



REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

LA PANDECTISTICA ALEMANA: COLUMNA VERTEBRAL IMPERECEDERA DEL IUSPRIVATISMO MODERNO

THE PANDEKTENRECHT: VERTEBRAL COLUMN EVERLASTING PRIVATE LAW MODERN

Rafael Bernad Mainar
Catedrático de Derecho Civil y Derecho Romano
Universidad Católica Andrés Bello
rafaelbernad70@hotmail.com

I. ANTECEDENTES

En el Sacro Imperio Romano Germánico se admitió, no sin alguna que otra reserva¹, la concepción de haber sido elegidos por la historia para encarnar la continuación de la grandeza del Imperio Romano *-traslatio imperii-* y todo lo que ello acarreaba (emperadores como Otón II, Federico I Barbarroja, Federico II, Enrique VII y Carlos IV representaron ese ideal)², alimentando con ello la sugestión y la nostalgia por la época gloriosa del gran Imperio de los romanos³.

¹ La tesis de la restauración de la grandeza de Roma en la época de Carlomagno (*traslatio* o *renovatio imperii*) fue cuestionada, entre otros, por KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano* (trad. española), 1955, pág. 37; CANNATA, C.A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea I*. Torino. 1976, págs. 11-12.

² GRAF, A. *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*. Torino, 1923; CALASSO, F. *Medio Evo del diritto I. Le fonti*. Milano. 1954, pág. 144; TORRENT, A. *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer. Madrid. 2007, pág. 218.

³ SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanística nel diritto europeo I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Torino. 2001, pág. 21.

Bajo esta premisa, se puede entender que la aceptación y recepción del Derecho romano en el Sacro Imperio Romano Germánico se presentara sin grandes reticencias, al no ser considerado un Derecho extraño⁴, y, por ende, constituirá un caso especial en la difusión del Derecho romano en Europa⁵, de tal manera que la *renovatio imperii* sustentada en las ideas publicísticas del Derecho romano tardío no traería consigo una renovación del Derecho privado, lo que conducirá a la coexistencia del Derecho romano vulgar entre la antigua población romanizada y los usos consuetudinarios germánicos⁶. En efecto, con Carlomagno y sus sucesores se observará un incremento del poder legislativo del emperador, si bien en el

⁴ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*. Cuarta edición. Torino. 1989, pág. 188.

Algunas protestas a cargo de los campesinos de las zonas del norte de Alemania, influidos por el puritanismo protestante, rechazaban más a los doctores que interpretaban el Derecho, acusados de ser malos cristianos, que al mismo Derecho interpretado, lo que expresaba una reacción más enconada al Derecho canónico que al Derecho civil. En este sentido, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*. (trad. J.J. de los Mozos). Lex Nova. Valladolid. 1998, pág. 136; STEIN, P. G. *El Derecho romano en la historia de Europa*. Siglo XXI España Editores. Madrid. 2001, págs. 128-129.

⁵ PARICIO, J. *El legado jurídico de Roma*. Marcial Pons. Madrid. 2010, pág. 34.

⁶ TORRENT, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 186.

marco del entendimiento y separación entre el poder político y el religioso, hasta el punto de intervenir en asuntos propios y exclusivos de la Iglesia, en una tendencia que ya se había dado en la zona oriental del Imperio romano, primero con Constantino, para llegar a su máxima y extrema expresión en época de Justiniano con la doctrina del cesaropapismo⁷.

De ahí que, una vez redescubierta la recopilación justiniana por Irnerio, ésta fuera admitida como derecho vigente en el Sacro Imperio Romano Germánico con la anuencia e impulso del emperador, dado que el imperio carolingio aportó más bien poco al campo de la jurisprudencia, entendida como actividad de reflexión jurídica, en clara sintonía con el escaso valor científico de los estudios jurídicos de la época⁸. Así pues, los postulados del Derecho romano y los juristas educados en ellos se impusieron fácilmente a una serie de

⁷ FUENTESECA, P. *La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas, en Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986). Tomo II. Madrid. 1988, pág. 758.*

⁸ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del Derecho*. Segunda edición. Publicaciones UCAB. Caracas. 2012, págs. 151, 161.

No obstante, la imperfección y escasa brillantez de la actividad jurídico-especulativa de la época no ha de llevarnos a su menosprecio absoluto, puesto que, de no haberse conocido suficientemente el Derecho romano, difícilmente se hubiera podido codificar por escrito las *leges barbarorum*, tal como señala TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 207-209.

costumbres locales dispersas e ineficaces aplicadas por tribunales locales deficientemente instruidos⁹, lo que explicará que, a diferencia de la concepción anticuaria y filológica que presenta el Derecho romano en el resto de Europa, en Alemania se recibe como Derecho positivo¹⁰ durante los siglos XVI y XVII.

En efecto, la recepción del Derecho romano (*die Rezeption*) en el nuevo Imperio, que coincide en el tiempo con el desarrollo y la difusión en toda Europa del Humanismo¹¹, se produce de manera progresiva¹² y hasta abrupta¹³, merced a la labor de un

⁹ Hay que señalar en este sentido el *Espejo de Sajonia* del siglo XIII (*Sachsenspiegel*), obra que recoge por escrito las costumbres sajonas. Al respecto, CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II*. 1989, pág. 180; MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. Porrúa. México. 1986, pág. 187; NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*. Civitas. Madrid. 1987, pág. 78; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 274-277.

Sobre el carácter particularista del Derecho alemán en la Edad Media, CANNATA, C.A. *Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos. Madrid. 1996, págs. 151-152.

¹⁰ IGLESIAS, J. *Derecho Romano*. Ariel Derecho. Barcelona. 2007, pág. 50; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 264.

¹¹ PARICIO, J. *Op. Cit.* 2010, pág. 34; KOSCHAKER, P. *Europa y el Derecho romano*. Munich, 1947 (trad. española, Madrid, 1955), págs. 167 y ss.; FERNANDEZ BARREIRO, A. *La dimensión político-cultural del humanismo jurídico*. SCDR nº 12. 2000, págs. 69 y ss.

¹² En lo que atañe a la compleja, azarosa y sorprendente recepción del Derecho romano en Alemania, RASCON GARCIA, C. *Manual de Derecho*

nuevo prototipo de jurista, más culto e instruido racionalmente en las universidades italianas, que trataba de sustituir a un funcionario perteneciente a la nobleza, más burdo y de escasa preparación jurídica. No obstante, este nuevo jurista, a diferencia de lo ocurrido en Francia e Inglaterra, no alcanzó el número ni la influencia suficiente para imponer una nueva concepción profesional del Derecho en defensa del Derecho nacional, sino que más bien dicho intento quedó diluido por un sistema de justicia propio del feudalismo¹⁴. De ahí que la primera generación de juristas alemanes profesionales fuera una cohorte de discípulos de los posglosadores o comentaristas, claramente influenciados por un Derecho romano, que se presentaba como un genuino exponente de la noción de Imperio y de Derecho uniforme¹⁵ frente a las diversas expresiones de un Derecho privado alemán netamente fragmentado.

Romano. Segunda edición. Tecnos. Madrid. 1996, págs. 329, 330; LEFEBVRE, C. *Juges et savants*. EIC (Ephemerides Iuris Canonici) n° 22. 1966, págs. 191 y ss.; VINOGRADOFF, P. *Roman Law in Medieval Europe*. Tercera edición. Oxford. 1961, págs. 119 y ss.; COING, H. *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt a. M.* Segunda edición, 1962.

¹³STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 127.

¹⁴WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.*, pág. 139.

¹⁵SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. I*. 2001, pág. 96.

En la medida que el Derecho alemán debía ser alegado por las partes ante los tribunales, dado que no podía esperarse su defensa por unos juristas que apenas lo conocían, su papel quedaba relegado a un segundo plano, más aún cuando la posible recopilación de los diversos derechos consuetudinarios regionales se tornaba una labor no menos que ilusoria¹⁶. Ante esta situación descrita, la recepción del Derecho romano y canónico se produjo en Alemania como si se tratase de un todo (*in complexu*)¹⁷ y, aun cuando el Derecho germánico consideraba al Derecho romano como subsidiario, en la práctica, dada la necesidad existente de invocar una fundada intención para alegar el Derecho imperial, aquél se terminó aplicando en gran medida, salvo algunas excepciones¹⁸ en las que preceptos del Derecho privado alemán tuvieron acogida en el sistema romano elaborado por el movimiento de los posglosadores, con Bártolo a la cabeza.

