

## CAPÍTULO XXIX

### LA ALEMANIA DEL SIGLO PASADO Y EL DERECHO ROMANO

## 119. CODIFICAR O NO CODIFICAR

**D**ENTRO DEL mundo germánico, Baviera tenía sus códigos de Kreittmayr; Prusia ya tenía su código desde 1794; y Austria desde 1811. Además, otras regiones alemanas, alrededor del Rin (Westfalia, los territorios renanos de Prusia, Hessen y Baden) se habían sometido al Código Civil de Napoleón; pero muchos otros de los múltiples Estados o Estaditos que formaban el no muy firme conjunto de territorios soberanos o cuasi-soberanos que había quedado del *Reich* medieval (que nunca había sido un modelo de estructuración política centralizada), aún carecieron de códigos, y, con el gran ejemplo de la codificación napoleónica en el país vecino, muchos juristas alemanes del comienzo del siglo pasado consideraron que el momento ya había llegado para otorgar al mundo alemán una sola codificación moderna y uniforme.

Entre los partidarios de esta idea encontramos a Anton Friedrich Justus Thibaut (1772-1840),<sup>1</sup> catedrático, primero en Jena y luego en Heidelberg; pero encontró resistencia a sus propuestas por parte de C.F. von Savigny,<sup>2</sup> y en la polémica subsecuente,<sup>3</sup> Savigny, que reprochó a su adversario el adoptar frente al derecho una actitud abstracta, “filosófica”, en vez de concreta, “histórica”, tuvo la última palabra, con su recomendación de no encerrar el libre desarrollo del derecho alemán en la coraza de unos códigos y de volver transparente el derecho alemán existente mediante dogmática e investigación histórica, incluyendo en el arsenal de

---

<sup>1</sup> Uno de los juristas más polifacéticos de su tiempo, además naturalista activo y musicólogo historizante, amigo de Schiller y de Goethe; para un intento reciente de colocarlo objetivamente en el panorama jurídico de su tiempo: Hans Kiefner, *A.F.J. Thibaut*, ZSS (1960), pp. 304-344.

<sup>2</sup> Sobre esta figura máxima de la ciencia jurídica alemana del siglo pasado, véase F. Wieacker, *Grunder und Bewahrer*, Gotinga, 1959.

<sup>3</sup> Thibaut publicó en 1814 su obrita *Sobre la necesidad de un Código Civil general para Alemania*, a lo cual Savigny contestó, en aquel mismo año con *De la vocación de nuestra época para la legislación y la ciencia del derecho*.

elementos inspiradores que es el derecho romano, para poder crear así un derecho auténticamente alemán, que haría justicia a lo que espontáneamente surgiría del *Volksgeist*.<sup>4</sup>



Anton Friedrich Justus Thibaut



Friedrich Carl von Savigny

Lo que indujo a von Savigny hacia su actitud, tan negativa, respecto del fenómeno de legislación y codificación, era, desde luego, a su temor a que Alemania copiara ideas de la obra napoleónica; opinaba que los códigos de su época, arraigados en el cosmopolítico, ahistórico, iusnaturalismo (otra de las *bêtes noires* de Savigny) no habían definido con suficiente penetración dogmática sus conceptos fundamentales. Además, la todavía deficiente ciencia jurídica alemana no había formado, en opinión de este autor, un aparato terminológico adecuado. También temía que la petrificación del derecho alemán en un código, causaría un estancamiento de la ciencia (temor que corresponde a lo que realmente sucedió, en el siglo pasado, con la ciencia jurídica francesa, en parte estancada por la reverencia a los *Cinq Codes* —cf. la famosa frase de: “No sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico”, atribuida a un catedrático francés de derecho civil). No es imposible que von Savigny hubiera cambiado paulatinamente esta actitud renuente a la codificación (actitud inicial que, quizás, era más bien “de momento” que definitiva);<sup>5</sup> incluso la carrera posterior de este erudito lo

<sup>4</sup> Para la “Recepción de la Escuela Histórica en España”, véase HQ III-1 (Scholz), pp. 456-467.

