

CAPÍTULO 1 EL PERIODO DEL DERECHO CONSUECUDINARIO

27. El ocaso de la noción de derecho. ¿Cuál era antes del siglo XIII el mapa del derecho europeo? Los elementos que permitirían la construcción del sistema son esencialmente, en esta época, de carácter consuetudinario. El Imperio romano conoció una civilización brillante y el genio romano construyó un sistema jurídico sin precedentes en el mundo; pero hacia siglos que el Imperio romano había dejado de existir en Occidente. Las invasiones de diversos pueblos, germánicos en particular, finiquitaron el Imperio romano en el siglo V DC; a raíz de esas invasiones, los pueblos romanizados por una parte y los bárbaros por otra, convivieron siguiendo cada uno de ellos la ley que les era propia. Con el tiempo sin embargo, la forma de vida se uniformó, los diversos grupos étnicos se mezclaron y con la feudalidad naciente, unas costumbres territoriales prevalecieron sobre las demás y se terminó por eliminar el principio primitivo de personalidad de las leyes.

Es posible remitirse a algunos documentos para conocer el estado del derecho romano o de los derechos de los bárbaros. Las compilaciones de Justiniano (Código, Digesto e Institutas publicados de 529 a 534 DC y complementados por una serie de Novelas) en Oriente y en cierta medida en Italia, la Lex Romana Wisigothorum o Breviario de Alarico (promulgada en el año 506 DC) en Francia y la península ibérica, representaban en teoría el derecho romano. A partir del siglo VI DC, se redactaron leyes bárbaras para la mayoría de los pueblos germánicos y este proceso continuó hasta el siglo XII, especialmente en la legislación de diversos pueblos nórdicos o eslavos.¹

Estos documentos, empero, no dan cuenta muy exacta del derecho que realmente se aplicaba en Europa en el siglo XII. Las “leyes bárbaras” no regulaban más que ciertos ámbitos del orden social, con frecuencia residual, que con criterios actuales se considera deben de ser regidas por el derecho. Por otra parte, aún en la edición simplificada por Alarico, las compilaciones se transformaron rápidamente en textos legales demasiado eruditos y complicados. De hecho, el derecho erudito que se identifica en esas compilaciones fue modificado y reemplazado, en realidad, por un derecho vulgar, un derecho más simplificado aplicado por los jueces. Nadie tuvo la inquietud de redactar por escrito las reglas de ese derecho cuyo alcance se circunscribió al ámbito local. En Italia con el Edicto de Teodorico (500) y en España con el Fuero Juzgo (654/694), los soberanos ostrogodos y visigodos intentaron amalgamar en un conjunto único de reglas de derecho, las reglas aplicables a los súbditos de origen tanto germánico como latino; esta obra legislativa fue, sin embargo, aniquilada por las invasiones de los Lombardos en Italia (565) y de los árabes en España (711). Fuera de estos intentos, los soberanos limitaron su intervención a alguno que otro aspecto preciso comprendido en ámbitos que concernían generalmente más al derecho público que al derecho privado (los capitulares francos constituyen un excelente ejemplo). La iniciativa privada no pudo suplir esta inacción.

¹ Las leyes bárbaras, redactadas en su mayoría en latín, fueron publicadas dentro de la colección *Monumenta Germaniae Historica*.

¿Cuál era el sentido de conocer y precisar las reglas del derecho cuando el éxito en una controversia por una de las partes contendientes, dependía de medios de prueba tales como el juicio de Dios, el juramento de las partes o de sacerdotes juramentados (compurgación) o la prueba de las ordalías? ¿Cuál era el sentido de obtener una resolución favorable en un juicio si ninguna de las autoridades disponía de la fuerza necesaria para ponerla al servicio del victorioso? En las tinieblas del alto medioevo, la sociedad volvió a un estado más primitivo. Pudo haber existido derecho: la existencia de instituciones hechas para decir el derecho (los rachimbours francos, los laghman escandinavos, los lögsögumador islandeses, los brehons irlandeses y los withan anglosajones) pudieran persuadirnos efectivamente de su existencia, al igual que la redacción de las leyes bárbaras. Sin embargo, el reino del derecho había terminado. Entre particulares como entre grupos sociales, las controversias se resolvían mediante la ley del más fuerte o mediante la autoridad arbitraria de un jefe. La institución que gozaba de mayor estima era el arbitraje, que aspiraba menos a conceder a cada uno lo que en justicia le correspondía que a mantener la solidaridad del grupo, así como, garantizar la coexistencia pacífica entre grupos rivales y mantener la paz. La idea misma de una sociedad que garantizara los “derechos” de cada uno era por lo demás repudiada: ¿el deber de toda sociedad cristiana, no debía fundarse en postulados de fraternidad y caridad? En su primera epístola a los Corintios, San Pablo predicaba la caridad en lugar de la justicia y recomendaba a los fieles someterse al arbitraje de sus pastores o hermanos antes que de recurrir a los tribunales. San Agustín defendía la misma tesis. Un refrán que circulaba entre los pueblos germanos en el siglo XVI sentenciaba: Juristen, böse christen (Los juristas son malos cristianos). Este adagio, que era válido en principio a los romanistas, resultaba igualmente válido para todos los demás juristas: El derecho mismo era algo malo.

28. El renacimiento del ideal de derecho. La creación de la familia romano-germánico está vinculada con el renacimiento que ocurrió en los siglos XII y XIII en el Occidente europeo. Este renacimiento se manifestó en todos los niveles; uno de sus aspectos más relevantes fue el jurídico. Con el renacimiento de las ciudades y del comercio, la sociedad llegó a pensar que únicamente el derecho podía garantizar el orden y la seguridad que permiten el progreso. Se abandonó la idea de una sociedad cristiana fundada en la caridad y se renunció a la idea de crear en el mundo la Ciudad de Dios. La misma Iglesia distinguió más claramente entre la sociedad religiosa de los fieles y la sociedad laica, el fuero externo y el fuero interno, en tanto se elaboraba un derecho privado canónico.² Religión y moral dejaron de confundirse con el orden civil y el derecho; se le reconoció al derecho una función propia y una autonomía que en lo sucesivo serían las características de la civilización occidental.

El postulado consistente en que una sociedad debía ser regulada por el derecho, no era una idea novedosa. Estuvo vigente entre los romanos, por lo menos en lo que atañía a las relaciones entre particulares. Pero el retorno a este postulado, en el siglo XII, significó una revolución. Filósofos y juristas apoyaron las relaciones sociales fundadas sobre la base del derecho y solicitaban poner término al régimen arbitrario que prevalecía desde hacía siglos. Querían un derecho nuevo basado en la justicia, que permitía conocer la razón, y repudiaban para las relaciones civiles el

² G. Le Bras, “Naissance et croissance du droit privé de l’Église”, en *Mélanges Petot*, 1959, pp. 329-345; G. Feliciani, *Le basi del diritto canonico*, 1995; A. Seriaux, *Droit canonique*, 1996; P. Valdrini, J. P. Durand, O. Echappe, J. Vernay, *Droit canonique*, 1999.

empleo de consideraciones sobrenaturales. El movimiento que se produjo en los siglos XII y XIII fue tan revolucionario como el que se originaría en el siglo XVIII cuando la democracia quería sustituir al poder personal o el del siglo XX que buscará sustituir con los postulados de la organización social marxista, la anarquía del régimen capitalista. La sociedad civil debe sustentarse sobre el derecho: el derecho debe asegurar el orden y el progreso. Estos postulados se convirtieron en las ideas directrices en la Europa occidental de los siglos XII y XIII y reinaron de manera incontrovertible hasta nuestros días.