Aún así, a partir del siglo XVI ya se vislumbra con claridad que el Derecho romano había penetrado en la legislación imperial (Ordenanzas Criminal y Notarial) como

¹⁶ MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano*. Vigésimosexta edición. Esfinge. México. 2007, pág. 85.

¹⁷ KOSCHAKER, P. *Op. Cit.* (trad. 1955), págs. 38 y ss.

¹⁸ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 157-159.

único Derecho imparcial productor de paz y orden¹⁹, con lo que se consuma el proceso de recepción, aunque, en algunas materias aquella se viera influida por medio del Derecho canónico (prohibición del cobro de intereses en la Ordenanza de Policía de 1530, por ejemplo) y, en otras debiera legislar para resolver asuntos concretos (acuñación de moneda, facilidades para los deudores perjudicados en la Guerra de los Treinta Años, tutela, testamentos)²⁰. La legislación imperial de la época resulta escasa²¹, perviven ciertas costumbres locales en el ámbito familiar y sucesorio; no obstante, la estructura de la ley, el pensamiento jurídico y la terminología derivan del Derecho romano, lo cual conduce a admitir el Derecho consuetudinario como *“una variante local en un sistema universal”*²². Por ello, la idea de una probable unidad jurídica se presenta más que lejana en el horizonte y, si acaso es mínimamente intuita, resultará infructuosa ante el mero intento de ordenar lo que ya resultaba de por sí anquilosado e inabarcable, y en modo alguno constituye el reflejo de una idea nacionalista de la que pudiera emerger el espíritu de la unidad jurídica alemana.

¹⁹STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 130.

²⁰CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 160.

²¹WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 149-151.

²²NICHOLAS, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 78.

En todo caso, el proceso de recepción del Derecho romano en Alemania no es uniforme²³, dada la multiplicidad de las variedades regionales existentes²⁴, hasta tal punto que, en aquellas regiones donde las ideas jurídicas alemanas y romanas contactaron tempranamente, el Derecho alemán resultó fortalecido, en tanto que en aquellas en las que no se recopiló el Derecho alemán, este fue perdiendo claramente protagonismo.

Entre los juristas alemanes más importantes de la recepción del Derecho romano en el siglo XVI tenemos que mencionar a U. Zaisus²⁵, Apel, G. Haloander²⁶ y Walther, a

²³ FERNANDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. 1992, pág. 48.

Una visión pormenorizada de la recepción del Derecho romano en las distintas regiones (Brandemburgo-Prusia, Schleswig-Holstein, Meclemburgo, Baja Sajonia, Principado de Münster, Estados electores del Rin, Wurtemberg, Baden, Baviera, Sajonia, Hessen, ciudades del sur de Alemania, antiguos territorios austriacos, Confederación helvética), en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 155 y ss.

²⁴ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 152-153.

²⁵ Figura principal en la Alemania del humanismo jurídico, a pesar de que, al igual que sucedió en Italia y España, dicha corriente no cuajara en territorio alemán en un período coincidente con el de la recepción del Derecho romano, tal como reseña PARICIO, J. *Op. Cit.*, 2010, pág. 35, nota al pie nº 39, y podemos consultar también en AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *El Derecho romano en la universidad del siglo XXI* Tirant lo

cuyo grupo habría que añadir el de los juristas no graduados, con escasa formación, que apenas conocían la doctrina de los comentaristas. De esta dualidad apuntada derivan dos clases de escritos jurídicos bien diferenciados: por un lado, una literatura jurídica popular y semipopular, que trata de romanizar el Derecho autónomo sobre la base del Derecho romano y del Derecho canónico²⁷; y por otro, unos escritos cultos, escritos por juristas y destinados a juristas, que integran el movimiento denominado de la Cameralística, cuyos máximos representantes son Mynsinger y Gail²⁸, y que toma su nombre de un intento de conseguir una fundamentación de las sentencias del Tribunal Cameral del Imperio²⁹, utilizando la

Blanch. Valencia. 2005, pág. 196. Una referencia más extensa sobre la figura de Ulrich Zaisus, discípulos y coetáneos, en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 183 y ss.

²⁶ Otro exponente del humanismo jurídico alemán, que destacó por ser autor de la primera edición crítica del *Corpus Iuris Civilis*. Ver MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 196; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 196.

²⁷ Tal como sucede en la reelaboración del *Espejo de Sajonia* por Kling en 1542; el *Espejo de las acciones* de Brant en 1516 y el *Espejo de los legos*, escrito por Tengler en 1501. Al respecto, CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 161-162.

²⁸ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 185 y ss.; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 195.

²⁹ *Reichkammergericht* o Tribunal Cameral del Imperio, creado en 1495 e integrado en la mitad de sus miembros por juristas especializados en el

lengua latina propia de los posglosadores, sin dejar de lado en tal misión el empleo de los términos propios del Derecho germánico.

Surge así el denominado *Usus modernus Pandectarum*, expresión que nos conduce a la aportación realizada por los juristas alemanes de la recepción entre los siglos XVII y XVIII, una síntesis madura y autónoma³⁰, que consiste más bien en la apreciación de modificaciones consuetudinarias al Derecho común (la manera contemporánea y selectiva de usar el *Corpus Iuris*), y no en la detección de las distorsiones que los Derechos particulares generan en el Derecho común o en la mera interpretación del Derecho particular escrito conforme al Derecho común³¹.

conocimiento del Derecho romano, obligado a emitir sus decisiones con arreglo a la doctrina de los comentaristas. Ello provocó un efecto en cascada en el resto de los territorios alemanes, pues en todos ellos se crearon Tribunales superiores siguiendo el modelo del *Reichskammergericht* que aplicarían el Derecho romano junto al Derecho local. Ver sobre el particular, PARICIO, J. *Op. Cit.*, 2010, pág. 34; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 46-47; STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 128; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 154-155.

³⁰ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 162.

En torno a las posibles causas del surgimiento del movimiento, AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.*, 2005, págs. 190-191.

³¹ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 186.

En puridad, con la acepción *Usus modernus Pandectarum* se alude al proceso de recepción del Derecho italiano de *Pandectas* mezclado con elementos germánicos y modernos propios del iusnaturalismo racionalista imperante en la época³². Precisamente, esta nueva visión se originó en el terreno de las fuentes del Derecho cuando Hermann Conring en su célebre obra *De Origine iuris Germanici* desvirtúa la versión que atribuía al emperador Lotario la imposición del Derecho romano en el foro y en la universidad –recepción *in complexu* del Derecho romano- y aporta una nueva doctrina³³ en cuya virtud los cambios que la práctica genera en el Derecho romano son fruto del propio Derecho consuetudinario³⁴, razonamiento que da carta de naturaleza a la implantación del *Usus modernus*. Tras una segunda mitad del siglo XVII con predominio de los

³² A la par que la cultura jurídica italiana pierde influencia, lo hace en el terreno docente el *mos italicus* frente al más moderno y sistemático *mos gallicus*. Al respecto, IGLESIAS, J. *Op. Cit.*, 2007, pág. 50; PARICIO, J. *Op. Cit.*, 2010, pág. 37; SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanística nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*. Giappichelli Editore. Torino. 2003, pág. 9.

³³ WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*. Segunda edición. Göttingen. 1967, págs. 206 y ss.

³⁴ LUIG, K. *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*. *Ius commune* 1. 1967, págs. 195 y ss.; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 197-198.

juristas sajones³⁵, surgieron también diferentes Tratados del *Usus modernus* a cargo de autores como W. A. Lauterbach³⁶, G. A. Struve³⁷, J. Schilter³⁸, S. Stryk³⁹, con lo que se consolida una

³⁵ En este sentido podemos citar a B. Carpzov, el más conocido; J. Brunnemann, comentarista de las *Pandectas* y el *Codex*; así como D. Mevius, comentarista de las sentencias del Alto Tribunal de Wismar y redactor de un infructuoso proyecto de codificación para la región de Mecklemburgo. Al respecto, STINTZING, R.; *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II*. München u. Leipzig. 1884, págs. 55 y ss, 101 y ss., 112 y ss., respectivamente.