<sup>5</sup> Cf. su observación al final de la “Vocación”, de que quizás más tarde el derecho alemán tomara forma legislada, cuestión que “ya se considerará cuando llegue el momento...”; la actitud de v. Savigny frente a la idea de una codificación quizás tenía un tono de “todavía no”, más bien que de “¡no!”.

convierte en alto dignatario de Prusia, país que desde 1794 tenía su código, y donde, finalmente, lo encontramos como ministro de Legislación, sino que es precisamente el esfuerzo de este gran inspirador y educador de los juristas alemanes de su tiempo, que contribuye decisivamente a la eliminación de sus objeciones iniciales, ya que ayuda a crear los nítidos conceptos fundamentales que necesita una codificación.<sup>6</sup> Así, a sabiendas o inconscientemente, Savigny allanó el camino hacia la gran codificación de 1896. Por otra parte, el hecho de que, con todo y ser *romanista*, estuviera propugnando como fuente de inspiración un pasado de carácter tan *germánico*, no es tan contradictorio como parece; el mismo von Savigny, en su *Derecho Romano en la Edad Media*, demuestra cómo este pasado estuvo imbuído de influencias romanistas, procedentes de un romanismo *sui generis*, reinterpretado al estilo medieval, a veces inclusive germánico-medieval (recuérdese la concesión a la justicia privada, que usamos como ejemplo en el Cap. XIV). Con esta incursión, de alto nivel académico, en el mundo iusromanista medieval —inclusive de antes de Irnerius— Savigny ayudó para el desarrollo de esta rama de la investigación histórico-jurídica, en la que luego encontraremos a Fitting, con su audacia y fantasía que no siempre corresponde a la prudencia académica moderna, y después, a los autores más cautos desde Conrat, Kantorowicz y Meijers hasta, ahora, el grupo de Francfort, y los que colaboran con IRMAe.

## 120. OTROS CORIFEOS DE LA ESCUELA HISTÓRICA

En esta discusión hallamos a Savigny como exponente de toda una corriente, la “Escuela Histórica”, que lo consideraba como una de sus figuras rectoras. Otros iniciadores de esta Escuela fueron:

*Karl Friedrich Eichhorn* (1781-1854), especialista de la historia del derecho público germánico, pero también autor de un libro sobre la historia del derecho privado en Alemania; dio auge a la Universidad de Gotinga por el éxito inaudito de sus clases; después lo encontramos con Savigny en la Universidad de Berlín.

*Gustav Hugo* (1764-1844), adversario del iusnaturalismo y crítico del *Usus Modernus Pandectarum*, que propone una periodización de la evolución del derecho romano que hasta la fecha tiene cierta utilidad, y

<sup>6</sup> Cf. Horst Hammen, *Die Bedeutung des F.C.v. Savigny fuer die allgem. dogmatischen Grundlagen des Df. BGB*, Berlin, 1983.

una separación entre el derecho romano histórico —cuyo estudio recomendaba por razones culturales— y el derecho romano de su propia época, que debía estudiarse por razones prácticas. También usa la separación entre la historia “interna” y la “externa” del derecho romano. Savigny reconoce cuánto estímulo académico le debe.<sup>7</sup>

*Johann Friedrich Ludwig Goeschen* (1778-1837), cuidadoso y erudito editor de las *Instituciones* de Gayo (1820/1; 1824) que Niebuhr había descubierto en 1816; y

*Jacob Grimm* (1785-1863), el gran conocedor de los antiguos derechos y de la filología germánicos. Tenía un espíritu nacionalista-romántico y participaba en aquel ambiente del que también se nutría Hegel (como una nota inmediatamente por la importancia del *Volksgeist*, alma nacional-popular, para la configuración de un derecho que realmente se ajustara al modo de ser de la nación). Sus *Deutsche Rechtsalterthümer* —1828— siguen gozando de gran fama. Es un eslabón importante en aquella cadena de especialistas de derecho germánico que luego encuentra a un representante muy académico en Otto von Gierke (1841-1921), aquel famoso crítico del primer proyecto del Código Civil Alemán, que reprochó al derecho romano que su individualismo hubiera causado daño al ambiente jurídico germánico, más ligado al espíritu popular alemán (algo que este catedrático político trató de demostrar en el caso de las asociaciones).<sup>8</sup> Más tarde, esta actitud contribuyó, ya en nivel de vulgarización total, a la condena hitleriana del derecho romano por el pecado de haber causado tanto daño a la supervivencia del derecho germánico, considerado como más idealista; pero esto ya pertenece a la fase de la tercera vida del derecho romano. . . .

