

CAPÍTULO XXVI

LEGISLACIÓN NUEVA AL LADO DEL *IUS COMMUNE*

107. LA LEGISLACIÓN QUITA MATERIAS AL *IUS COMMUNE*

A LREDEDOR DE este *Ius Commune* había venido surgiendo una cantidad de productos legislativos, de orígenes diversos. A veces se trata de obras generales, elaboradas por la autoridad imperial o monárquica, aplicables a amplios territorios.¹ El *Reich* no estuvo muy activo en cuanto a la creación de derecho privado,² (en cambio, en materia penal podría mencionarse con algo de aplauso la *Carolina* de 1536, un código penal loable, a la luz de aquel entonces); pero la Corona de Francia, tomando la iniciativa para poner por escrito las múltiples *coutumes* regionales (recuérdese la Ordenanza de Montilz-les-Tours, de 1254) consolidó así en las dos terceras partes norteñas de Francia muchas normas de derecho privado, a menudo de sabor germánico,³ y la Corona de España emprendió una tarea semejante respecto de la región que en aquel entonces se designaba como “los Países Bajos al lado del Mar” y que correspondía a lo que actualmente serían Bélgica y Holanda juntas, expidiendo al respecto el Edicto Eterno de 1531 (Carlos V), que prevé que las costumbres locales se pongan por escrito (el resultado práctico, empero, se limitó más bien al sur de los Países Bajos, la actual Bélgica, a causa de la revolución del norte de esta región contra la Corona de España).

En otro lugar he llamado esta categoría de obras legislativas, “derecho palatino”, derecho que emana de algún palacio. Mediante estas nuevas

¹ Un temprano ejemplo es el de las Constituciones de Melfi, de Federico II, de 1231, para Sicilia, con elementos de derecho romano, canónico, germánico y arábigo, elaboradas por Rofredus Beneventanus y Petrus de Vinea, que habían estudiado en Bolonia; cf. Thea Blyken, *Das roem. Recht in den Const. von Melfi*, Colonia/Opladen, 1960.

² Sin embargo, hubo una *Reichsnotariatsordnung* de 1512, con datos importantes sobre testamentos (“testamento de los siete testigos”; testamento oral ante la justicia o el notario; entrega de un testamento escrito a un fedatario).

³ La *Ordonnance Civile*, en cambio, no se refiere al derecho civil, sino al procedimiento civil, materia que para la dogmática moderna pertenece al derecho público.

normas, el soberano corrige el panorama jurídico existente (como cuando la Corona francesa suprime la validez de *Senatusconsultum Valleianum*) o añade nuevas ideas. Generalmente, este derecho, impuesto desde arriba, contiene normas administrativas y penales, y no pisa sobre el terreno del derecho romano o del *Ius Commune*, que desde el Renacimiento tiene su punto de gravitación en el derecho privado (y, en menor grado, en el procesal); pero existen excepciones, y a veces encontramos en este derecho palatino importantes innovaciones en cuanto a temas, normalmente dominados por el *Ius Commune*, como son el matrimonio, la tutela, donaciones, sucesiones, fideicomisos y otros temas de derecho inmobiliario, quiebra o la administración de justicia, y en tal caso el derecho palatino viene a modificar tradiciones iusromanistas.

Pero también con independencia de tales iniciativas desde alguna Corte imperial o real, durante la Edad Media y el Renacimiento el mapa jurídico de Europa se cubre con gran cantidad de compilaciones de normas locales, fijación de costumbres ya existentes, o innovaciones del derecho: Ordenanzas, Cuadernos, Fueros, *Landrechte*, *Polizeiordnungen*, *Landesordnungen*, *Stadtrechte*, *Notariatsordnungen*, *Placcaeten*, *Statuta* etc., de carácter regional o municipal (normas que en general, para su validez formal, necesitaban ratificación por alguna autoridad superior).⁴

Todavía no vemos en la legislación una clara distinción entre derecho público y privado, pero, por ejemplo, en el ambiente alemán, los *Landrechte* y *Stadtrechte* contienen mucho derecho privado, a menudo fijado con terminología y sistemática romanista⁵ (aunque a menudo la sustancia muestra importantes desviaciones del *Corpus Iuris*), mientras que las *Polizeiordnungen* y *Landesordnungen* contienen más bien derecho penal y administrativo, y tienen escasa influencia romanista.