La eclosión del derecho romano-germánico ocurrido en los siglos XII y XIII no se debe a la afirmación de un poder político, ni tampoco a la centralización operada por una autoridad soberana. El sistema romano-germánico difiere precisamente del derecho inglés ya que el desarrollo del *common law* estuvo íntimamente vinculado al progreso del poder real y a la existencia de los tribunales reales centralizados. No existió nada semejante en el continente europeo. Antes al contrario, el sistema romano-germánico que emerge en los siglos XII y XIII se afirmó precisamente en una época en que Europa no constituía una unidad política e incluso en donde la noción de que el estado de cosas pudiera y debiera ser otro, resultaba toda una quimera. Acaece precisamente en una época en la que resultaba claro que los esfuerzos del Papado o del Imperio no lograrían reconstruir, en la perspectiva política, la unidad del Imperio romano. El sistema romano germánico se fundó sobre una comunidad cultural. Nació y ha continuado existiendo independientemente de todo objetivo político: Se trata de una característica que resulta muy importante percibir y remarcar.

El medio idóneo de divulgación de las nuevas ideas que favorecían el renacimiento del derecho, lo constituyeron los nuevos centros de cultura creados en el Occidente europeo. Las universidades desempeñaron una función decisiva en esa difusión. La primera y también la más ilustre fue la Universidad de Bolonia en Italia. Conviene por consiguiente estudiar en primer término cómo las universidades han concebido su función y cómo en el transcurso de los siglos, desestimaron las fronteras de los países, elaboraron un derecho erudito común para toda Europa. Estudiaremos posteriormente los derechos aplicados por los tribunales que variaban de un Estado nacional a otro, de una región a otra y veremos cómo fueron influenciados, en diferentes grados, por el derecho erudito que se enseñaba en las universidades.

Sección 1. El derecho común de las universidades

Sección 2. Los derechos regionales y nacionales

SECCIÓN 1 EL DERECHO COMÚN DE LAS UNIVERSIDADES

29. El derecho, modelo de organización social. Las universidades estaban muy distantes de ser escuelas prácticas de derecho. El profesor universitario se dedicaba a enseñar un método apropiado para extraer las reglas de derecho de fondo más justas; es decir, las que resultaran más conformes a la moral y más favorables al buen funcionamiento de la sociedad. No concebía su

función cómo la descripción de las prácticas existentes ni señalar como en la práctica se podrían dar efecto a las reglas que hubiera declarado conformes a la justicia.³

En las universidades, el derecho se concebía como un modelo de organización social. Su centro de gravedad no eran los juicios ni la ejecución de las sentencias: procedimiento, medios de prueba y medidas de apremio son soslayados y abandonados a la reglamentación administrativa y al estilo de los practicantes. El derecho, vinculado con la filosofía, la teología y la religión, indicaba a los jueces cómo, según la “prudencia”, debían resolverse las controversias. El derecho prescribía las reglas que los justos tenían que observar en su comportamiento social. Al igual que la moral, al derecho se le conceptuaba como un *Sollen* (lo que hay que hacer) y no cómo un *Sein* (lo que se hace en la práctica).

¿Era concebible una enseñanza limitada a exponer la moral cotidiana de los individuos, o comportamientos, sin preocuparse de dar una lección, de decir cómo conviene vivir. Esta interrogante resultaba igualmente válida tratándose del derecho.

¿Cómo hubiese sido posible organizar, por otra parte, en la Edad Media una enseñanza del derecho centrada en lo que hoy llamamos derecho positivo? En la mayoría de las naciones, el derecho positivo tenía visos caóticos, inciertos y estaba extremadamente fragmentado, que con frecuencia merecía el calificativo de bárbaro. Italia y Francia, países en donde emergió el modelo de los nuevos estudios, carecían de derecho nacional. El régimen feudal imperaba en esos dos países en los que aún no se afianzaba ningún soberano incontrovertible. La situación que prevalecía en España y Portugal, era similar; en donde los monarcas reivindicaban una única aspiración que radicaba en constituirse cómo jefes de una precaria coalición en contra los Musulmanes. En Inglaterra el *common law* estaba empezando a surgir y a desplazar las costumbres locales de Inglaterra. Las universidades, so pena de estar condenadas a ser meras escuelas locales de enseñanza de procedimiento, sin prestigio, sin difusión y sin medios, debían enseñar algo más que el derecho local. Concomitantemente, el renacimiento de los estudios de derecho romano se produjo precisamente para superar el derecho local y situarse por encima de costumbres atrasadas e insuficientes. Ninguna universidad europea fundamentaría su enseñanza en el derecho consuetudinario local. Dentro de la concepción universitaria de la época, ese derecho que, no expresaba la justicia, no era un verdadero derecho. *Non est proprie jus, sed fex* afirmaba categóricamente un autor alemán.

30. El prestigio del derecho romano. La vacilación se propiciaba aún más, cuando paralelamente a las costumbres locales, un derecho se ofrecía al estudio y a la admiración tanto de profesores como estudiantes. Este derecho el derecho romano. Derecho relativamente sencillo de estudiar: el contenido de las compilaciones de Justiniano redactadas en la lengua que la iglesia había conservada y vulgarizada, que por lo demás, era el idioma de todas las Cancillerías y de todos los eruditos: el latín. El derecho romano era el derecho que había pertenecido a una civilización brillante, que se extendió desde el Mediterráneo hasta el mar del Norte, desde Bizancio hasta

³ Véase igualmente, en el capítulo de este libro relativo al derecho en el Islam, la distinción entre el derecho islámico (vinculado con la religión) y el derecho de los países islámicos (vinculado con las autoridades estatales). Véase también, en el capítulo relativo a la India, la distinción entre *dharma* (ciencia del justo) y *artha* (ciencia de las riquezas y del poder).

Bretaña, y que evocaba en el espíritu de sus contemporáneos, con nostalgia, la unidad perdida de la cristiandad.

Durante mucho tiempo se formuló, una crítica en contra del derecho romano, bajo cuya vigencia vivió la misma Iglesia, quien lo incorporó al derecho canónico sin aportar mayores correctivos o adiciones: El derecho romano provenía de un mundo pagano, era uno de los aspectos de una civilización que no conoció a Cristo, vinculada a una filosofía diferente al Evangelio, de los padres de la Iglesia y del cristianismo. La interrogante era esperable: ¿resultaba conveniente edificar la sociedad sobre el derecho romano y tomarlo como modelo, no significaría apartarse de la ley divina y buscar la justicia en detrimento e ignorando la caridad?

A principios del siglo XIII, Tomas de Aquino eliminó esa crítica. Su obra, que renovó la de Aristóteles y al mostrar que la filosofía precristiana fundamentada en la razón, estaba en una gran medida conforme a la ley divina, tuvo el efecto de “exorcizar” el derecho romano. La tesis tomista constituyó el rechazo definitivo de toda pretensión de construir la sociedad civil sobre un modelo apostólico, dominado por la caridad. Con Tomás de Aquino se levantó el último obstáculo para el renacimiento de los estudios del derecho romano.⁴

31. Enseñanza de los derechos nacionales. Como consecuencia de ello, en todas las universidades de Europa, la base de toda enseñanza del derecho sería derecho romano y el del derecho canónico. No es sino hasta un periodo tardío, que la enseñanza del derecho nacional hará su aparición en las universidades. El derecho sueco se enseñó en Upsala desde 1620 y una cátedra de derecho francés se creó en la Sorbona en París, en 1620, pero en la mayoría de los países la enseñanza del derecho nacional tendría que esperar hasta el siglo XVIII: en 1707, en Wittenberg, primera universidad del Imperio Alemán que enseñó el Deutsches Recht; en 1741 en España; en 1758 en Oxford y en 1800 en Cambridge, Inglaterra; en 1772 en Portugal. Hasta el siglo XIX, periodo que se caracteriza por las codificaciones nacionales, la enseñanza del derecho romano, en todas las universidades, siguió siendo la enseñanza básica y el derecho nacional por contra ocupaba un lugar completamente secundario. Importa reparar en estos hechos y de esta preeminencia indiscutible de la enseñanza del derecho romano en todas las universidades durante varios siglos. Sólo así se puede apreciar lo que significa el fenómeno del renacimiento de los estudios de derecho romano, cuyo alcance excede considerablemente por su alcance, a la universidad de Bolonia por una parte y los siglos XII y XIII por otra parte.