## 121. LA ESCUELA HISTÓRICA Y EL DERECHO ROMANO

A pesar del fuerte interés por el derecho de la Edad Media germánica, en la sicología de los principales representantes de la Escuela Histórica del Derecho, el romanticismo convivía con el clasicismo; el interés por el jardín mágico de la Edad Media germánica, con las nobles líneas cla-

<sup>7</sup> *Inter alia* publicó Hugo en 1789 su traducción del elegante capítulo 44 del *Decline and Fall of the Roman Empire*, que Edward Gibbon había publicado en 1776, para servir como historia del derecho romano; aunque se trate de páginas que todavía hoy uno lee con gusto, por su gracia literaria, uno comprende que la Escuela Histórica del Derecho tuvo mucho que hacer aún, si en su comienzo le era necesario recurrir a este capítulo, escrito por un inglés, no-especialista del derecho, para tener una idea de la historia del derecho romano.

<sup>8</sup> *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 4 vol., 1868-1913.

ras del mediterráneo antiguo; y en la producción de esta Escuela encontramos obras sobre el derecho germánico medieval, sobre el derecho romano, y sobre la amalgamación de ambos: el derecho romano medieval.

Veamos, al respecto, la posición del mismo von Savigny. Si regresamos un momento hacia la posición de este autor en su mencionada polémica con Thibaut, ¿no debe sorprendernos la inclusión del derecho romano en la recomendación que allí formula? Tal inclusión, a primera vista, parece pugnar con el espíritu nacionalista de la Escuela Histórica. Pero esta actitud para con el derecho romano fue justificada, posteriormente, por este autor, cuando presentaba su estudio amplio sobre el derecho romano en la Edad Media, mostrando cómo este derecho había convivido íntimamente con Alemania desde hacía ya unos siete siglos, de manera que ya no podría considerarse, en buena lógica, como un derecho “extranjero”.

Por la enorme influencia de Savigny, Alemania efectivamente pospuso su codificación civil por unas tres generaciones, dedicándose entre tanto a intensos estudios jurídicos de alto nivel, en los cuales el derecho romano, en sus aspectos histórico, filológico y dogmático —y, desde luego, el derecho germánico— jugaron un importante papel. En los escritos de esta Escuela Histórica encontramos a menudo una actitud más bien negativa respecto del *Usus Modernus Pandectarum*, que para estos cultos intelectuales era un derecho de corta vista, demasiado pragmático; en cambio, el impacto de la erudita escuela holandesa de la *Jurisprudentia Elegans* ayudó a estos juristas a encontrar su propio tono y su método. Savigny contribuyó a la investigación con su *Sistema del Derecho Romano Actual*, en 8 volúmenes, además de presentar varios ensayos y una obra sobre las Obligaciones. Un *novum* en su actitud para con el derecho romano, es el impacto de la filosofía kantiana (*Metafísica de la Moral*), con su acento sobre la voluntad individual, que debe expresarse en ambiente de libertad, sin el cual no se podría hablar de una conducta “moral”, de manera que el derecho objetivo sólo existe para crear un espacio que otros deben respetar, para que pueda funcionar moralmente aquella voluntad individual.

También fuera de Alemania, el impacto de Savigny ha sido considerable. En Rusia ya hemos encontrado a Speranskii (en la segunda fase de su vida, posterior al exilio) entre los que estuvieron impresionados por sus ideas (recuerden que Speranskii, cuando pone orden en el derecho zarista, se limita a los materiales rusos, sin tratar de introducir ideas



Friedrich Carl von Savigny

extranjerías). En Francia, su libro sobre la posesión según el derecho romano influyó en la jurisprudencia (llegó tarde para influir en el texto de la parte respectiva del Código Civil, que ya había cuajado cuando llegó la obra de Savigny), y en México, hasta 1928 el derecho del Distrito Federal y el civil-federal siguieron en materia de posesión la construcción que v. Savigny presentó como la “romana” (en el Código de 1928, Savigny se vio sustituido, al respecto, por Jhering).