³⁶ Jurista de Württemberg (1619-1678) que destaca por su obra póstuma *Compendium iuris*. Al respecto, STINTZING, R. *Op. Cit. II* 1884, págs. 139 y ss.

³⁷ Su obra principal fue *Jurisprudentia romano-germanica*, conocida coloquialmente como el pequeño Struv, texto ineludible para todo alumno de Derecho en Alemania. Al respecto, LUIG, K. HRG V col. 1964-1971, págs. 52 y ss.

³⁸ Conocido por su obra *Exercitationes ad Pandectas*, que en posteriores ediciones se intitula *Praxis iuris Romani in foro Germanico*. Este autor defendió la teoría según la cual en Alemania existían dos derechos comunes: el autóctono germánico, y el extranjero romano. Al respecto, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 208; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 198, 200.

³⁹ Su obra *Usus modernus pandectarum* dio nombre a esta corriente jurídica y aboga por el reconocimiento de un Derecho alemán autóctono que debía interpretarse desde sus propios principios. Un desarrollo detallado sobre esta corriente jurídica, en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 186 y ss.; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005,

tendencia dogmática dominante en esta corriente de estudio, que seguirá predominando durante el siglo XVIII⁴⁰, si bien aparecerá también más adelante, por influencia del historicismo, una vertiente histórica, entre la que destaca principalmente la figura de C. F. Glück⁴¹.

Vemos pues que, aunque con limitaciones, derivadas de realizar su obra en lengua latina, el *Usus modernus* representó el tránsito a una ciencia jurídica particular, contó con una vocación positivista, contactó con la realidad y, forzado por la necesidad, cumplió la misión de atender un momento histórico concreto en la recepción del Derecho romano y en la paulatina

pág. 200; PARICIO, J. *Op. Cit.* 2010, pág. 37, nota 43; LUIG, K. HRG V col. 1964-1971, págs. 58 y ss.

⁴⁰ Incluimos aquí algunos conocidos juristas de la época, tales como J. H. Böhmer, A. von Leyser. y, principalmente, J. G. Heineccius, cuya obra *Antiquitatum Romanarum sintagma* se ocupó de las fuentes antiguas, de las categorías y figuras del Derecho romano según el orden de la obra justiniana. Ver en este sentido STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 145 y 146; también TANAKA, M. *Bemerkungen zu J.G. Heineccius (1681-1741) als Privatrechtsdogmatiker*, en *Miscellanea Maffei* III. 1995, págs. 543 y ss.

⁴¹ A través de su obra inconclusa *Ausführlichen Erläuterungen der Pandekten* se inicia el comentario a la compilación de Justiniano más extenso y completo de los realizados, tal como señala WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho civil alemán*. Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 1987, pág. 44; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 201-202.

conformación del Derecho alemán. Prueba de lo afirmado son los resultados dogmáticos aportados por el Derecho común moderno en cuanto a doctrinas generales, derechos reales, derecho de obligaciones, derecho de familia y derecho de sucesiones⁴².

En efecto, el *Usus modernus* representa una nueva metodología y una nueva dogmática que se emancipa de las soluciones y construcciones de los posglosadores para adaptarse a la nueva práctica del Derecho que se aplica en territorio alemán tras la nueva realidad surgida de la Guerra de los Treinta Años⁴³. Es decir, sobre la base implantada y predominante en la época del *mos Italicus*, el *Usus modernus pandectarum* constituye una de sus variantes que se caracterizará por “consolidar la ciencia del *ius commune* a la luz de las nuevas circunstancias de la Edad moderna”⁴⁴, esto es, “la praxis romanística adecuada a las exigencias del tiempo”⁴⁵. Su aporte dogmático creará unos cimientos de gran valor para la labor de la pandectística en el siglo XIX, así como el

⁴² WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 195 y ss.

⁴³ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II.* 1989, pág. 181.

Una valoración del *Usus modernus pandectarum*, en WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 204 y ss.; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 202-204.

⁴⁴ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, pág. 9.

⁴⁵ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 272.

emprendimiento de la posterior codificación moderna, al construir fundamentos correspondientes, principalmente, al Derecho privado sin omitir con algunos relativos al Derecho público⁴⁶.

II. ESCUELA DEL DERECHO NATURAL VS. ESCUELA HISTORICA DEL DERECHO

Como sabemos, la Escuela del Derecho natural propone la existencia de una ética social conforme a la naturaleza, lo cual se traduce en un Derecho –Derecho Natural- que puede entrar en conflicto con el Derecho positivo⁴⁷. Es decir, a partir de unos principios generales extraídos de la razón se puede configurar, según un modelo matemático, un sistema jurídico, donde tales postulados adquieren un valor absoluto, al margen de cualquier tiempo y lugar, de tal manera que la validez del Derecho pueda invocarse por todos los pueblos. Ello implica, en consecuencia, un rechazo al principio de autoridad propio de la Edad Media⁴⁸ y, por lo que al Derecho respecta, una actitud de desprecio al *Corpus Iuris Civilis*, así como también a los glosadores y los

⁴⁶ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 272-274.

⁴⁷ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 173.

⁴⁸ ESPITIA GARZON, F. *Historia del Derecho Romano*. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2009, pág. 653; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 174.

comentaristas que vieron en esa obra plasmada la idea de un verdadero canon inmutable de justicia⁴⁹.

La nueva Escuela que descolla en los siglos XVII y XVIII presenta unas notas bien características: laicismo y secularización, como clara expresión de emancipación frente a los prejuicios teológicos y morales medievales⁵⁰; universalidad, hasta el punto de afirmar la existencia de un Derecho válido para todos los pueblos y todas las épocas⁵¹, lo cual no obsta

⁴⁹ El antagonismo Derecho natural/Derecho romano ha de matizarse y no se ha de presentar con tintes absolutos, más aún cuando muchos de los ideales proclamados por los iusnaturalistas se podían alcanzar mediante una reorganización del Derecho romano en su orden natural, es decir, se mantenía la validez del Derecho romano en cuanto fuera compatible con el Derecho natural. Sobre el particular, CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II*. 1989, págs. 222 y 223; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 45 y 46; KOSCHAKER, P. *Op. Cit.* (trad. 1955), pág. 252.

⁵⁰ Lo que se evidenciará en la asunción por parte del Derecho privado de algunas áreas que hasta entonces se hallaban en manos del Derecho Canónico, tal como sucede, por ejemplo, en el nuevo Derecho matrimonial, que se torna laico al perder las vestimentas otrora impuestas por el Derecho Canónico, según señala STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 70 y ss.

⁵¹ Ya el proyecto de la comisión encargada de la redacción del Código Civil francés señalaba que “*existe un Derecho universal e inmutable, fuente de todas las leyes positivas; éste no es sino la razón natural en la media que gobierna a todos los hombres*”. Al respecto, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 224.

para que, poco a poco, se vayan haciendo algunas concesiones a los Derechos nacionales y se implante un Derecho natural relativo; y la vinculación con uno de los retos de los monarcas ilustrados con relación a sus súbditos, cual es la consecución de su bienestar⁵², en la medida que el Derecho debe estar destinado más a la obtención de los fines humanos, que a la resolución de los males puntuales, lo que desembocará ineludiblemente en la búsqueda constante de principios que rijan la vida de los súbditos.

La Escuela del Derecho natural modifica el *Usus modernus* en algunos aspectos singulares hasta tal punto que la codificación iusnaturalista, no sólo se convierte en una codificación de Derecho natural, sino también, incluso, del mismo *Usus modernus*⁵³, con lo cual se cumple con la exigencia de un Derecho cierto, una premisa más que necesaria en el futuro establecimiento del Positivismo jurídico. En efecto, el iusnaturalismo, junto con el movimiento ilustrado, impulsó la

⁵² En cuanto al Derecho natural racionalista y la filosofía política de la Ilustración, FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 93 y ss.

⁵³ Sobre las aportaciones dogmáticas del Derecho Natural como Derecho de la Razón, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 231 y ss.; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, pág. 19; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.*, págs. 290, 291.

unificación general del Derecho por la vía legislativa⁵⁴ y, a su vez, contribuyó a su modernización, tal como lo demuestran los primeros intentos codificadores que, aun presentándose como ordenaciones sistemáticas generales, ni pretenden todavía sustituir el Derecho anterior, ni mucho menos unificar todo el Derecho nacional, al respetar y mantener en vigor tanto los diversos Derechos locales, como el mismo Derecho común de tradición romanística⁵⁵.