32. El Usus Modernus Pandectarum. La enseñanza del derecho romano impartida en las universidades evolucionó; varias “escuelas” se sucedieron, cada una con preocupaciones y métodos propios. Una de las primeras escuelas, la de los glosadores, se propuso reencontrar y explicar el sentido originario de las leyes romanas.⁵ A partir de entonces, algunos textos de las compilaciones de Justiniano se abandonaron porque se referían a instituciones desaparecidas de la Antigüedad (verbi gratia la esclavitud) o a materias específicas reguladas en esa época por el derecho canónico de la Iglesia (verbi gratia el matrimonio y el testamento). La obra de los

⁴ M. Villey, *Leçons d'histoire de la philosophie du droit* (2a. ed. 1962, Reprint Bibliothèque Dalloz), pp. 43-49 y 203-219; G. Le Bras, C. Lefebvre y J. Rambaud, *Histoire du droit et des institutions de l'Église*, t. VII: *L'Âge classique* (1140-1378), 1965; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, LGDJ Montchrestien, 2000.

⁵ H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter*, 1997.

glosadores encontró su apogeo, a mediados del siglo XIII, en la Gran Glosa de Accurse que retomó lo esencial del trabajo de sus predecesores en una obra compuesta de alrededor de 96000 glosas. En el siglo XIV, con la escuela de los postglosadores, se manifestó una nueva tendencia y un trabajo radicalmente distinto se llevó a cabo: el sistema de derecho romano fue debidamente expurgado, se le sometió a distorsiones y fue objeto de desarrollos enteramente novedosos (derecho mercantil y derecho internacional privado); al mismo tiempo que se sistematizó su presentación, de una manera que contrasta profundamente con el caos del Digesto y con el espíritu casuístico y empírico de los jurisconsultos de Roma. Los juristas ya no se interesaron más por encontrar las soluciones romanas, se concentraron más bien, empleando los textos del derecho romano, a introducir y a justificar reglas adaptadas a la sociedad de su tiempo. En los siglos XIV y XV, se enseñó bajo el nombre de *Usus Modernus Pandectarum*, un derecho romano profundamente deformado bajo la influencia de las concepciones del derecho canónico. Según el método escolástico, se presentaron, ante las diferentes interrogantes, las opiniones de Bártolo, Baldo, Azo y varios otros postglosadores y se pretendió así desprender la solución justa del problema, tomando en cuenta la *communis opinio doctorum*.

33. *Jus commune* y *common law*. Los análisis precedentes contribuyen a entender la significación del *jus commune* en el sistema romano-germánico. Es un monumento contruido por una ciencia europea que aspiraba a procurar a los juristas el marco de referencia, el vocabulario y métodos, que les facilitasen la búsqueda de soluciones justas. La obra de las universidades solamente puede explicarse en referencia a un concepto de derecho natural. Con el auxilio de los textos romanos, sus escuelas de derecho intentaron descubrir reglas de derecho más justas y conformes a un orden bien concebido en una sociedad, cuya existencia es requerida por la naturaleza misma de las cosas. Las universidades no formulaban, pero tampoco pretendían elaborar, obras de derecho positivo; no tenían la calidad además, para establecer las reglas de derecho que en la vida diaria y en cualquier país, jueces y practicantes debían necesariamente aplicar. Conviene resaltar estas características, en especial en momentos en que se aspiraba a construir en Europa, un derecho europeo.⁶ El sistema romano-germánico unificó a los pueblos de Europa en el respeto a su diversidad, sin la cual Europa no sería lo que es ni lo que queremos que sea.

El *jus commune* de Europa continental es por esa razón muy diferente del *common law* que representaba en Inglaterra un derecho uniforme aplicado por las cortes reales. Adicionalmente, ese *jus commune* europeo era de una gran flexibilidad, si se atendía a su naturaleza y a su autoridad puramente persuasiva. La rigidez del *common law*, sistema de derecho positivo vinculado a consideraciones de procedimiento, hizo necesaria la elaboración en Inglaterra de reglas de derecho, que se denominaron normas de equity, destinadas a complementar y a rectificar el *common law*. Los países de la familia romano-germánica jamás percibieron tal necesidad y por ende ignoraron la distinción inglesa fundamental del *common law* y de la equity. La noción de un derecho estricto que no fuese “equitativo” se oponía a la concepción

⁶ *Nouvelles perspectives d'un jus commune européen* (Coloquio que tuvo lugar en el Instituto europeo de Florencia en mayo de 1997); J. M. Carbasse, *Introduction historique au droit*, PUF, 1998; M. F. Renoux-Zagame, *Le droit común européen, entre histoire et ravisé. Droit*, 1991, núm. 14; J. L. Halperin, *L'approche historique et la problématique du jus commune en Variations autour d'un droit commun*, 2001; R. Schulze, *Le droit privé común européen, RTD comp.*, 1995, pp. 7-28; R. Knutel, *L'unité du droit en Europe et le droit romain, Rev. d'hist. Des fac. de droit et de la science juridique*, 1998, 19, pp. 125 y ss.

misma del derecho postulado por las universidades. Era por lo demás evidente que no propondrían este modelo como derecho estricto, cuando en su óptica no se satisfacían los parámetros que determinaban qué debería ser un sistema de derecho.

34. La escuela del derecho natural. Sistematizado y adaptado por los juristas a las necesidades de la sociedad moderna, el derecho impartido en las universidades desde la época de los postglosadores se alejaba cada vez más del derecho de Justiniano, para convertirse en un derecho sistemático, fundado en la razón y con vocación de ser aplicado de manera universal. El celo por respetar al sistema de derecho romano se desvaneció frente al ímpetu creciente de descubrir y enseñar los principios de un derecho plenamente racional. Los siglos XII y XIII fueron testigos del triunfo en las universidades de una escuela nueva, llamada Escuela del derecho natural (Vernunftrecht).

La Escuela del derecho natural que llegó a dominar el escenario en los siglos XII y XIII se distancia en muchos de sus aspectos de la Escuela de los postglosadores. Esta Escuela abandonó el método escolástico e impulsó en un alto grado la sistematización del derecho concibiéndolo de manera axiomática, eminentemente lógica, a imagen y semejanza de las ciencias. Alejándose de la idea del orden natural diseñado por la divinidad, pretendió por su parte construir todo el orden social sobre la consideración del hombre; exaltó los “derechos naturales” del individuo, provenientes de la personalidad misma de cada sujeto. A partir de este momento, la idea del derecho subjetivo va dominar el pensamiento jurídico.⁷ Al rechazar la concepción clásica del orden social resultante de la voluntad divina y la naturaleza misma de las cosas y al adscribir todas las reglas de derecho al hombre considerado como la única realidad existente, la mal llamada Escuela del derecho natural dejó de concebir al derecho, cómo un derecho natural, para considerarlo cómo una obra de la razón. A partir de ese momento es la razón del hombre la que estaba destinada a convertirse en el único vértice. La filosofía de la Ilustración, que tuvo su idea motriz en la universalidad, determinó que los juristas intentaran proclamar reglas de justicia de un derecho universal, inmutable y común a todos los tiempos y a todos los pueblos.⁸ Estas concepciones reforzaron la tendencia de amalgamar las costumbres locales y regionales. La exaltación de la razón y la nueva función que se le confería a la ley hizo propicia la vía para la codificación.