## 122. LA INVESTIGACION ROMANISTA EN ALEMANIA DESPUÉS DE VON SAVIGNY

Después de la muerte de v. Savigny, en 1863, la Escuela Histórica comienza a repartirse entre las siguientes tres corrientes.

a) En primer lugar la del derecho germánico, una corriente no totalmente descuidada por Savigny, pero tampoco tratada por él con el cariño y entusiasmo que dedicó a los aspectos históricos y dogmáticos del derecho romano. Esta rama, empero, ya debía mucho a Jacobo Grimm, tan cercano a Savigny, y luego al combativo Georg Beseler (1809-1888).<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Beseler es autor de la obra polémica *Volksrecht und Juristenrecht*, 1843; después pero pronto destacó en la corriente germanística Heinrich Brunner (1840-1915). Frecuentemente encontramos en esta corriente académica la idea de que la Recepción, haya sido una desgracia nacional, un impedimento al desarrollo de los derechos germánicos.

Los diversos autores entusiasmadamente germanistas alabaron las instituciones espontáneas, comunales, más vagas y más *gemuetlich* que sus equivalentes en el nivel romanista, como la *Genossenschaft*, la *Gesamte Hand* —una forma de copropiedad— etc.; y exaltan su “sentido de humor” (¡por ej. en ciertos castigos!), su solidaridad de familia (con el *Munt* como poder sobre los súbditos domésticos), conciencia de jerarquía —¡*Fuehrerprinzip!*— y sus rasgos teatral-pintorescos. Consideraban que la victoria del iusromanismo en Alemania no era una *res iudicata*, y que debía rescatarse del ambiente germánico lo que todavía pudiera aprovecharse para el futuro derecho alemán.

b) En segundo lugar, la del derecho romano visto desde un ángulo histórico, incluyendo la crítica de los textos que han llegado a nuestras manos —véase párr. 123.

c) Y en tercer lugar, aquella frecuentemente desacreditada “Pandectística alemana”,<sup>10</sup> que estudia este mismo derecho romano con el fin de construir con sus elementos un firme armazón de dogmática, aprovechable para la práctica jurídica de aquellos tiempos —véase párr. 125.

Paralelamente con esta explosión de energías académicas alrededor de la historia del derecho romano y germánico y la dogmática romanista, la práctica forense, en las partes de Alemania donde todavía no había entrado el movimiento codificador, seguía con el *Usus Modernus Pandectarum*. Sólo en la segunda mitad del siglo pasado allí se detecta a veces en la vida forense la influencia de las señaladas corrientes académicas, pero sólo en forma marginal.<sup>11</sup>

## 123. LA CORRIENTE DE ORIENTACIÓN HISTORICISTA

En ésta destaca Teodoro Mommsen, 1817-1903,<sup>12</sup> que a su formación profesional de jurista juntó un conocimiento profundo del antiguo mundo mediterráneo, y un talento especial para los aspectos organizativos del trabajo académico.<sup>13</sup> Dentro de su enorme obra merece especial men-

<sup>10</sup> ¡*Muy* alemana...!, a pesar de sus ecos en Italia (Fer. ñi), Francia (Molitor), u Holanda (Goudsmit).

<sup>11</sup> Véase la reseña de Klaus Luig a R. Scheuermann, *Einj. esse der hist. Rechtsschule* etc., Berlín, 1972, ZSS (1973), pp. 522-526.

<sup>12</sup> L. Wickert, *Theodor Mommsen*, Francfort del Main, I (1959), II (1964), III (1969) y IV (1980).

<sup>13</sup> Además de ser historiador y romanista, tenía un estilo tan atractivo, que recibió en 1902 el Premio Nobel de literatura.

ción su edición crítica del *Digesto*, todavía en la actualidad considerada como la *editio maior*, en sustitución de la de Gebauer y Spangenberg (que, a su vez, había sido sucesora de la famosa edición renacentista, de Godofredo). Lo único que se reprocha a la edición mommseniana, de 1870, es que busca un acercamiento casi exclusivo a la *littera Florentina*, que Mommsen consideraba como modelo prácticamente único del *Codex S*. Sin embargo, 39 años después, como vimos, Kantorowicz demostró que el *Codex S* se había basado también en otro original, que a veces tuvo un texto mejor que la *littera Florentina*, de manera que uno no debe descuidar la descendencia del (perdido) *Codex S*, o sea los múltiples manuscritos medievales que contienen el texto vulgarato.<sup>14</sup>