Frente a la Escuela del Derecho natural y, dentro de la corriente generalizada del Historicismo⁵⁶, la Escuela Histórica

⁵⁴ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit.* II. 1989, pág. 226; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 97-98.

⁵⁵ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 294.

⁵⁶ Entendemos por Historicismo una corriente filosófica surgida en Alemania en el siglo XIX que mantiene el carácter radical de la historia y presenta al ser humano como resultado de un devenir histórico. En su virtud, como sostenían Ranke y Mommsen, la historia es lo primero y fundamental en la explicación de los fenómenos humanos. Entre los principales representantes del movimiento destaca Dilthey (1833-1911) y Spengler (1880-1936), para quien la historia no constituye un proceso lineal sino circular. La unidad histórica sería la cultura, que se convierte en un ser viviente. Cada cultura tiene un alma, por lo que la historia de la humanidad es la sucesión de las diversas culturas. Ya Spengler tacha como error europeo la concepción del eurocentrismo, según la cual los valores culturales europeos serían los verdaderos y los superiores.

del Derecho surge en Alemania a principios del siglo XIX sobre la base del romanticismo irracionalista, iniciada por Gustav Hugo (1764-1844)⁵⁷, junto a Eichhorm, Grimm y Beseler, verdaderos fundadores del movimiento⁵⁸, aun cuando su máximo representante, erigido en líder indiscutible, fue el insigne jurista prusiano Friedrich Carl von Savigny (1779-1861)⁵⁹.

Una visión sobre el movimiento en general, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 269 y 270.

⁵⁷ Pueden citarse como precursores de la Escuela Histórica autores de la talla de Humboldt y Beckmann. Sin embargo, el verdadero iniciador fue Gustav Hugo quien pretendió conocer las instituciones romanas a través de su evolución histórica. En este sentido, WIEACKER, F. *Historia del Derecho privado en la Edad moderna*. Comares. Granada. 2000, págs. 399 y ss.; EBEL, W. *Gustav Hugo Professor in Göttingen*. Göttingen, 1964; MARINI, G. *L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*. Milano, 1960.

⁵⁸ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 314.

⁵⁹ Federico Carlos de Savigny fue un personaje singular y destacado de su tiempo. Llamado por su cuna y talento a desempeñar una brillante carrera administrativa, sin embargo optó por la carrera docente y a la edad de veintiún años obtiene su doctorado con una obra penalística (*Sobre el concurso formal de delitos*). Opositor abierto del *Usus modernus pandectarum*, en 1802 publica una monografía sobre la posesión (*Recht des Besitzes*) que lo hace respetado en toda Europa, en la que desecha todas las construcciones jurídicas medievales por contrarias a las fuentes y a la realidad. Entre sus obras, destacan su inacabada *Historia del Derecho*

La Escuela Histórica del Derecho representa una reacción contra el sentimiento de pérdida de la fe en la fuerza vinculante incondicional del Derecho romano, propiciado por la Escuela del Derecho natural⁶⁰, y lucha por la recuperación de la influencia y prestigio de aquel. A tal fin, se centrará en dos períodos históricos de su desarrollo y evolución⁶¹: uno, el arcaico o primitivo, concebido con el interés propio de anticuario, como si de una pieza de museo se tratara; y el otro, el justiniano, mal cultivado por los dogmáticos, lo que propicia un Derecho romano más allá del establecido por Justiniano, desvirtuado, degenerado y adulterado, que requiere de un buen artífice como arquitecto del Derecho positivo, necesariamente instruido en la Escuela de los juristas cultos, que no agota su función en la investigación histórica⁶².

Romano en la Edad Media, Sistema de Derecho Romano actual (1840-1849), así como también su inacabada *Derecho de Obligaciones* (1851-1853).

Una bibliografía completa sobre la figura de Savigny, en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 279 y ss., entre ella destacamos a THIEME, H. *Savigny und das Deutsche Recht*. SZGerm 80. 1963, págs. 1 y ss.

⁶⁰ Una justificación a la aparición de la Escuela Histórica del Derecho, en WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 348 y ss.; ORESTANO, R. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bolonia. 1987, págs. 239 y ss.

⁶¹ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 270.

⁶² CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II*. 1989, pág. 283.

Para Savigny, la ciencia jurídica no es sino historia del Derecho, bajo el entendido que la historia es maestra de la vida (*historia magistra vitae*), pero la finalidad de la Escuela no se reduce a la mera comprensión histórica, sino que pretende renovar la ciencia jurídica de su tiempo⁶³, otorgándole un gran prestigio⁶⁴, solo comparable al que tuvieron en su tiempo los posglosadores o comentaristas. Fiel defensor de la idea de Imperio, rechaza abiertamente la Revolución francesa⁶⁵ por haber abanderado el Derecho natural, al que denosta, por no haber respetado la verdadera tarea del jurista, consistente en el estudio de lo dado con anterioridad a los fines de construir el Derecho positivo⁶⁶. De ahí la relación existente para la Escuela Histórica entre Derecho romano y Derecho positivo, en una clara expresión del vínculo incuestionable que existe entre dogmática e historia, dos vertientes de un mismo saber jurídico⁶⁷.

⁶³ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 353.

⁶⁴ A diferencia del iusnaturalismo y racionalismo francés, asumido por filósofos y juristas, organizados estos en torno a un sistema judicial centralizado, en Alemania se concentró en manos de profesores de universidad desvinculados de la práctica del derecho, tal como sostiene CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II.* 1989, pág. 275.

⁶⁵ CANNATA, C.A. *Op. Cit.*, 1996, pág. 204.

⁶⁶ STEIN, P. *Op. Cit.* 2001, pág. 163; WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 273.

⁶⁷ TORRENT, RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 310.

Hablamos de quien ha sido considerado como el más prominente jurista alemán de todos los tiempos, entre cuyos discípulos más notables⁶⁸ destacamos sobre todo a Georg Friedrich Puchta⁶⁹, mentor de la celebrada expresión “*espíritu*

⁶⁸ En el ámbito de la historia jurídica destacan, entre los discípulos de Savigny, J. F. L. Goeschen, a quien se debe la edición de la obra de Gayo; y F. Bluhme, creador de la famosa teoría de las masas para la explicación de la redacción y elaboración del Digesto. Al respecto, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 416 y ss.; LANDSBERG, E. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III/2*. Nachdruck Aalen. 1957, págs. 475 y ss.

⁶⁹ Sucedió a Savigny en la cátedra de Berlín (1842) a sus 44 años de edad. Rechaza toda intervención legislativa y presenta una visión más sistemática que su maestro. Entre sus aportaciones subrayamos la recapitulación exhaustiva de toda materia jurídica a los fines de evitar las lagunas del Derecho; su inclinación por la elaboración de doctrinas generales; así como su culto por el concepto, lo que le hará conectar con las ideas romanas. A través del camino científico seguido por Puchta el Derecho consuetudinario nos lleva a su obra más genuina, las Pandectas e Instituciones (*Pandekten, Institutionem*), verdaderos tratados generales, editados muchas veces y revisados por sus discípulos tras la muerte del maestro. Sobre el particular, LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2, págs. 438 y ss.

En palabras de WIEACKER, F. (*Op. Cit.* 1967, págs. 399 y 400), si bien no atesoró la altura espiritual y fuerza creadora de su maestro, sí lo superó en capacidad sistematizadora y conceptualista, hasta el punto de denominarse a la sistemática de Puchta “pirámide conceptual”, razón por la cual el discípulo llegaría a ejercer más influencia en el método de la civilística que el propio Savigny.

del pueblo" (*Volkgeist*)⁷⁰, todo un símbolo en la terminología propia de la Escuela, espíritu entendido como la conciencia común de la nación, el conjunto de fuerzas latentes que desarrollan el Derecho, bien a través de la legislación, bien de la propia ciencia jurídica.