La escuela del derecho natural renovó completamente la ciencia del derecho en sus métodos, en sus tendencias axiomáticas y por el lugar otorgado a la legislación. En cuanto al fondo del derecho, su inflexión obliga a la reflexión en dos ámbitos: en el derecho privado y en el derecho público.

En el derecho privado, la Escuela del derecho natural, en cuanto al fondo, no fue revolucionaria. No repudió de manera general las soluciones a las que llegaron los postglosadores, tanto Grocio, Domat como Stair en Escocia, más tarde Hugo en Alemania, las justificaron por su racionalidad. La escuela del derecho natural sólo exigía que la recepción y la aplicación de las reglas del

⁷ Para una crítica de esas concepciones, véase M. Villey, *Seize essais de philosophie du droit*, 1968, y “Contra l’umanesimo nel diritto”, *Riv. Int. Filosofia del Diritto*, 1967, pp. 670-682.

⁸ Los Estatutos nuevos que el Marqués de Pombal dio a la Universidad de Coimbra en 1772, disponen que en lo sucesivo, ya no se fundamente la enseñanza sobre la base del derecho romano sino sobre la base del derecho comparado, tomando en cuenta los principios de derecho reconocidos por las naciones civilizadas.

derecho romano se hicieren bajo el a beneficio de su revisión: cuando no eran contrarias a la razón o a la justicia, y conforme a los sentimientos y a las necesidades de la sociedad, tal y como se les concebía en los siglos XVII y XVIII. No postulaba el abandono del derecho romano; proponía simplemente una nueva método, más progresista, de aplicación y de interpretación de este derecho. Este postulado consistía en rechazar el axioma que en algunos países (verbi gratia Italia, España, Portugal) imponía la observancia obligada de la *communis opinio doctorum*, y adoptar el axioma observado en países como Francia en donde la valoración del sistema del derecho romano era exclusivamente de “razón escrita”. En el derecho privado, la Escuela del derecho natural no agregaba, ni ofrecía en la práctica, ningún sistema alternativo al derecho romano. Su metodología se limitaba a corregir algunos aspectos secundarios, que respondía únicamente a un proceso de modernización y de esclarecimiento de las soluciones admitidas hasta esa fecha y no a introducir nuevos postulados.

En el derecho público la perspectiva varió totalmente. Para el derecho público, el derecho romano no constituyó nunca un modelo.⁹ La Escuela del derecho natural se esmeró en complementar la obra secular de las universidades; a este efecto propuso modelos provenientes de la razón relativa a las Constituciones, a la práctica administrativa y al derecho penal. Esos modelos altamente racionales estuvieron inspirados, en gran medida, por el derecho inglés; ya que si bien, el *common law* jamás logró alcanzar la perfección del derecho romano, en el derecho público logró conciliar mejor que ningún otro derecho, las necesidades de la administración pública, de la policía las de las libertades de las personas.

La Escuela del derecho natural necesitó que, paralelamente al derecho privado basado en el derecho romano, Europa elabore lo que hasta esa fecha se carecía: un derecho publico que hiciera efectivos los derechos naturales del hombre y garantizara las libertades de la persona humana, ya que la Universidad, abocada al estudio del derecho romano, no había abordado.

SECCIÓN 2 LOS DERECHOS NACIONALES Y REGIONALES

35. El retorno a la idea de derecho. El movimiento tendiente a revitalizar el derecho romano que se desarrolló en las universidades estaba, como todo movimiento de ideas, expuesto a un riesgo: permanecer en el ámbito estrictamente académico. Las universidades preconizaban un nuevo sistema de organización social; profesaban que el derecho tenía que regular la sociedad civil y afirmaban que el mejor y único derecho intelectualmente concebible era el derecho romano reelaborado por ellas. Resultaba sin embargo imperativo persuadir a las sociedades, a sus gobernantes, pero sobre todo a los jueces, de quien dependía, principalmente en aquella época, no sólo la aplicación sino también la determinación del derecho aplicable. La interrogante persistía: ¿en qué medida las ideas profesadas por las universidades pudieron llegar a ser aceptadas y de qué manera el modelo que proponían pudo convertirse en el derecho positivo aplicado en los diferentes países de Europa?

⁹ F. Schulz, *Principles of Roman Law*, 1936; S. Gagner, *Studien zur Ideengeschichte der gesetzgebung*, 1960.

La idea de que la sociedad debía ser regulada por el derecho se impuso en el siglo XII. Un acontecimiento relevante pone claramente de manifiesto la necesidad experimentada en aquella época de volver a la idea de derecho: en 1215, una decisión del Cuarto Concilio de Lateran¹⁰ prohibió a los clérigos participar en todos aquellos juicios en los que se recurriera a las ordalías o al juicio de Dios. Esta resolución marcó un viraje decisivo. La sociedad civil no podía ser gobernada por el derecho en tanto los juicios se continuaran resolviéndose recurriendo a lo sobrenatural; el mismo estudio del derecho carecía de interés práctico si la resolución de los litigios dependía de un sistema de pruebas irracionales y si la función de los tribunales se limitaba a designar las pruebas a las que una u otra partes tendría que someterse. La decisión tomada en el seno del Cuarto Concilio de Laterán, que excluía en el procedimiento estos medios de prueba, tuvo como consecuencia principal en los países de Europa continental, la adopción de un procedimiento nuevo, racional, moldeado sobre el derecho canónico, y con ello instauró la vía al reino del derecho.

El renacimiento de la idea del derecho es uno de los aspectos que incluye y exige el renacimiento del XII y XIII. La decisión del Concilio de Laterán tradujo claramente las ideas y percepciones nuevas. No obstante, no indica cómo se va reencontrar la idea del derecho y sobre que bases el derecho nuevo será construido.

36. Oportunidades para el desarrollo del derecho. Las universidades que propiciaban el renacimiento de los estudios del sistema del derecho romano proponían una solución: reestablecer la vigencia del sistema del derecho romano. Se pudo sin embargo imaginar otra solución: desarrollar un nuevo sistema de derecho, fundado en las costumbres existentes en la época o, a falta de tales costumbres, en una base jurisprudencial. Existía la posibilidad de recurrir a lo que ya estaba elaborado, para adaptarlo a las nuevas circunstancias, o se podía haber construido un nuevo sistema de derecho, conforme fueren surgiendo las necesidades. La segunda fórmula fue la que prevaleció en Inglaterra, en donde se edificó un nuevo sistema de derecho: el sistema del *common law*. Las condiciones propias de Inglaterra no permitieron a las Cortes diseñar un sistema de derecho como el que preconizaban las universidades; en efecto las jurisdicciones reales (las Cortes de *common law*) tenían una competencia restringida, vinculada a procedimientos que les impedía considerar al sistema de derecho con toda libertad, desde el punto de vista de la moral y de la política. El sistema del derecho romano era quizás per se el mejor derecho, el que convenía aplicar; sin embargo en Inglaterra era un sistema de derecho que resultaba imposible, aplicar.