Al lado de esta edición del *Digesto*, encontramos que Paul Krueger hizo la labor correspondiente para las *Instituciones* y el *Codex*, y los romanistas Schoell y Kroll para las *Novellae*, con lo cual se formó aquel texto fundamental del *Corpus Iuris* que muchos de mis lectores conocen como la edición Mommsen-Krueger-Schoell-Kroll, y que desde 1872 (*Instituta, Digestum*), 1877 (*Codex*) y 1895 (*Novellae*) ha tenido muchas ediciones (el *Digesto* alcanzó, por ejemplo, en 1965 su decimocarta edición).

Otra empresa académica, detrás de la que encontramos la personalidad de Mommsen, ha sido la elaboración del *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, entre cuyos editores destaca Kuebler.<sup>15</sup>

Es también famosa la obra de Mommsen sobre el derecho penal romano.<sup>16</sup> Otra aportación de este erudito a la ciencia romanista fue su *Corpus Inscriptionum Latinarum*.<sup>17</sup>

Además deben mencionarse Voigt, Pernice, O. Karlowa (autor de una famosa, inacabada *Roemische Rechtsgeschichte*, 2 vol., 1885-1901), Bluhme (autor de una interesante hipótesis sobre la técnica usada en la compilación del *Digesto*: "teoría de las masas"), Rudorff (autor de una reconstrucción del *Edictum Perpetuum*, pronto superada por la de Le-

<sup>14</sup> Véase J. Miquel, 80 ZSS (1963), p. 233 y ss.

<sup>15</sup> La publicación ha sufrido grandes retrasos, por razones financieras (sobre todo, por el hecho de que, durante la primera postguerra, la Fundación Savigny perdió casi todo su capital a causa de la inflación alemana), además de razones políticas (éxodo de talento judío) y bélicas (dispersión del material preparado); a juzgar por las bibliotecas de la *University of Texas*, Austin, habitualmente actualizadas, todavía faltan algunos fascículos.

<sup>16</sup> *Roem. Strafrecht*, 1899, reed. 1955 en parte corregida y completada por J.L. Strachan-Davidson, *Problems of Roman Criminal Law*, 2 vol., Oxford, 1912.

<sup>17</sup> Una selección de las inscripciones que son de interés especial para el derecho romano está en C.G. Bruns y T. Mommsen, *Fontes iuris Romani antiqui*, Tubinga, 3 vol., 1909-1912.

nel), Mitteis (investigador de los derechos de las provincias romanas),<sup>18</sup> C.E. Zachariae von Lingenthal (el gran historiador del derecho bizantino)<sup>19</sup> y Otto Lenel, autor de la famosa reconstrucción del *Edictum Perpetuum* y de aquella *Palingenesia*, reordenación de los fragmentos de la literatura jurídica clásica, que ofrece el panorama más cercano posible a la literatura clásica perdida. Esta actitud histórico-romanista también conduce a aquella nueva busca de interpolaciones, continuando la actividad intelectual, que ya hemos señalado como típica de ciertos autores renacentistas, y que ahora recibió mucha atención por parte de Beseler, Mitteis, Pernice y Eisele, para mencionar sólo a autores que florecieron antes de la promulgación del Código Civil Alemán; esta discusión sobre posibles infiltraciones postclásicas en los textos clásicos repercutió pronto en otros países (en Italia, por ej., destacan Alibrandi y Albertario al respecto). Esta nueva oleada de investigaciones nos permite en la actualidad reconstruir con bastante detalle el perfil del derecho clásico, a menudo tan distinto del justiniano, y, a su vez, subdivisible en fases.

Esta corriente de análisis jurídico-histórico y de crítica de textos, puede considerarse como preámbulo a la tercera vida del derecho romano, en una época en que Alemania todavía se encontraba en la segunda vida; obviamente, de parte de la práctica forense estos complejos estudios no recibieron toda la atención que hubiera correspondido a la energía invertida; los jueces y abogados estuvieron más interesados en la otra corriente, dedicada a crear una firme dogmática, con materiales romanos, dogmática que pudiera ayudar para la práctica jurídica. A este grupo de investigadores del derecho romano dedicaremos la sección 124.