Vemos, pues, una nueva visión del Derecho, opuesta a la representada por la Escuela del Derecho natural, con unos postulados claramente delimitados:

a) El papel relevante y determinante de la historia, puesto que la concepción histórica, a diferencia de la racionalista, estudia la realidad bajo una concepción dinámica que se encuentra en continua evolución, de tal manera que las épocas históricas se hallan vinculadas entre sí y el hoy no puede ser entendido sin lo que le precedió, como un resultado que, a la vez, se erige en fuente del futuro. Aun así y, no obstante la relevancia de la investigación histórica, la historia no se agota en sí misma, sino que se convierte en un instrumento para la construcción del Derecho positivo a través de un método sistemático⁷¹;

Sobre las consecuencias del sistema ideado por Puchta, SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 179, 180.

⁷⁰ Con relación a la expresión *Volkgeist* o espíritu del pueblo, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 269, 273, 277 y ss.

⁷¹ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II*. 1989, pág. 283.

b) Se sostiene la formación del Derecho a través del denominado espíritu del pueblo (*Volkgeist*), del que el Derecho emana, un conjunto de lazos comunes que vinculan todas las realizaciones de esa existencia (arte, costumbres, religión Derecho, política)⁷², fruto de un sentimiento de necesidad interna que excluye cualquier atisbo sobre su eventual nacimiento, por casual o arbitrario; y, por fin,

c) Un claro conservadurismo que se refleja en distintos ámbitos: ya en el plano político, con un meridiano rechazo al movimiento revolucionario francés; ya en el filosófico, en clara oposición a los postulados de la Escuela del Derecho natural⁷³; así como también en el plano jurídico, desde un punto de vista

⁷² PEREZ PRENDES, J.M. *Curso de Historia del Derecho español*. Parte General. Darro. Madrid. 1973, pág. 28.

⁷³ “La Escuela Histórica afirma que la materia del derecho le es dada a la nación por su pasado completo, no ciertamente de un modo arbitrario, de manera que por casualidad pudiera ser ésta o aquélla, sino que surge de la esencia más íntima de la nación misma y de su historia” (WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 273).

Aún así, lejos de entenderse como la antítesis de la Escuela del Derecho Natural, la Escuela Histórica del Derecho aparece como un momento distinto de una misma experiencia, pues ambas desembocarán en una codificación inspirada en el Derecho romano, que derogaba el Derecho de Justiniano. Al respecto, CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 196; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 295.

práctico considerado, por su ferviente oposición a la codificación, tal como lo demuestra la viva polémica sostenida entre Savigny y Thibaut, claros antagonistas en la controversia planteada, uno representante de la Escuela Histórica del Derecho y otro de la Escuela del Derecho natural, respectivamente.

En efecto, las divergencias apuntadas se van a manifestar, sobre todo, en torno al polémico y vigente tema de la codificación.

El espíritu de sistematización y ordenación⁷⁴ que preside la Escuela del Derecho natural postula con vehemencia la idea de crear soluciones únicas y universales, razón por la cual se propone en su seno la búsqueda de un orden natural deducido geoméricamente de los principios cristianos sobre la reformulación de los viejos principios del Derecho romano, fuente inagotable del Derecho natural, puesto que aquellas reglas, carentes de orden, precisaban de una sistematización para poder ser utilizadas⁷⁵. Precisamente, A.F.J. Thibaut (1772-

⁷⁴ Claros exponentes de esta vocación sistemática son Oldendorp, Althusius y Hugo Grocio, como nos señala CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 174 y 175.

⁷⁵ Actitud adoptada por dos de los más grandes juristas franceses de los siglos XVII y XVIII, Domat y Pothier, cuya influencia en la codificación francesa resultaría decisiva, así como en las principales codificaciones

1840), profesor de la Universidad de Heidelberg y representante de la Escuela del Derecho natural⁷⁶, defiende a ultranza en 1814 la tesis codificadora en su conocida memoria intitulada “*Sobre la necesidad de un Código Civil para toda Alemania*”, en la que propone la redacción de un Código civil popular para toda Alemania, con carácter duradero en el tiempo, que sólo requerirá de algunas mínimas reformas en ciertos lugares particulares, tomando para ello como modelo el ALR, el ABGB y el *Code civil* francés.

En contraposición a esta línea de pensamiento, Savigny publica ese mismo año su célebre obra “*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la jurisprudencia*”, en clara respuesta al escrito de Thibaut⁷⁷, donde tacha al proceso codificador como una práctica que distorsiona el desenvolvimiento espontáneo del Derecho y pone de relieve que la creación de una ciencia

europeas. En este sentido, FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 99 y 100.

⁷⁶ Sobre la figura de Thibaut, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 390 y ss.

⁷⁷ En torno a la polémica sostenida entre estos dos autores, Savigny y Thibaut, STERN, J. *Thibaut und Savigny*. 1914, reimp. 1959; WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 271 y ss.; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 229 y ss.; ZWEIGERT, H.; KÖTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*. Oxford University Press. México. 2002, pág. 151; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, págs. 201-204; STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 163-164.

jurídica alemana constituye una prioridad insalvable frente a la aventura codificadora⁷⁸, en cuya tarea se debe estudiar la tradición jurídica consagrada fundamentalmente en el Derecho romano, eso sí, de una manera más profunda a como lo habían hecho con anterioridad los legisladores medievales y la Escuela del Derecho natural⁷⁹. Savigny invita a los juristas alemanes a estudiar el *Corpus Iuris Civilis* y mejorar la práctica jurídica y la dogmática con sus enseñanzas sin necesidad de petrificar el Derecho alemán a través de un Código prematuramente confeccionado⁸⁰.

En su enfática respuesta, Savigny vincula la tradición con lo irracional, que es la fuerza decisiva en la formación del Derecho y se pronuncia abiertamente contra la codificación alemana, un aporte incompleto y perjudicial de la Escuela del Derecho natural, pues, en su opinión, bastaría con acometer una legislación parcial que tratara los temas más urgentes por legislar y, en lo demás, confiar la formación del Derecho al Derecho científico como parte del Derecho consuetudinario⁸¹,

⁷⁸ SAVIGNY, F.C. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho*. Heliasta. Buenos Aires. 1977, pág. 150.

⁷⁹ SAVIGNY, F.C. *Op. Cit.* 1977, págs. 61 y ss.; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 148, 149.

⁸⁰ MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano*. 2007, pág. 88.

⁸¹ Se trataba de crear una verdadera ciencia alemana del Derecho, convertir la universidad en escuela de esa ciencia, sin dejar de reconocer el

erigido no sólo en la fuerza creadora del nuevo Derecho, sino también en la fuerza derogatoria del Derecho anterior⁸².

En virtud de esta concepción del Derecho, no era posible que cada época produjera libremente un Derecho según el arbitrio de los legisladores, toda vez que el Derecho, para Savigny, “no es” sin más, sino que más bien es “lo que llega a ser”⁸³ a lo largo del acontecer histórico, de manera que constituye una realidad histórica en constante desarrollo.

El incomparable arte expositivo de los argumentos manejados por el genio prusiano y la grandeza científica de su obra le granjearon un gran prestigio⁸⁴ entre quienes en aquel

aporte de los glosadores. En este sentido, CANNATA, C. A. *Op. Cit.* 1996, pág. 204.

⁸² Savigny pone como ejemplo al respecto la influencia ejercida por el Cristianismo, que justificaría la supresión de la institución romana de la esclavitud, toda vez que, merced a los cambios sociales operados desde entonces, dicha institución no puede ser rescatada y conservada. El Derecho común alemán, para Savigny, era el Derecho justiniano, salvo las pérdidas y eliminaciones que la convicción popular había propiciado, atribuyendo la consideración de imprescindible el resto del Derecho conservado. En este sentido, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 274 y 275.

⁸³ AA. VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 234.