Importa destacar otro esbozo impulsado por la escuela de derecho de Pavía que proponía como modelo de sistema del derecho el derecho lombardo en substitución del sistema del derecho romano. Esta tentativa resultó sin embargo, un fracaso absoluto; el sistema de derecho lombardo se mantuvo y conoció cierta expansión en Italia pero careció de cualquier irradiación fuera de las

10 Nota del traductor. Es un conjunto arquitectónico de Roma que se encuentra en posesión del Estado Vaticano. El cuarto Concilio Ecuménico se reunió en 1215 por el papa Inocencio III y legisló sobre ámbitos particularmente importantes de la vida religiosa, como fue la comunión, la confesión anual, la vestimenta de los sacerdotes y clérigos y las prohibiciones matrimoniales, entre otros.

fronteras de este país y ninguna universidad, salvo la de Pavía, la ponderó como fundamento de su enseñanza.¹¹

En suma, en los países del continente distintos a Inglaterra, prevaleció la solución propuesta por las universidades. La familia romano-germánica reconoce en las universidades europeas sus orígenes: logró impactar a los países de la Europa continental en diferentes grados, pero siempre en forma importante; estos países fueron influenciados por la enseñanza impartida en las facultades de derecho de sus universidades, en su concepción del derecho, en sus métodos de investigación y con frecuencia en la redacción misma de sus reglas de derecho.

37. Procedimiento y organización judicial. En Europa continental, a diferencia de lo acaecido en Inglaterra, las consideraciones de procedimiento, lejos de verse obstaculizadas se vieron favorecidas, por la romanización del derecho. A partir del Cuarto Concilio de Letrán y a imitación del derecho canónico, un nuevo procedimiento más racional, pero también más complejo, escrito y no sólo oral, yor, fue incorporado en los países del continente europeo. La introducción del nuevo derecho procesal conllevó reformas profundas y decisivas en la organización judicial. Se abandonó paulatinamente el sistema de derecho carolingio en donde la función del juez (Richter) se limitaba a conducir el procedimiento, en tanto que a los concejales (Scabini, Schöffen), les incumbía decidir cuales eran las costumbres aplicables y pronunciar las sentencias. Durante los siglos XIV y XVI, la administración de la justicia se convierte en un asunto exclusivo de los juristas letrados, formados en las universidades, bajo la escuela del derecho romano.

En virtud de que el derecho era administrado por juristas, el derecho enseñado en las universidades va ejercer una influencia considerable. Para dimensionar la magnitud de esta influencia, es preciso considerar las circunstancias de la época. En la Edad Media, el derecho no presentaba ni la certidumbre, ni el carácter completo que lo distingue en la actualidad. Su evolución no dependía del gobierno cuyo objetivo era esencialmente de policía. El derecho, concebido como la expresión de lo justo (*id quod justum est*), no se identificaba con las órdenes de un soberano con frecuencia cuestionado. Un papel muy importante en el descubrimiento y la formulación de las reglas del derecho, era, por este hecho asignado a la jurisprudencia, guiada por la doctrina. El modelo de derecho enseñado por las universidades no ha sido de ninguna manera, en tales condiciones, la obra ideal de pensadores sin relación ni influencia con la práctica.

38. Renacimiento de los estudios del sistema derecho romano y su recepción. ¿En qué medida y de qué manera se ejerció esta influencia?

El renacimiento de los estudios del derecho romano y el hecho de que a los juristas les asistía en exclusiva la impartición de la justicia no condujo necesariamente por doquier a la adopción de las soluciones propuestas por los doctos de las universidades.

El renacimiento de los estudios del derecho romano tuvo por efecto antes que nada restaurar, en Europa, la convicción del derecho, de su dignidad y de su importancia para garantizar el orden y

¹¹ F. Calasso, *Introduzione al diritto commune*, 1951; M. Cappelleeti, J. H. Merryman, J. M. Perillo, *The Italian Legal System. An Introduction*, 1996. G. L. Certona, *The italian legal system* 1985. *Le Liber Papiensis*, que servía de texto para la enseñanza del derecho en Pavía, comprendía el Edicto de Rothari (643), que en 388 capítulos constituía la exposición más completa de su tiempo, junto con un cierto número de Capitulares, contenidas en el *Capitulare italicum*. A todo lo anterior se le acompañaban de glosas.

permitir el progreso en la sociedad. Esta convicción no resultaba tan obvia y después de la decadencia del Imperio romano, se había perdido en Europa: al igual que en el Lejano Oriente, como en las sociedades primitivas, la sociedad recurría la confianza en la conciliación y en la búsqueda de una solución pacífica, de compromiso y de equidad, más que en el derecho. Las universidades ponderaban la vocación del derecho e insistían sobre su función insustituible en la sociedad. Aquí se identifica una primera vertiente, independiente del derecho romano y de su recepción: El renacimiento de los estudios de derecho romano, es en primer lugar y antes que nada. El renacimiento de una concepción que ve en el derecho la base misma del orden civil.

El renacimiento de los estudios de derecho romano implicó igualmente también que: el vocabulario jurídico y las nuevas categorías jurídicas donde habían quedado insertos estos conceptos, pasaran a ser el vocabulario, las categorías y los conceptos de los romanistas. En esta forma la división del derecho público y del derecho privado, las nociones de usufructo, de servidumbre, de dolo, de prescripción, de mandato y de arrendamiento de obra, entre otros muchos, se convirtieron súbitamente en las divisiones y en las nociones con las cuales los juristas, formados en la escuela del derecho romano fundamentarían su razonamiento.

El renacimiento de los estudios de derecho romano fue el fenómeno principal que caracterizó el nacimiento de la familia del derecho romano-germánico. Los países pertenecientes a esta familia fueron países cuyos juristas y practicantes recurrían históricamente a las clasificaciones, a los conceptos y a los modos de razonar de los romanistas.

Los fundamentos y las reglas de derecho pudieron provenir de fuentes locales no romanas. La recepción de las soluciones romanas se percibió de naturaleza diferente y definitivamente secundaria. Las universidades jamás pretendieron imponer las soluciones romanas y mucho menos han sido instituciones supranacionales encargadas de la aplicación del derecho; simplemente enunciaban cómo, se debía concebir el derecho y partiendo de textos romanos intentaban demostrar cuál era, según su criterio, la mejor solución jurídica, y la forma en que se podía llegar a su conocimiento. Su obra era esencialmente persuasiva, y la uniformidad estaba muy lejos de imponerse a través de la vía de la autoridad.

39. Evolución necesaria de las costumbres. Resulta claro que el renacimiento de los estudios del derecho romano difiere de la recepción del derecho romano; este fenómeno no excluyó que, la influencia de las universidades tuviera como consecuencia, en cuanto al fondo mismo del derecho, una recuperación de la autoridad y una influencia creciente del derecho romano o de reglas provenientes del derecho romano.

En principio, la aplicación del derecho en la práctica no se modificó, pero desde aquel momento se le empezó a considerar de una manera más crítica. No podría subsistir, para regular las relaciones sociales, si no presentaba las cualidades de certidumbre, de generalidad territorial en su aplicación y si la conformidad con la justicia que, de acuerdo a las nuevas ideas, caracterizaban al derecho. Era por lo tanto menester, que demostrara su adaptabilidad a las nuevas circunstancias, tal y como se requería en una época de transformación.

Las costumbres locales diferentes de un poblado a otro, estaban condenadas a desaparecer. Resultaba demasiado complejo conocerlas o acreditarlas; adicionalmente eran sólo aceptables en una economía cerrada y sólo podrían subsistir de haberlas podido agrupar y adscribirles un área geográfica de aplicación más extensa y, si una compilación hubiera permitido conocer con mayor facilidad las reglas que se desprendían de dichas costumbres. En caso contrario, las costumbres locales estaban fatalmente destinadas a desaparecer; en la práctica a las costumbres locales se les reemplazó por el derecho erudito de las universidades. Los progresos del derecho romano se sólo se verían limitados cuando se enfrentaron a los grandes coutumiers como las que emergieron en

el siglo XIII, en Francia con la obra de Beaumanoir o en Alemania con el Espejo de Sajonia. Se les podrá limitar con la elaboración de compilaciones legislativas nuevas, como en España en el siglo XIII, con las Siete Partidas de Alfonso X El Sabio, o mediante la redacción de costumbres, que ordena en Francia a mediados del siglo XV la Ordenanza de Montil-lez-Tours (1454).