## 124. RODOLFO VON JHERING

Difícil de clasificar es Jhering. Su gran obra, *El espíritu del derecho romano en sus sucesivas fases de desarrollo*<sup>20</sup> está llena de interesantes sugerencias, y el estilo es admirable. Sin embargo, como visión histórica tiene fallas: no pertenece a la corriente de los historiadores. Por otra parte, tampoco pertenece a la Pandectística alemana, que Jhering critica

<sup>18</sup> Su obra *Reichsrecht und Volksrecht in den oestlichen Prov. des roem. Kaiserreichs*, Leipzig, 1891, es una de las obras clásicas de la tercera vida del derecho romano.

<sup>19</sup> *Geschichte des griechisch-roemischen Rechts*, Leipzig, 3 vol., 1856-1864, 3a. ed. 1892, reed. Aalen, 1955.

<sup>20</sup> *Der Geist des roemischen Rechts*, Leipzig, I.III.1 (obra inconclusa), 1880-1891. Existen muchas reimpressiones, traducciones y algunas condensaciones.

con gracioso sarcasmo. Su influencia en la escuela que quiere dar libertad a los jueces para interpretar el derecho teleológicamente ha sido grande (*Der Zweck im Recht*); también su reinterpretación del concepto "romano" de la posesión logró triunfar en muchas legislaciones (como en la mexicana) sobre la teoría respectiva de Savigny.<sup>21</sup>



Jhering

## 125. LA PANDECTÍSTICA ALEMANA

*El derecho romano decae, cuando la hermenéutica triunfa.*

A. Arthur Schiller.<sup>22</sup>

Aunque Georg Friedrich Puchta (1798-1846),<sup>23</sup> Karl Adolf von Vangerow (1808-1870),<sup>24</sup> Rudorff, Muehlenbruch, Friedrich Ludwig von Kel-

<sup>21</sup> Para descripciones acertadas de esta atractiva figura, véase Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 2a. ed., 1944, y F. Wieacker, *Gruender und Bewahrer*, Gotinga, 1959. Para el mundo hispano es importante, R. Gilbert, "Jhering en España", en *Jherings Erbe*, ed. Wieacker y Wollschlager, Gotinga, 1970.

<sup>22</sup> *An American Experience in Roman Law*, Gotinga, 1971, p. 91.

<sup>23</sup> Este jurista había sido seleccionado por Savigny para ser el sucesor en su cátedra en Berlín, 1842-1846; es famoso por su análisis teórico del derecho consuetudinario; Jhering le dedica su *Espíritu del Derecho Romano*.

<sup>24</sup> Catedrático en Marburgo y Heidelberg.

ler (1799-1860),<sup>25</sup> Arndts, Bethmann-Hollweg, Huschke, Bruns y otros, primero trataron todavía de equilibrar los puntos de vista dogmático e histórico, al estilo de von Savigny. Luego, con Brinz, Heinrich Dernburg (1829-1907)<sup>26</sup> y Bernard Windscheid (1817-1892) ya se perfila una actitud dogmática, que, autolimitándose, restringe su curiosidad histórica con el fin de poder interpretar el *Corpus Iuris* como un solo conjunto monolítico, armonizando a fuerza sus múltiples elementos (*Pandektenharmonistik*), sin considerar que éstos podrían proceder de muy distintas fases del desarrollo antiguo o de diferentes corrientes de pensamiento; estos autores opinaron que sólo así se podría ofrecer a la práctica jurídica un derecho romano coherente, que pudiera contribuir a la seguridad jurídica, o sea a la previsibilidad de opiniones judiciales. Para realizar esta meta, los pandectistas forzaron los textos antiguos a entrar en una estructura dogmática, llena de conceptos de su propia creación, ajenos al derecho justiniano.<sup>27</sup> Sin embargo, tampoco debemos decir que estos conceptos abstractos hayan estado totalmente incompatibles con el texto del *Corpus Iuris*, donde estuvieron a menudo en una forma, “más bien intuitiva que elaborada” —*mehr gefuehlt als ausgearbeitet*—,<sup>28</sup> pero a veces fueron impuestos al “derecho romano” en una forma que duele a un historiador del derecho.<sup>29</sup> Esta reinterpretación del derecho justiniano debía presentar, además, resultados compatibles con las necesidades prácticas de la Alemania del siglo pasado, en plena euforia de industrialización, y con la sensibilidad jurídica de la élite burguesa —relativamente liberal e individualista— de aquella época. Para alcanzar este resultado era necesario tratar las fuentes con una técnica especial, guardando siempre un ojo abierto sobre el resultado que uno, de antemano, se había propuesto alcanzar, e imponiendo

