialista cofundado por Hitler. Se propugnaba "la sustitución del Derecho romano (supuestamente) materialista e individualista, por un nuevo Derecho alemán común". Tras la toma de poder de Hitler, se fundó con este fin la Academia de Derecho Alemán en 1936. Pero, a pesar del envío a las Facultades de Derecho de planes de estudio en este sentido, tales ansias se vieron frustradas por el comienzo de la Segunda Guerra Mundial en 1939.

Ya había resonado hace siglos una crítica popular contra la recepción del Derecho romano, aproximadamente en la época de la Guerra del Campesinado en los tiempos de la Reforma. Blanco primario de esta crítica fue en efecto el docto estamento de los juristas de carrera, que, oscureciendo e intrincando el Derecho, lo alejaban del pueblo, desplazando a los escabinos de la jurisdicción o, como abogados, codiciando el dinero de sus clientes. Ecos de esta crítica resuenan en la exclamación de Lutero: "Juristas, malos cristianos".

Así pues, fueron los juristas los principales portadores de la recepción. Pero también el comerciante, viajando por razón de sus lejanos negocios, tenía interés por encontrar en cada localidad un *ius commune* uniforme en vez de las dispersas y particulares costumbres. Por su parte, los profesores no desarrollaron un preeminente interés por los Derechos particulares alemanes, dado que a menudo eran llamados en breve plazo de una Universidad a otra, atravesando las fronteras, y deseaban continuar siendo útiles en todo momento y lugar.

Ciertamente, sin la recepción del Derecho romano, la industrialización en el siglo XIX habría transcurrido de la misma manera, como ilustra el ejemplo inglés. Amplios campos como el Derecho industrial y de las sociedades anónimas son creaciones propias de este tiempo, particularmente de la legislación prusiana, cuya importancia era ya en el siglo XVII de primer orden en materia de Derecho procesal, y sobre todo en Derecho registral e hipotecario. Sin las ordenanzas prusianas del Registro y de la Hipoteca, habría sido difícilmente imaginable un crédito hipotecario medianamente seguro como presupuesto para la industrialización. El sistema del Registro alemán, que se remonta a los documentos registrales coloneses (Kölner Schreinsurkunden) de la Baja Edad Media, se puede reconocer aún hoy como el de mejor funcionamiento del mundo.

La consideración de la recepción como una "desgracia nacional" para Alemania es un erróneo planteamiento de la cuestión, porque no había alternativa alguna de profundización científica de nuestro Derecho. Con esta idea se conecta la observación de F. Wieacker, de que la recepción ante todo fue, desde el punto de vista metódico, un proceso de -valga el término- "cientificación"

(*Verwissenschaftlichung*). Una cosa es, en efecto, segura: si Alemania no hubiera recibido el Derecho romano, no se habría llegado jamás a un trabajo conjunto entre romanistas alemanes y extranjeros. De ahí el dicho -que sigue estando vigente- de *Roma communis nobis patria*: Roma es la patria común del hombre moderno, incluso de países como Sudáfrica o Escocia, cuya tierra en la Antigüedad jamás holló la bota de un legionario romano. Análogamente, constituye el latín la madre de todas las lenguas románicas, pero también lo es, en cuanto al vocabulario, del inglés o del alemán.

X. PERSPECTIVA DE FUTURO: EL RETORNO DE FIGURAS JURÍDICAS ROMANAS. ¿HISTORIA DEL DERECHO EUROPEO O HISTORIA DE ANTIGÜEDADES?

1. Tras la entrada en vigor del BGB en 1900, perdió el Derecho romano, junto con su vigencia, su significación práctica. También en la enseñanza universitaria, por vía de repetidas reformas de estudios, se vio disminuido paulatinamente en número de horas, bajo la presión de nuevos y pujantes campos del Derecho. En el marco de la interpretación jurisprudencial, justo después de la citada entrada en vigor del BGB, se pueden observar aún recepciones puntuales. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la *exceptio doli* por parte del Tribunal imperial¹¹, y la transmisión de la propiedad de bienes muebles en garantía como reviviscencia de la antigua *fiducia*. A ambas figuras se enfrentó el legislador del BGB de manera tendencialmente opuesta.