Es importante detenerse un instante en esas compilaciones: redacción o comentarios de las costumbres. En la mayoría de ellas y en particular en las coutumiers francesas, lo verdaderamente sorprendente es su carácter fragmentario. Las costumbres sólo se refieren a las costumbres existentes con anterioridad al siglo XIII: relaciones familiares, al régimen de agrario y a las sucesiones. En estos ámbitos se podían mantener las antiguas normas. Pero en cuanto al desarrollo de nuevos ámbitos, las costumbres no ofrecían ningún fundamento sólido. Eran aceptables sólo para constituir un jus civile en el sentido estricto del término —en una comunidad circunscrita— pero son inadecuadas para construir un jus gentium y para abarcar las relaciones que rebasen los límites territoriales en que se aplican

El derecho enseñado en las universidades no estaba sometido de igual forma a un tiempo o a un espacio territorial, era una obra de la razón, y por consiguiente situada más allá de contingencias o tradiciones locales. Este derecho era propicio para regular una nueva clase de relaciones; era el adecuado para proporcionar una reglamentación, aceptable por todos, en materia de derecho internacional. Las costumbres eran el derecho de sociedades tradicionales y cerradas; mientras que el derecho de las universidades era aquel de una sociedad universal y abierta al futuro. Fueron estas dos características las que explican su expansión y su recepción.

40. Los modos de expansión del derecho común. ¿Expansión y o recepción? Estas dos nociones se emplean con frecuencia en forma indistinta, pero no reflejan necesariamente una mayor o menor romanización del derecho. No hay gran diferencia entre un derecho aplicable en principio, pero con excepciones de fondo y un derecho aplicable o aplicado en forma supletoria, para superar posibles lagunas. Lo verdaderamente relevante consiste en determinar el número de excepciones o el volumen del derecho local que el derecho romano, viene a completar por su autoridad o su persuasión.

En Francia, por ejemplo, el derecho romano por doquier es admitido en su calidad de razón escrita: imperio rationis y no razione imperii, ya que el rey de Francia es emperador en su reino y no recosa fuerza obligatoria a las leyes romanas vistas como leyes imperiales. La misma fórmula, sin embargo, tenía una realidad totalmente distinta en las regiones país del Sur de Francia, países de derecho escrito y en aquéllos del Norte de Francia, países de costumbres.

En el Sacro Imperio Romano Germánico, hubo una recepción del derecho romano. Pero existían regiones del Sacro Imperio en que la recepción no operó y en donde, en consecuencia, sólo tenía vigencia a título de razón escrita; cómo es el caso de los cantones suizos, que eran regiones sujetas al derecho del Espejo de Sajonia. No obstante, no se percibía una diferencia entre unos y otros por lo que se refiere a la influencia que de hecho ejerce el derecho romano. La misma observación se puede hacer en España donde el derecho romano es recibido en Cataluña y sólo vale como razón escrita en Castilla o en León.

Algunas consideraciones relativas a la organización judicial y al procedimiento resultaron más valiosas que las fórmulas legales tan variadas que fueron empleadas. En Francia, los progresos derecho romano se vieron obstaculizados por la existencia de un procedimiento, el de la investigación por turbese, que permitía establecer en justicia el contenido de las costumbres. Por otra parte, desde el siglo XIV, antes de que los posglosadores empezaran a interrogarse sobre la conveniencia de adaptar el del derecho romano a las necesidades de la sociedad, se erigió una gran Corte real, el Parlamento de París, capaz para realizar, sobre otros fundamentos, un trabajo

análogo. En los países escandinavos, los progresos derecho romano son, en cuanto al fondo, limitados por el hecho de que el derecho ya está unificado y la costumbre redactada a nivel nacional.

En Alemania y en Italia, por su parte no se observó un fenómeno similar. Ningún procedimiento permitía determinar el contenido de las costumbres y difícilmente se podía exigir de la judicatura que tuviera un conocimiento personal de las costumbres. En el siglo XII, en Italia, se recurría con frecuencia a jueces itinerantes que se elegían deliberadamente fuera de la jurisdicción en donde debían de actuar, con la esperanza de que permanecieran imparciales y conservaran su independencia. Por otra parte, en el siglo XVI, se propaló en Alemania una práctica que condujo a resultados análogos: la del Aktenversendung. La organización de los tribunales era anárquica; para sólo mencionar un ejemplo, existían más de dos mil tribunales únicamente en Sajonia. Para procurar una solución se remitía el expediente lejos del lugar en donde se desarrollaba el proceso, a una universidad (Spruchfakultät) que se encargaba de determinar cómo la controversia debía ser resuelta conforme al derecho. Tales prácticas aseguraban inevitablemente la preeminencia del derecho romano. Los jueces competentes ignoraban las costumbres locales por lo que en esas condiciones se apoyaban de buen grado en la *communis opinio doctorum*.¹²

41. Las compilaciones oficiales o privadas. Compilaciones privadas u oficiales aparecen en diversos países, del siglo XIII al XVIII, con mira a determinar el contenido de las costumbres locales. Estas obras o compilaciones impidieron, a primera vista, cómo se ha expuesto, de alguna manera los progresos del derecho romano. Sin embargo, desde esta perspectiva, su alcance fue limitado. En realidad, los redactores de las costumbres se limitaron a determinar el contenido de las costumbres: su obra puso de manifiesto todas las lagunas de la costumbre, sus arcaísmos y sus insuficiencias. Su conclusión fue contundente: ninguna costumbre constituía un derecho lo suficientemente completo y deseable, que se requería para regular las nuevas relaciones sociales. Debido a ello, las costumbres se presentaban inevitablemente como “ley particular”, como correctivo a un sistema, cuyos principios deben buscarse en otra parte. Tal será el caso de las costumbres francesas redactadas por orden de Carlos VII en la segunda mitad del siglo XV y la primera del siglo XVI. Por otro lado, los redactores se esforzaron por presentar a las costumbres como un sistema lo suficientemente completo, al que se podía acudir en cualquier momento: pero sólo podían lograr ese propósito haciendo una obra ampliamente creadora; lo que supone en muchos casos, en realidad, una importación de principios de derecho romano. El caso más significativo fueron las Siete Partidas. En esta compilación, el rey de Castilla Alfonso X El Sabio retomó la tradición española del Fuero Juzgo e intentó conciliar las reglas de derecho consuetudinarias de Castilla por una parte y las reglas de derecho del derecho romano y canónico impulsadas respectivamente por las universidades y por la Iglesia, por otra parte. Por encima de cualquier otra compilación de su época, las Siete Partidas se significaron por ser una obra vanguardista de reformas legales. Fueron redactas en 1265 pero fue hasta 1348 que el Ordenamiento de Alcalá le dio fuerza de ley. Su influencia trascendió Castilla, que fue su país de

¹² J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 1968, pp. 134 y ss., 196 y ss. W. Engelmann, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, 1939. F. Calasso, *Medioevo del diritto*, 1954; H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, 2 vol. 1a. parte.

origen para extenderse por toda España y Portugal. Las Siete Partidas contribuyeron en gran medida a la romanización de las reglas de derecho español y portugués.