<sup>25</sup> Suizo, exiliado a causa de una revuelta popular en Zurich, sucesor de Puchta; famoso por su análisis del derecho procesal romano.

<sup>26</sup> Uno de los primeros grandes juidíos en el iusromanismo, rama de la ciencia que sobre todo en las dos siguientes generaciones les deberá tanto; por esta razón, la dramática nueva diáspora, provocada por el nazismo, ha tenido varios resultados favorables para esta especialidad en regiones no europeas.

<sup>27</sup> Típicos ejemplos: *Rechtsgeschaeft* (negocio jurídico); *juristische Person* (persona jurídica); *Unguelteigkeit* (la invalidez con sus matices); *Rechtsnachfolge* (sucesión en derechos), etc.

<sup>28</sup> E. Rabel, *Grundzuege des Roem. Privatrechts*, 2a. ed. Basilea, 1955, pp. 12-13.

<sup>29</sup> Roxolfo von Jhering se burla de esta dictadura de los conceptos dogmáticos; véase su atractivo ensayo sobre el cielo de los conceptos, en su *Jurisprudencia, en broma y en serio* —véase también el ensayo de H.L.A. Hart sobre estas graciosas páginas, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 1983, pp. 265-277—; existe una traducción italiana, con Prólogo y notas de Vassalli, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, 1954, y recuerdo haber visto una traducción española relativamente antigua.

silencio a la propia curiosidad histórica, aceptando como “derecho romano” sólo la fachada final, visible en el *Corpus Iuris*, y reinterpretando ésta a la luz del resultado por conseguir.

No debemos negar la gran contribución que la *Pandectística* alemana ha hecho a la dogmática moderna (mencionemos aquí, por ej., que la reinterpretación dogmática de la posesión romana, presentada por Savigny, sólo en 1928 fue sustituida, en México, en el Código Civil distrital, por la posesión de acuerdo con las ideas de Jhering); y uno comprende que muchos miembros de la sociedad burguesa del siglo pasado, en ingenuo entusiasmo, viendo un sistema dogmático coherente, que correspondía a su manera de sentir la realidad, y que afirmaba tener sus raíces en la venerada cultura mediterránea de hace dos milenios, podían creer con sinceridad que el derecho romano era realmente *acre perennius*; un sistema intemporal, no contaminado de historicismo; *ratio scripta*; sabiduría formulada para siempre. ¡Por fin se había realizado el ideal ciceroniano de un *Ius civile in artem redactum*...! Pero uno también comprende con cuánta alegría la vida académica alemana, después de promulgarse el Código Civil de 1896-1900, regresó a la multifacética investigación iusromanista moderna, ya liberada de la necesidad de sacar del *Corpus Iuris* determinados resultados pragmático-dogmáticos. Así, en las opiniones tan negativas acerca de la *Pandectística* alemana, que abundan en la literatura didáctica, debemos ver el resultado de dos factores: el disgusto del romanista moderno, provocado por tanta mercancía de contrabando, que los pandectistas transportaron bajo la bandera del derecho romano; y una general aversión moderna frente a la dogmática, actitud que se designa en la literatura alemana con el pintoresco término de *Dogmatik-verdrossenheit* (*verdrossen* es algo como llorosamente descontento y desilusionado).

Entre las reinterpretaciones que presenta la *Pandectística*, muchas se refieren a conceptos fundamentales, por ejemplo, la propiedad. Los Glosadores y Postglosadores habían elaborado, con citas justinianas y bajo presión del ambiente feudal, la teoría dual de la propiedad, con su *dominium directum* y *dominium utile*, bifurcación luego aceptada por el iusnaturalismo, y canalizada hacia el *Codex Fridericianus* (art. I.8.16-20 o I.18) y el Código Civil austriaco de 1811; pero primero la Escuela Histórica (Thibaut, en este caso), y luego la *Pandectística* alemana, sustituyeron este concepto por aquella propiedad monolítica, absoluta, del BGB 903, que muchos de nuestros alumnos conocen por “propiedad romana” (aunque no corresponda a la primera vida del derecho romano,

y sólo a esta última fase de la segunda vida, que fue la Pandectística alemana).