⁸⁴ Su prestigio lo aupó al Ministerio de Legislación de Prusia y al cargo de Presidente del Consejo de Estado Prusiano. Así, quien más se opuso a la codificación, resultó ser el responsable de la legislación del mayor Estado

tiempo recelaban de la codificación y la reforma legislativa, lo que propiciará en un primer momento el auge de sus ideas, para entonces revolucionarias con tinte conservador, ante el declive del Iusnaturalismo. Y es que para la época, con un territorio alemán claramente fragmentado, la pretensión unitaria de codificación propuesta por Thibaut constituía en la práctica casi una utopía, más aún cuando el propio Savigny, ungido de una aureola incuestionable, había sabido crear una escuela sólida, reputada y con un enorme arraigo cultural⁸⁵. No había llegado todavía el tiempo de codificar en Alemania, merced a la ferviente oposición de Savigny, si bien la inercia y las circunstancias políticas iban a desencadenar la aparición de un Código que ya se intuía y atisbaba a lo lejos y que se presentaba como un acontecimiento ineluctable, irreversible e imparable, premonición que finalmente fructificará a finales del siglo XIX.

del norte de Alemania, si bien se mantuviera fiel a sus ideas: logró que no se produjera la revisión del Código prusiano (ALR) y propuso reformas en leyes singulares. Su Ministerio tuvo una gran implicación en la elaboración del Código de Comercio alemán de 1861. Aún así recibió críticas de algunos de sus contemporáneos: Hegel le imputó quietismo legislativo; Marx le achacó ideas más propias de un anticuario. Su más acerado crítico moderno es, sin lugar a dudas, Kantorowicz quien, relegando a Savigny, atribuye la posición de privilegio en el Derecho alemán para Ihering. Al respecto, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 276 y ss.

⁸⁵ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 204.

III. LA PRIMERA GENERACION DE DISCIPULOS DEL MAESTRO SAVIGNY

Ya a partir de 1840 la pujante Escuela histórica alemana se divide en dos grupos claramente diferenciados⁸⁶: por un lado, el ala romanista, de la que trataremos posteriormente (integrada principalmente por Hugo, Savigny⁸⁷, Puchta⁸⁸), que trató de purgar el Derecho romano mediante la exclusión de elementos extraños a él que lo tergiversaban, y entresacar de sus textos principios universales; y por otro, la de los germanistas (Eichhorn, Grimm, Beseler)⁸⁹, cuyos seguidores consideraban que el Derecho romano era un Derecho extranjero que había

⁸⁶ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 310 y 313.

⁸⁷ A tal fin el maestro prusiano escribió *Historia del Derecho romano en la Edad Media*, un recorrido histórico desde la época de Justiniano hasta su época, poniendo de relieve los tiempos oscuros del Derecho romano durante la Alta Edad Media y su renacimiento en la Baja Edad Media tras la aparición de las Universidades. En este sentido, STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 164-165.

⁸⁸ HAFERKAMP, H.P. *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M., 2004.

⁸⁹ AA. VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 232-234; TORRENT, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo*, en SDHI 81. 2015, págs. 499-501.

desvirtuado y menoscabado el desarrollo del propio Derecho germánico.

Esta rama germanística trató de elaborar un derecho privado alemán cerrado a partir de los elementos comunes que pudieran extraerse de los diferentes derechos particulares, y tuvo en cuenta cuestiones jurídicas desarrolladas al margen del derecho común, tal como sucedió en el caso del Derecho mercantil, que llegaría a codificarse, incluso, con anterioridad al Derecho civil (ADH, 1861)⁹⁰. En su seno se celebraron las manifestaciones espontáneas del Derecho germánico, en una clara réplica al efecto avasallador del Derecho romano, hasta el punto de considerar que el fenómeno de la Recepción en Alemania constituía una verdadera tragedia nacional, por haber ahogado y neutralizado cualquier atisbo de desarrollo de los derechos germánicos, frente a cuya situación propugnaban la necesidad de rescatar el Derecho germánico aprovechable en la noble misión de elaborar el futuro Derecho alemán. Ya encontramos precedentes de esta tendencia en la figura de J. Grimm (1785-1863)⁹¹ y, más tarde, del ferviente G. Beseler

⁹⁰ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 353.

⁹¹ Gran discípulo de Savigny que conservará muchos de los trabajos y cursos impartidos por el maestro. Al respecto, OGRIS, W. *Jacob Grim, ein politisches Gelehrtenleben*. Manz. Wien, 1986.

(1809-1885)⁹², aun cuando su exponente más destacado, ya en el siglo XX, sería H. Brunner (1840-1915)⁹³.

Ambas corrientes, la romanista y las germanista, no obstante sus agrias disputas, lograrán la conciliación cuando reconocieron que tanto derecho romano como derecho alemán podían integrarse y constituir el derecho común alemán⁹⁴, ideario que se traduciría más tarde en el Código civil alemán: en efecto, la vertiente romanista suministró la interpretación de la tradición romanística por medio de la pandectística, tal como veremos más adelante; en tanto que la vertiente germanista incorporó aspectos provenientes del Derecho germánico, en un intento de crear un Derecho alemán supraterritorial, más aún si cabe a raíz de las generalizadas críticas recibidas por el infortunado primer proyecto de Código civil alemán de 1887.

⁹² Destaca este autor por su obra *Volksrecht und Juristenrecht* (1843), en la que realiza una defensa a ultranza del Derecho germánico frente al Derecho romano. Ver sobre su labor CANNATA, C. A. *Op. Cit.* 1996, pág. 198. WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, págs. 361-363; WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 290, 292.

⁹³ Gran historiador alemán del período franco que destaca por su análisis de la recepción del Derecho romano en Alemania y en otros territorios. Sobre el particular, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 129, 145, 155.

⁹⁴ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 314; *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje ...*, en SDHI 81. 2015, pág. 499.

Con relación a la vertiente romanística encabezada por Savigny, hay que destacar, a su vez, el surgimiento a lo largo de la segunda mitad del siglo XIX de dos visiones netamente diferenciadas en torno al estudio del Derecho romano, que son, por otra parte, el resultado de la doble perspectiva encarnada por Savigny en su concepción del Derecho romano y reflejada en el binomio historia-dogma⁹⁵: por un lado, una visión netamente histórica del mismo y su evolución⁹⁶; y otra arista, dogmática –Pandectística-, orientada más bien a la aplicación práctica de sus normas, considerada como la Escuela histórica moderna, en la que el jurista ha de elaborar dogmática a través de un sistema de Derecho privado que derive en construcciones jurídicas abstractas. Y es que Savigny no adoptó una concepción cerrada del Derecho romano, puesto que en su opinión el Derecho constituye un todo orgánico con solución de continuidad entre el pasado y el presente⁹⁷, donde la

⁹⁵ En cuanto a una superación de la relación de opuestos entre Historia y Dogmática, FUENTESECA, P. *Estudios de Derecho romano. Fundación Registral. Madrid 2009, págs. 827, 828.*

⁹⁶ Savigny se había declarado admirador de Niebuhr, quien descubrió el Palimpsesto de Verona, la versión más completa con la que contamos de las *Institutiones* de Gayo, lo que llevaría a ambos autores a centrarse en el estudio del Derecho romano primitivo o arcaico en detrimento del Derecho nacional. Al respecto, AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 231 y 233.

⁹⁷ ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, pág. 656.

jurisprudencia debe asumir la labor de detectar en cada fuente su principio orgánico, separando lo vivo de lo muerto, en una visión que nos muestra al Derecho como fruto de una lenta evolución.

Por lo que respecta a la concepción histórica de dicha corriente romanística, se adopta el estudio histórico del Derecho romano como línea científica autónoma⁹⁸, si bien es en la segunda mitad del siglo XIX, con motivo de los trabajos preparatorios del Código civil alemán, cuando se intensifica, orientación que se generalizará y cobrará mayor protagonismo si cabe tras la codificación, al perder el Derecho romano su tinte más práctico, lo que se traducirá en características particulares en cada país europeo y propiciará la aparición de un nuevo método de estudio del Derecho romano enraizado dentro de un movimiento neohumanístico⁹⁹.

⁹⁸ PARICIO, J. *Op. Cit.* 2010, págs. 40, 41.

⁹⁹ Por su través se seleccionan las fuentes; se verifica su identidad y veracidad; se desmenuzan y auscultan los textos romanos con el fin de diferenciar el Derecho clásico del Derecho justiniano, para lo cual se recurre al auxilio de otras fuentes de conocimiento del Derecho romano, fundamentalmente extrajurídicas (historia, literatura, epigrafía, arqueología, papirología), llegando a una síntesis histórico-jurídica digna de elogio que expande su espectro de interés al superar el mero ámbito del Derecho privado para penetrar en otros aspectos menos estudiados hasta el momento, tales como el proceso romano, los castigos y las penas, así como la organización y funcionamiento del poder público en sus diversos

Destacan en la línea apuntada, entre otros y por estricto orden cronológico, K.S. Zachariae von Lingenthal (1769-1843)¹⁰⁰, G. Haenel (1792-1878)¹⁰¹, F. Bluhme (1797-1874)¹⁰², P.E. Huschke (1801-1886)¹⁰³, K.G. Bruns (1816-1880)¹⁰⁴, H. Fitting

períodos históricos (monarquía, república, principado, imperio). Al respecto, KOSCHAKER, P. *Op. Cit.* Munich, 1947, págs. 290 y ss. (trad. española, Madrid, 1955, págs. 409 y ss.); FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 116.