El simple deseo de presentar a las costumbres cómo regionales obligó inevitablemente a sus redactores a desdeñar particularidades locales. La necesidad de elegir entre varias soluciones, seguramente los hizo optar por la que se encontraba más en armonía con las reglas romanas.

Conforme fue pasando el tiempo, la ciencia del derecho romano se convierte en la ciencia del derecho en sentido estricto. El derecho romano tal y como se enseñaba en las universidades se presentaba como la razón escrita del mundo cristiano. La influencia del derecho romano crece en la medida en que se consideran compilaciones más recientes. Tanto en Francia como en Alemania, la reforma de las costumbres o de los derechos municipales lo demuestra claramente. Las codificaciones que surgieron en Noruega (1683) y en Dinamarca (1687) por una parte y en Suecia y Finlandia (1734) por la otra, constituyeron las únicas excepciones. Mención aparte de ser hecha de la evolución en los países ortodoxos que estuvieron en la época desprovistos de universidades y aislados del resto de la cristiandad.

42. La función de los parlamentos franceses. Examinemos más detalladamente como el derecho se ha desarrollado por la acción de la jurisprudencia en diferentes países. En Francia, desde el siglo XII, la justicia real gozaba de una buena organización en el ámbito local, en el marco de las llamadas bailías¹³ y senescalías,¹⁴ y desde mediados del siglo XIII, dentro de la Curia regis, existía un grupo especializado en los casos judiciales. El Parlamento de París y más adelante los de la provincia fueron Cortes soberanas que participaban en el gobierno del reino. Costumbres y derecho romano no se imponían estrictamente a esas Cortes que recurrían a diversas fuentes para pronunciar sus sentencias; su vínculo con el poder real les permitía apartarse del derecho estricto para que prevaleciera la equidad. Los jueces franceses se sentían más libres en relación a las universidades y al derecho romano que se enseñaba en ellas. La ciencia era una cosa, el gobierno del país era otra. Los Parlamentos franceses se esforzaron en modernizar el derecho a cuyo efecto recurrían a toda tipo de consideraciones. El derecho romano ejercerá sobre ellos su prestigio entre ellos, en particular en algunos ámbitos (verbi gratia en el derecho de los contratos) en donde sus soluciones se aplicaban constantemente; debe sin embargo puntualizarse que el derecho romano tenía en Francia exclusivamente un valor de razón escrita, pero nunca llegó a ser calificado de derecho común. El derecho común en Francia era ante todo la jurisprudencia de los Parlamentos; los recueils publicados de la época dan testimonio de su importancia. En los siglos XVI y XVII en particular las “decisiones de reglamento” eran frecuentes en Francia e indicaban el sentido en que, en lo sucesivo, un Parlamento sentenciaría en determinadas circunstancias. Esas decisiones de reglamento se referían principalmente a problemas de procedimiento y de administración de la justicia pero igualmente regulaban numerosos asuntos de derecho privado. Independientemente de ello, los “precedentes” que se mencionaban con frecuencia desempeñaron en Francia una función similar e incluso superior, al que desempeñaba en Inglaterra los precedentes en la misma

13 Nota del traductor. Las Bailías son territorios de alguna encomienda de las órdenes religiosas.

14 Nota del traductor. Las senescalías son dignidad de senescal y éste último era el jefe o cabeza principal de la nobleza, que la gobernaba, especialmente en la guerra.

época.¹⁵ Considerando la jurisprudencia de los Parlamentos, es posible sostener que en el siglo XVIII Francia estaba regida por un “derecho común consuetudinario” que en algunos ámbitos se oponía al de derecho romano.

43. El *Deutsches Privatrecht*. La evolución jurídica tomó en Alemania otro derrotero. La desintegración del Sacro Imperio Romano Germánico y de la sociedad que acaeció durante el siglo XIII conllevó en Alemania a la desaparición de toda jurisdicción central. La Corte imperial (*Reichshofgericht*) que subsistió, se le atribuyó una competencia enormemente reducida debido a las inmunidades de las jurisdicciones concedidas por el emperador. Esta Corte Imperial no tenía ni sede fija, ni un personal de jueces permanentes, ni medios para asegurar la ejecución de sus decisiones.

En esas condiciones prevalecientes, la jurisprudencia en Alemania pudo haber tenido alguna importancia en el ámbito regional, en el marco de los diferentes Estados alemanes pero no logró constituir un sistema de derecho alemán, lo que hizo propicio la recepción del derecho romano.

Aunado a lo anterior, los estatutos de la jurisdicción imperial fundada en 1495 (*Reichskammergericht*) preveían que los jueces debían en principio sentenciar de conformidad con el derecho romano (*nach des reiches gemeinem Rechten*)¹⁶ y esta jurisdicción no favoreció el desarrollo de un derecho alemán.

En ámbitos más limitados que en Francia, será posible hablar la existencia de un derecho privado alemán (*Deutsches Privatrecht*). Antes de la recepción del derecho romano, el desarrollo promisorio de un nuevo derecho se produjo en las ciudades alemanas. Estas ciudades conocieron un desarrollo notable en la Edad Media, en particular con la Confederación de la Hansa Teutónica. Los estatutos de una ciudad eran a menudo reproducidos verbatim o lo más fielmente posible, de los estatutos de otra ciudad (Leipzig, Magdeburgo). En esa forma se formó el uso, cuando era menester interpretar los estatutos o bien cuando se solicitaba una consulta a la Corte (*Oberhof*) de la ciudad de origen de los estatutos. Esta práctica bien pudo haber derivado en la constitución, en ciertas materias (derecho mercantil particularmente), de un derecho común alemán. Esta práctica fue abandonada cuando, en el siglo XVI, los príncipes alemanes decidieron retener para ellos, cada uno en su territorio, el monopolio de la justicia.¹⁷ Aunado a lo anterior en la misma época, los *Oberhöfe* cayeron bajo el control de los juristas.

En el siglo XVIII, algunos autores hicieron un nuevo intento por sistematizar el “derecho alemán” y convertirlo en un modelo alterno del *jus commune* (*Gemeinrecht*), representado por el derecho romano. Pero ya era demasiado tarde; el derecho romano se encontraba fuertemente arraigado. El ámbito del *Deutsches Privatrecht* había quedado circunscrito a algunas cuantas instituciones y no se consiguió desromanizar y nacionalizar el conjunto del derecho alemán.

Más típica aún, resulta la experiencia de la Escuela histórica en el siglo XIX. La Escuela histórica afirmaba la necesidad de un desarrollo espontáneo del derecho, paralelo a las

15 J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 4a. ed. 1982, pp. 307, 324 y ss., El mismo autor observa que los juristas más influyentes en Francia fueron los practicantes más que los profesores de derecho. Entre los redactores del Código Civil francés no figura ningún profesor.

16 A. Laufs, *Reichskammergericht*, en *Handwörterbuch der deutschen Rechtsgeschichte*, vol. IV, 1990.

17 J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, 4a. ed. 1982, pp. 157 y ss. Observemos que los *Oberhöfe* nunca fueron, sin excepción alguna, jurisdicciones de apelación. La práctica del *Aktenversendung* se eliminó y desaparecieron finalmente con la promulgación de la I Ordenanza sobre el procedimiento civil (ZPO) en 1879.

costumbres, al lenguaje jurídico y que se adaptase a las circunstancias de civilización peculiares de cada país. Pero, en un extraño cambio de actitud, Von Savigny, el máximo representante de esta escuela, llegó a justificar con esas premisas la recepción del derecho romano y a reivindicar incluso una aplicación más rigurosa del derecho romano en Alemania: conforme a su tesis, en el ámbito del derecho, los intérpretes calificados del sentimiento nacional eran, de hecho, los juristas deseosos de aplicar el derecho romano. “Querer eliminar el derecho romano elaborando un código” concluiría Saleilles,¹⁸ hubiera significado (a finales del siglo XIX) elaborar un código alemán sin derecho alemán”. Esta frase corresponde a una realidad de la época: debido a que el derecho romano se había convertido en el derecho nacional de Alemania. Se ha repetido con insistencia que el mismo Código civil francés contenía más elementos germánicos que el propio Código civil alemán.¹⁹ La huella romana es aún más clara e incontrovertida en el Código Civil austriaco (ABGB) de 1811.