En la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo tras la Segunda Guerra Mundial, Mayer-Maly ha comprobado un inconsciente retorno a antiguas figuras jurídicas¹², como la *culpa levissima* con sus tres grados de negligencia; igualmente la limitación de la inadecuada regulación del § 139 BGB acerca de la nulidad parcial de negocios jurídicos, mediante la vuelta al principio romano *Utile per inutile non vitiatur* ("lo útil no resulta viciado por lo inútil"). Tal retorno es a veces incluso obligatorio, porque respecto de cada problema jurídico concreto y su correcta solución sólo hay disponible un limitado abanico de posibilidades. Así, en caso de desaparición de dos personas en un mismo accidente, sólo caben dos posibilidades: a saber, o bien, presumir la supervivencia de aquella persona de constitución física más robusta, o bien, aceptar el fallecimiento simultáneo de ambas (*commorientium non videtur alter alterum supervixisse*: "no parece que ninguno de los conmorientes haya sobrevivido al otro"). En el campo de las cláusulas generales legales necesitadas de interpretación, pero también en el de la interpretación de las declaraciones negociales, se han conservado aún hoy *praeter legem* numerosos aforismos o máximas jurídicas, en

¹¹ WACKE, *La Exceptio doli... y la "Verwirkung" en el Derecho alemán*, en: *Derecho romano de obligaciones, Homenaje al prof. José Luis Murga* (1994), p. 977 ss.

¹² MAYER-MALY, *Die Wiederkehr von Rechtsfiguren*, en *Juristenzeitung* (1973), p. 1 ss.

las que la propia redacción latina confirma su avanzada edad: como *venire contra factum proprium nemini licet* ("no es lícito ir contra los propios actos"); *dolo facit qui petit quod statim redditurus est* ("comete dolo quien reclama lo que inmediatamente ha de ser devuelto"); o *falsa demonstratio non nocet* ("la falsa demostración no perjudica"); *protestatio facto contraria non valet* ("la protesta o reserva hecha en contra de los propios actos no vale"), y otras muchas¹³.

2. A este respecto, el más grande poeta alemán J. W. von Goethe, que estudió Derecho en Estrasburgo y fue relator pasante en el Tribunal Cameral Imperial en Wetzlar, comparó bellamente el Derecho romano con un pato, que de vez en cuando se zambulle y no se deja ver, pero que continuamente resurge con renovados bríos y, consecuentemente, nunca se pierde del todo¹⁴. No obstante-habría que añadir- ese pato que se sumerge no vuelve a la superficie sin más; es preciso que se esfuerce.

En el momento presente, dos tareas urgen al historiador del Derecho:

a) En primer lugar, está en juego la formación de las futuras generaciones de juristas para que estén dispuestas a asumir la abnegada tarea de una seria investigación, que parta del exacto conocimiento del Derecho nacional. Una historia del Derecho privado sólo podrá hacerse correctamente en el marco de Europa: desde las raíces, iluminadas críticamente, y caminando hasta aquel Derecho privado al que estamos destinados en común incluso económicamente. "Existe ya el historiador del derecho privado europeo" decía K. Luig. Yo añadiría: ha existido desde siempre. En el futuro sería deseable que en todo jurista europeo - como también en todo práctico del Derecho- hubiera espacio para un fragmento de este historiador del Derecho. Sólo así se vería capacitado para apreciar críticamente los puntos fuertes y débiles de su propio Derecho.

b) En segundo lugar, habiéndose separado entre sí la historia del Derecho de la dogmática jurídica, a raíz de la crítica de las fuentes, en exceso filológica, durante la primera mitad en este siglo, nuestra segunda tarea actual consiste en aunar ambos campos de nuevo. Como en los tiempos de Jhering, debe el historiador del Derecho reencontrar el idioma que el práctico entienda. Sólo así podría serle a éste de utilidad. Los historiadores del Derecho deben organizar su investigación de manera que la relevancia de su actividad se haga transparente. La aportación de la historia del Derecho a la actual dogmática jurídica -a pesar de algunos impulsos entusiastas ya existentes- constituye un programa de investigación muy incompleto aún. Para ello sería deseable que, como en Alemania, el historiador del Derecho enseñara también Derecho moderno.

La realización de este programa exige, no obstante, una adecuada dotación personal y financiera de las cátedras. Una asociación de historiadores del Derecho, cuya fundación es necesaria con urgencia, sólo puede dirigir peticiones en

¹³ La mejor colección actual de refranes jurídicos comentados es la de H. ROLAND/L. BOYER, *Adages du droit français* (3. ed. 1992), 1028 pags., si bien con referencia exclusiva al Derecho francés y sin ulteriores indicaciones bibliográficas.

¹⁴ BELOW, *Goethe in seinem Verhältnis zum römischen Recht*, en *Studi Koschaker II* (1954), p. 229 ss., 268.

este sentido a los políticos responsables de las Universidades. Subsistirá la historia del Derecho únicamente en la medida en que su enseñanza y examen continúe en las Facultades de Derecho. Los políticos afirman en los discursos de aniversario de las Universidades, con solemnidad y vehemencia y llenos de orgullo por la tradición, la pervivencia de la historia. El centésimo sexto aniversario de la Universidad de Colonia en 1988 dio pie a una motivación de este tipo; en idéntico año festejaba la Universidad de Bolonia su fundación hace 900 años. Pero la Historia no se consigue gratuitamente. La política universitaria debe invertir en la formación de las futuras élites. Esto empieza por los planes de estudio: la historia del Derecho debe quedar como disciplina básica de enseñanza y examen.