¹⁰⁰ Sobre la vida y obra de este autor, VON MOHL, R. *Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaften* (1855-1858); BROCHER, C. *KS Zachariae, sa vie et ses oeuvres*, 1870.

¹⁰¹ Autor de la obra *Corpus legum ab imperatoribus Romanis ante Iustinianum latarum, quae extra constitutionum Codices supersunt*. Al respecto, AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 243.

¹⁰² En 1818 elabora la famosa “teoría de las masas”. Al respecto, KUNKEL, W. *Römischen Rechtsgeschichte*. 12ª edición. Köln-Wien. 1990, págs. 151 y ss.

¹⁰³ Autor de la obra *Iurisprudentiae antejustinianae reliquiae*. ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, pág. 655; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 243.

¹⁰⁴ Destaca por haber intentado recobrar la vida del Derecho romano durante el período sombrío de la Edad Media, razón que le lleva a retomar el estudio de la posesión a partir de la obra de Savigny; así como también por su célebre obra *Fontes iuris romani antiqui*. Sobre el particular, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 201, 211, 289; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 243.

(1831-1919)¹⁰⁵, O. Karlova (1836-1904)¹⁰⁶, P. Krüger (1840-1926)¹⁰⁷, y L. Wenger (1874-1953)¹⁰⁸.

Sin lugar a dudas, los máximos exponentes de la orientación romanística historicista son T. Mommsen (1817-1903)¹⁰⁹, historiador y romanista agraciado con una sublime pluma, tan elegante que le hará merecedor del Premio Nobel

¹⁰⁵ Autor de la obra *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*. WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 2; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 243.

¹⁰⁶ Destaca por su inacabada obra *Römische Rechtsgeschichte*. ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, pág. 657; MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 332.

¹⁰⁷ Entre sus obras más importantes señalamos *Codex Theodosianus recognovit; Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, y su famosa edición del *Codex* de Justiniano (1877), en MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 332.

¹⁰⁸ Partidario de la polémica propuesta que pretendía configurar la historia antigua a partir del vínculo unificador que representa la cultura mediterránea. En este sentido, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 329, 332; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 244.

¹⁰⁹ Destacamos de su obra, entre otras, una edición crítica del Digesto, todavía hoy no igualada; *Vocabulario de jurisprudencia romana; Derecho penal romano; Corpus Inscriptionum Latinarum*. Sobre el particular, WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, págs. 14 y 15; MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, págs. 331-332.

del Literatura, presea que demuestra su genio literario añadido a un gran rigor científico; O. Lenel (1849-1935)¹¹⁰; O. Grandenwitz (1860-1935)¹¹¹; L. Mitteis (1859-1921)¹¹². Fue tal la impronta de esta rama historicista que logrará una profunda huella también en Italia¹¹³, a través de autores de la talla de Alibrandi, Albertario y Ferrini.

No obstante lo afirmado con anterioridad, hay que subrayar para asentar el estado de la cuestión que en los territorios alemanes donde no había triunfado aún el espíritu

¹¹⁰ Destacado estudioso del Derecho romano que sobresale por las reconstrucciones realizadas a partir de las acciones incluidas en el edicto del pretor (*Das Edictum Perpetuum*, 1883) y de la jurisprudencia romana (*Palingenesia Iuris Civilis*, 1889). Ver MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 333.

¹¹¹ Interesa sobremanera el estudio crítico que realiza en torno a las interpolaciones (*Interpolationem in der Pandekten*, 1887), en AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 245.

¹¹² Autor de un interesante trabajo (1896) en el que se ocupa de la aplicación de los principios del Derecho romano en las provincias que formaron parte del Imperio, en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 329, 332.

¹¹³ *Sobre las relaciones entre la Pandectística y la doctrina civilista italiana*, RANIERI, F. Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado* nº 28. Enero-junio 2015, págs. 13-43.

codificador, la práctica tribunalicia seguía adoptando el modelo implantado por el *usus modernus*, en el que se conjugaba el estudio del Derecho romano con el del Derecho nacional, aun cuando ya a partir de la segunda mitad del siglo XIX se logra percibir en tales territorios una tibia influencia de las nuevas corrientes doctrinales en juego antes analizadas¹¹⁴: germánica, romanista histórica y romanista dogmática.

IV. LA PANDECTISTICA ALEMANA:

IV.1. SURGIMIENTO DEL MOVIMIENTO

Como ya hemos visto, del genio inigualable de Savigny parten dos corrientes que rigen los destinos del Derecho romano en Alemania a lo largo del siglo XIX y, a pesar de las reticencias mostradas por los seguidores de la Escuela histórica a las construcciones abstractas y las elaboraciones doctrinales especulativas¹¹⁵, más propias del molde del iusnaturalismo racionalista, surge una vertiente de la Escuela histórica del Derecho que pretende alcanzar una construcción dogmática adaptada a su tiempo para resolver los problemas del momento sobre la base de las fuentes romanas justinianeas. Es lo que se conoce como el movimiento de la Pandectística, Escuela histórica moderna o jurisprudencia de conceptos, que revitaliza

¹¹⁴ MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 338.

¹¹⁵ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 45.

el estudio del Derecho romano para, a partir de sus fuentes, pergeñar una visión dogmática del Derecho privado.

El término que da nombre al movimiento –*Pandectae*– deriva de la voz griega homónima (por derivación de *pandectai*), que traduce la voz latina Digesto¹¹⁶, e indica muy claramente que los discípulos de Savigny son los últimos exponentes de juristas que estudian directamente las fuentes romanas justinianeas, fundamentalmente el Digesto, para crear una ciencia jurídica actualizada al servicio de los problemas nacionales del momento, que asombrará por su rigor, ingenio y agudeza. A tal fin, sus representantes elaboran manuales donde realizan construcciones doctrinales atendiendo a las necesidades actuales¹¹⁷, razón por la cual el movimiento se denomina *Pandekten* o *Lehrbuch der Pandekten*.

Tal perspectiva dogmática no desvirtuaba la vertiente histórica del estudio del Derecho romano, sino todo lo contrario, pues ambas eran dos caras del mismo fenómeno, plenamente compatibles y complementarias, si bien los discípulos del maestro llegaron a conceder más importancia al vértice dogmático en detrimento del histórico, toda vez que cuanto más se acercaban a la práctica, más se alejaban de la

¹¹⁶ FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 115.

¹¹⁷ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 309, 313; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 235.

historia. En efecto, la Pandectística se va separando poco a poco del espíritu del pueblo predicado por Puchta y aboga por el análisis comparado de las diversas experiencias legislativas, poniendo énfasis especial en la labor del legislador como artífice en la evolución del Derecho¹¹⁸ y asignando a la jurisprudencia un papel preponderante en la determinación de la actualidad del sistema jurídico.

Aun cuando Savigny se muestra reacio y adversa los postulados de la Escuela del Derecho natural, los pandectistas aceptan una concepción iusnaturalista del Derecho, en cuya virtud el ordenamiento presenta una configuración muy similar a la de un sistema matemático comprensivo de conceptos universalmente válidos como base de la verdadera ciencia jurídica¹¹⁹, que debía ir más allá de la mera tarea de conservar el Derecho romano como si de una pieza de museo se tratara a los fines de influir en la construcción del Derecho positivo. Así pues, la ciencia jurídica de los pandectistas converge con la doctrina iusnaturalista, de la que va a recibir una clara

¹¹⁸ ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, página 658.

¹¹⁹ En este sentido, la pandectística concibe el ordenamiento jurídico como un sistema completo y cerrado de reglas, principios, conceptos e instituciones, en el que las lagunas legales no existen al permitir dicho sistema colmarlas por medio de sus estructuras lógicas, según sostienen CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II.* 1989, págs. 284 y 285.

influencia¹²⁰, sobre todo en cuanto a la sistemática del Derecho privado y sus conceptos, procedentes ambos en gran medida de la doctrina del *usus modernus pandectarum*.