44. Países latinos. El derecho romano devino de manera natural, el derecho común de Italia, de España y de Portugal; representaba en esos países la costumbre general, independientemente de cualquier recepción. En la Península ibérica, las Siete Partidas contribuyeron de manera importante para reconocerle al derecho romano una gran autoridad, en detrimento de las costumbres locales susceptibles de controvertirlo.

En estos países, un arraigo excesivo a las doctrinas de los postglosadores expuso al derecho a una parálisis. Esto produjo una reacción, propiciada por la Escuela del derecho natural, en contra de los métodos demasiado mecánicos que en épocas anteriores, habían impuesto seguir la *communis opinio doctorum*.

En el Reino de Saboya en 1729 y en Nápoles en 1774, el legislador tuvo que intervenir para condenar esta práctica y prohibir a los jueces referirse a la opinión de los doctores para justificar sus decisiones, las cuales debían fundarse, ante la falta de leyes, en la razón.²⁰

Esta misma evolución se reprodujo en 1769 en Portugal cuando una ley promulgada por el marqués de Pombal, la *lei boa razão*, liberó a los jueces de la estricta obligación de apegarse a las opiniones de Accurse y Bartolo y a la *communis opinio doctorum*, según las reglas prescritas por las Ordenanzas²¹ filipinas.²² En los sucesivos se deberían observar esas opiniones únicamente si estaban conformes a la sana razón (*boa razão*, *recta ratio*) es decir “a las verdades esenciales, intrínsecas, inalterables...donde derecho divino y derechos humanos habían extraídos las normas morales y cívicas de la Cristiandad”. Los jueces deben acudir a las otras reglas que producto “de

18 R. Saleilles, *Introduction à l'étude du Code civil allemand*, 1904, p. 8.

19 H. Mitteis, “Die germanischen Grundlagen des französischen Rechts”, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanische Abteilung*, vol. 63, 1943, pp. 138 y ss.; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, 1947, p. 140; H. Coing, *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, vol. III.

20 G. Gorla, I tribunali supremi degli Stati italiani fra i secoli XVI XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformizzazione fra Stati (Disegno storico-comparativo), en *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Ati del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, vol. I, 1977, pp. 447-532.

21 Nota del traductor. Estos ordenamientos fueron promulgados durante el reinado de Felipe III (1605/1665).

22 Preámbulo del Libro III 64 *in fine*. Los Ordenamientos filipinos datan de 1603 pero no fueron confirmados sino hasta 1643.

un acuerdo unánime, el derecho de gentes ha establecido para dirigir y gobernar a todas las naciones civilizadas”.

45. La legislación. Toca el turno en este análisis a la función de la legislación en este periodo específico. Desde una óptica estrictamente jurídica, esta función fue de segundo orden. De acuerdo a las ideas que imperaban en la Edad Media, el derecho existía independientemente de los mandatos de la autoridad: el soberano no estaba calificado para crearlo o modificarlo. Al soberano le asistía exclusivamente una función de policía y sólo podía intervenir para organizar y facilitar la administración de la justicia y contribuir a la formulación de un derecho cuya creación no es de su competencia. El soberano podía, mediante ordenamientos, edictos o prácticas administrativas como las cartas de rescisión, corregir algunos equívocos de la justicia; estaba igualmente facultado para organizar Cortes de justicia y regular su procedimiento pero, el soberano no hace leyes. Esta concepción, como veremos, se ha perpetuado hasta nuestros días, en la concepción musulmana del derecho: mediante los qanouns, el soberano sólo puede tomar decisiones relativas a la aplicación de los principios del derecho: estos principios han sido elaborados, a través de otras fuentes, con independencia del soberano. En igual forma en la doctrina hindú del derecho, se clasifica en dos categorías jurídicas distintas (el artha y el dharma) los ordenamientos del príncipe y las reglas de justicia.

Conforme a esta concepción, las ordenanzas que fueron promulgadas en Europa durante todo ese periodo desempeñaron una función muy importante en la organización de la Administración en los diferentes países y en el ámbito de lo que se denomina actualmente el derecho público. Tuvieron también una función considerable en el ámbito del derecho penal, disciplina estrechamente vinculada a la función de policía. La única ley imperial relevante en Alemania, fue la Carolina (1532) vinculada al derecho penal. En el ámbito del derecho privado, la función de la legislación fue por el contrario mucho menor. Las autoridades no se interesaron en modificar las costumbres. En una actitud inversa, los reyes de Francia en particular se preocuparon por que las costumbres estuviesen redactadas con el ánimo de preservarlas. Ha sido un prejuicio sostener que los soberanos en la Edad Media habían sido proclives en atribuirle una función activa a la observancia del derecho romano y con ello justificar su poder absoluto. Si el derecho privado ha sido modificado, se debió esencialmente al procedimiento. Se ha mencionado y no está por demás insistir, como la sustitución de de un procedimiento escrito, inspirado de un modelo canónico, aun procedimiento oral antiguo, había favorecido la recepción del derecho romano. En la misma Francia ni siquiera los monarcas absolutos tenían la atribución para modificar las reglas del derecho privado. Los reyes abandonaron los intentos, sugeridos o diseñados por el, de realizar la unificación de este derecho. Antes de 1789, se identifica a lo sumo una docena de Ordenanzas o Edictos relativos a materias de derecho privado.²³ Las Ordenanzas del siglo XVI (Villers-Cotterêts, Moulins) estaban circunscritos a regular asuntos de procedimiento o de prueba. Las Ordenanzas de Colbert, en el siglo XVII, únicamente abordaban materias de administración de la justicia (Ordenanza sobre el procedimiento civil) o de policía (Ordenanza sobre el comercio y la marina); no atañían estrictamente al derecho privado. En el siglo XVIII, las Ordenanzas de Daguesseau tuvieron una incidencia importante en el ámbito del derecho privado, pero prevaleció la convicción de presentarlos como una exposición sistemática de reglas de derecho ya admitidas por la costumbre. El soberano jamás consideró que podía, según su voluntad, cambiar el derecho.

En el siglo XVIII, la Escuela del derecho natural rompió con esta concepción tradicional. Estuvo muy lejos de admitir la omnipotencia del soberano y atribuirle la calidad de leyes a los

23 A. J. Arnaud, *Les origines doctrinales du code civil français*, 1969, p. 5; J. L. Halperini, *Le Code Civil*, 1996, p. 6.

mandamientos que emanasen de su voluntad arbitraria. La Escuela de derecho natural, sin embargo estuvo dispuesta a reconocer en el soberano a un legislador y reconocerle la función de reformar el derecho, a efecto de que pudiera, de esa forma, eliminar los errores del pasado y proclamar la autoridad de las reglas de derecho que estuviesen plenamente conformes con la razón. Conforme a esos postulados, los países del continente europeo empezaron a orientarse hacia una fórmula nueva de codificación, muy diferente de la fórmula de las compilaciones anteriores. Es en esta forma como llegamos al periodo moderno de la historia de los derechos de la familia romano-germánica: aquella en donde el descubrimiento y el desarrollo del derecho va a ser tomado de manera principal por el legislador.