En algunas ocasiones, las colecciones de normas a que nos referimos fueron obras privadas, que, a causa de la necesidad práctica a que correspondieron, recibieron una aceptación en el medio jurídico, tan firme como si se hubiera tratado de una obra emanada de la autoridad (un

⁴ La serie de las *Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, Weimar y luego Colonia/Graz, dirigida por Beyerle, Kunkel y Thieme (y, en cuanto a *Polizei- und Landesordnungen*, Schmelzeisen), 1936-1969, ha publicado importantes materiales al respecto, aunque, desde luego, limitándose a Alemania.

⁵ En algunos casos podemos conectar tales ordenamientos locales con meritorios romanistas; pensemos en el derecho de Friburgo, que se debe a Zasius, o el proyecto del derecho de Mecklenburgo, debido a Mevius.

típico ejemplo al respecto es el *Especulo de Sajonia*, obra de Eike von Repkow, un escabino sajón, alrededor de 1230).

108. FACTORES FAVORABLES AL IUSROMANISMO

Estas nuevas colecciones de normas generalmente no tienen un contenido muy romanista. Sin embargo, hay dos factores que favorecieron cierta supervivencia del derecho romano, inclusive en este nivel de la legislación palatina básicamente a-romanista. En primer lugar, esta creación de normas nuevas a menudo fue confiada a juristas que habían estudiado el derecho romano⁶ y que, en el sistema del ordenamiento en cuestión, en su terminología, o en el perfil que dan a algunas instituciones, dejan percibir cierto impacto romanista (inclusive en Inglaterra, cuando Bracton, a mediados del siglo XIII, expone panorámicamente el sistema jurídico inglés, creado por decisiones judiciales y palatinas sobre un fondo germánico, uno encuentra en el sistema y en varios otros rasgos la influencia del derecho romano, que entró a veces mediante referencia directa a las *Instituciones* o al *Digesto*, pero más frecuentemente por el impacto que tuvo Azo en aquella época).⁷

Además, a veces por disposición expresa, y en otras ocasiones por costumbre, se permitía que los huecos en tales ordenamientos fuesen llenados mediante el recurso al *Ius Commune*, de manera que el derecho romano no se quedaba necesariamente ajeno a la aplicación de tales normas nuevas, aunque éstas, formalmente, parecieran no pertenecer al ambiente iusromanista. Sin embargo, se presentan al respecto excepciones expresas, por ejemplo en el Norte de Francia, donde las *Coutumes* locales fijadas por escrito por órdenes de la Corona, debían usar como derecho supletorio la *Coutume de Paris*, que, por esta razón, fue reelaborada con especial cuidado en 1582, después de una primera formulación, de 1510, que no había resultado muy satisfactoria (desde el punto de vista del derecho romano, este principio fue un retroceso en comparación con la situación anterior: ya hemos mencionado como, por ejemplo, la Escuela de Orleáns, de los *Ultramontani*, se dedicaba, entre otras cosas, a una reinterpretación muy al estilo romanista, de las costumbres locales, germánicas, del norte de Francia).

⁶ Cf. Los casos destacados de la nota anterior.

⁷ Véase la introducción por Maitland a *Bracton and Azo*, Selden Society, Londres, 1985.

109. EROSIÓN DEL IUSROMANISMO BAJO EL IMPACTO DE LAS NUEVAS NORMAS

Cada vez que se formulaba algún ordenamiento para una rama amplia de la vida jurídica (ordenamiento que a menudo ya tenía el carácter de un "código" en el sentido moderno), el derecho romano o, si uno prefiere, el *Ius Commune*, formalmente había cesado como derecho supletorio (existieron excepciones al respecto en los primeros códigos: en el Cap. XXVIII mencionaremos el caso de Kreittmayr).

Por lo tanto, durante el siglo pasado, en un mundo europeo —y, entretanto también latinoamericano—, que desde el punto de vista jurídico quedaba cada vez más caracterizado por los códigos, el derecho romano (pasado por el filtro de los juristas europeos desde fines del siglo XI, y mezclado con ideas que habían surgido en el campo de los canonistas) debía ser reconocido como origen de parte del contenido de tales códigos (una parte que era más impresionante en unos códigos, menos en otros, como veremos). Para el tema que nos ocupa, este movimiento de la codificación ha sido tan importante, a causa del impacto que tuvo sobre el uso del *Corpus Iuris* y de sus comentarios, en el nivel forense, que le dedicaremos un capítulo especial.