Esta Pandectística culmina finalmente en Bernard Windscheid (1817-1892), alumno de Savigny, amigo de Jhering, y sucesor de Vangerow en Heidelberg; luego tuvo el centro de su actividad universitaria en Leipzig, pero al mismo tiempo fue prominente en la comisión para elaborar el proyecto del Código Civil Alemán.<sup>30</sup> Su libro de texto, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 vol., 1862-1870, ha sido comparado con la Gran Glosa de Acursio, por la forma en que el autor, tan severo en lo académico como modesto en lo personal, decide entre las controversias que habían surgido entre los demás autores de aquella escuela.

También es famoso por haber disociado la unidad tradicional de derecho material y *actio* (su polémica con Muther).

La crítica que siempre se formula respecto de esta escuela, es que su *Begriffsjurisprudenz*, su “cálculo con conceptos, como un matemático calcula con sus datos cuantitativos” (Jhering), no reconoce que es imposible para el jurista teórico, o para el legislador, prever todas las combinaciones de elementos con las que la realidad pueda presentarse ante el Derecho. Grandes juristas (Holmes como juez; Roscoe Pound como académico, o aquel *Gnaeus Flavius* —que en realidad era Hermann Kantorowicz— como propugnador de la Escuela del Derecho Libre, o sea de la libertad discrecional del juez, en su busca de equidad), siempre han opuesto la necesidad de una “jurisprudencia de realidades”, a aquella “jurisprudencia de conceptos”, e insisten en que reconozcamos la *open texture* de los conceptos jurídicos, su “porosidad”.<sup>31</sup> Efectivamente, aquel “cielo de los conceptos” que Jhering nos presenta con un humor que uno no encuentra cada día en los altos niveles de la literatura jurídica, queda demasiado lejos de esta tierra, donde personas concretas —y a menudo personas humildes cuyas tribulaciones no fácilmente son percibidas objetivamente por los académicos, jueces y legisladores— sufren de la aplicación de normas y dogmas tradicionales y abstractos. Desde luego, Windscheid no niega que el derecho debe tener una dimensión humanitaria, pero opina que es la tarea del *legislador*, no del *juez*, introducir elementos éticos y sociales en las normas. Una vez que la norma haya salido de la mano del legislador, el juez debe aplicarla fríamente, como un matemático manejando sus fórmulas.

<sup>30</sup> Véase su biografía en Erik Wolf, *Grosse Rechtsdenker*, 2a. ed., 1944, y F. Wieacker, *Grunder und Bewahrer*, Gotinga, 1959.

<sup>31</sup> Véase H.L.A. Hart, en el ensayo citado en la nota 29.

## 126. LA CODIFICACIÓN CIVIL ALEMANA

Las *Pandectas* de Windscheid han sido la obra inspiradora para el primer proyecto (1888) —producto de una comisión que trabajó desde 1874— de aquel Código Civil alemán, que era una de las consecuencias lógicas de la unificación de Alemania, de 1870. Este proyecto, enriquecido mediante varias revisiones en las que también participaron germanistas y socialistas, se convirtió así en un segundo proyecto, base del Código aprobado en 1896, para entrar en vigor el 1.I.1900.



Bernhard Windscheid

Hasta aquel momento, la práctica jurídica alemana había perpetuado en muchos territorios un *Usus Modernus Pandectarum*, que, además de continuar aquella *Reinigung des roemischen Rechts* (“limpia del derecho romano”) a la que ya hicimos referencia, se dejó ahora influir hasta cierto grado por los resultados de la culta discusión dentro de la Escuela Histórica y, en la segunda mitad del siglo pasado, por los resultados y el espíritu de la Pandectística alemana. Con la expedición del nuevo Código, empero, el derecho romano como derecho relevante para la vida forense, perdió su penúltimo baluarte importante.