Ya algunos discípulos directos de Savigny sirvieron de puente entre la visión histórica y dogmática de la Escuela histórica del Derecho. Y es que los sucesores en la cátedra del maestro reafirman el papel de la Escuela histórica mediante un giro considerable hacia la dogmática¹²¹. Así, sin olvidar la labor desarrollada en este sentido por algunos representantes de la visión histórica analizada, que encauzarían la evolución reseñada de la Escuela (entre ellos, Bruns, Huschke, Rudorff), hemos de destacar autores como C.F. Glück (1755-1831)¹²²; G.F. Puchta (1798-1846); F.L. von Keller (1799-1860)¹²³, autor suizo

¹²⁰ Se detecta claramente en este punto la influencia de algunos representantes de la Escuela del Derecho natural, como C. Wolff, precedido ya por D. Nettelbladt y su discípulo Christophe-Chrétien. De ahí que se le haya atribuido a Wolff la paternidad científica de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*) o jurisprudencia constructiva (*Konstruktionjurisprudenz*). Al respecto, WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 320; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 199.

¹²¹ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 283.

¹²² A través de sus comentarios del *usus modernum pandectarum* se conecta con el movimiento de la pandectística, en IGLESIAS SANTOS, J. *Op. Cit.* 2007, pág. 51.

¹²³ ELSENER, H. *Schweizer Rechtsschulen*. 1975, págs. 366 y ss.

que sucederá a Puchta en la cátedra de Berlín tras la repentina muerte de éste; K.A. von Vangerow (1808-1870)¹²⁴, un eminente docente universitario y sucesor de Thibaut en la cátedra de Heidelberg; A. von Brinz (1820-1887)¹²⁵; F. Regelsberger (1827-1926)¹²⁶; H. Dernburg (1829-1907)¹²⁷; K.L. Arndts (1803-1878)¹²⁸.

Una mención especial para G.F. Puchta, quien se convierte en el autor de la famosa expresión “*espíritu del pueblo*” (*Volkgeist*), emblema que identifica a la Escuela histórica del Derecho, y representa con fidelidad el camino recorrido por la Escuela histórica desde el Derecho consuetudinario hasta las

¹²⁴ LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 602 y ss.; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 193.

¹²⁵ Destaca su tratado “*La doctrina de la compensación*”, que le dio reconocimiento entre los romanistas, si bien su obra principal ha sido el *Libro de texto de las Pandectas*. LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 842 y ss; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 236; WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 47.

¹²⁶ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 47; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 236.

¹²⁷ WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, pág. 391; LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 931 y ss.

¹²⁸ Destaca su obra *Libro de texto de Pandectas*, publicado en Munich en 1852, MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 335.

Pandectas¹²⁹, ya que el discípulo apunta una visión más dogmática del Derecho que la de su maestro, apartándose un trecho del historicismo, siguiendo un modelo geométrico, con el objetivo de lograr un sistema jurídico completo, libre de lagunas, al prodigar la gestación de teorías generales mediante la confección de conceptos a partir de las fuentes e ideas romanas, algunas incluso tardías, ya puestas sobre la mesa a cargo de la filosofía escolástica y el iusnaturalismo. Estamos ante el sucesor directo de Savigny, tanto en su cátedra de Berlín, cuanto en la dirección de la Escuela histórica¹³⁰, así como también ante uno de los padres espirituales del método e ideario de la Pandectística.

IV.2. REPRESENTANTES DE LA ESCUELA

El triunfo del positivismo en la segunda mitad del siglo XIX supone un rechazo de las elaboraciones doctrinales meramente teóricas y, a su vez, un vigoroso impulso del

¹²⁹ Recorrido que se observa entre sus obras *Derecho consuetudinario y Manual de Pandectas*, donde claramente se colige el salto cualitativo experimentado hacia el positivismo científico. En este sentido, WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, págs. 356-357; LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 438 y ss.

¹³⁰ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit.* II. 2003, págs. 166, 167; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 236.

positivismo jurídico¹³¹, que tiende a equiparar ley y Derecho. Este ambiente reinante va a influir necesariamente en la Escuela histórica, que relegará su otrora animadversión a la legislación, circunstancia que propiciará un punto de reencuentro entre las dos ramas de la Escuela histórica (romanistas y germanistas) al entender que la enseñanza del Derecho debía ir dirigida al estudio del Derecho positivo nacional impregnado de numerosos elementos romanos¹³², de tal manera que el Derecho romano se erige en el pilar de la construcción del futuro Derecho nacional.

Entre los más insignes representantes de la ciencia jurídica del siglo XIX alemán tenemos que resaltar, principalmente, a B. Windscheid (1817-1892) y R. Ihering (1818-1892).

Por lo que respecta a B. Windscheid¹³³, su obra se centró fundamentalmente en la elaboración de los conceptos más

¹³¹ BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*. Torino, 1968.

¹³² Dicha integración constituirá el punto de partida de las *Pandekten* de B. Windscheid, tal como señala TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 314.

¹³³ Alumno de Savigny, amigo de Ihering, sucesor de Vangerow en Heidelberg y luego profesor en Leipzig. Sobre la figura de Windscheid, LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 854 y ss.; WIEACKER, F. *Gründer und Bewahrer*. 1959, págs. 181 y ss.; TORRENT RUIZ, A. *La*

importantes de la parte general del Derecho de Pandectas, destacando su *Lehrbuch des Pandektenrechts* (1862-1870), dividido en tres tomos, verdadero trabajo de síntesis equilibrado del pensamiento de la Escuela¹³⁴, en el que se convierte en el recopilador y organizador del Derecho de Pandectas. Su inmensa e insigne labor le ha granjeado tal reputación que, salvando las distancias y por lo que a la Pandectística alemana se refiere, se le ha llegado a comparar a través de sus comentarios con el jurista romano Ulpiano, así como también con el infatigable Accursio en la recopilación de las glosas, ya que logra sintetizar con maestría el pulso del movimiento de Pandectas y organizarlo sistemáticamente para facilitar su consulta¹³⁵, con la fortuna añadida de erigirse más tarde en una de las fuentes de inspiración más influyentes del anhelado Código civil alemán (BGB). De ahí y, no sin razón, que la obra de Windscheid haya sido considerada el mejor fruto de la

Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje ..., en SDHI 81. 2015, págs. 511-513.

¹³⁴ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 173, 174; STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 171.

¹³⁵ AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 237; WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, pág. 447

Pandecística tardía¹³⁶, y que su influencia sobre el positivismo jurídico moderno sea innegable¹³⁷.

En todo caso y, a pesar de semejantes halagos y reconocimientos, tanto el método como el resultado que arrojó la obra de Windscheid fueron objeto de crítica por un autor de la talla de Ihering, coetáneo suyo, así como por uno de los más acerbados crítico del movimiento de Pandectas, O. von Gierke (1841-1921)¹³⁸, una generación posterior.

Más controvertida resulta la figura de R. von Ihering¹³⁹, toda vez que, de ser un discípulo disciplinado del maestro Savigny, al que reverenciaba inicialmente, se convirtió en uno de sus más férreos adversarios. En efecto, en su trayectoria se observan claramente dos etapas netamente diferenciadas¹⁴⁰: la primera, representante de la dogmática pura y acérrimo partidario de la jurisprudencia de conceptos – *Begriffsjurisprudenz*–; y una segunda en la que abraza el

¹³⁶ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 447.

¹³⁷ TORRENT RUIZ, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje ...*, en SDHI 81. 2015, pág. 512.

¹³⁸ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 412.

¹³⁹ En torno a la figura de Ihering en general, LANDSBERG, E. *Op. Cit.* III/2. 1957, págs. 788 y ss.; WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, págs. 396-399.

¹⁴⁰ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 288; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, págs. 238-239.

naturalismo jurídico y trae a colación el fin como la fuente de creación del Derecho, en una clara expresión de la doctrina teleológica del Derecho, lo que le llevará no sólo a poner en evidencia el ideario de la Escuela histórica y resaltar sus errores más significativos, sino que, además, se erigirá en uno de sus más acervos críticos¹⁴¹: a tal fin, la acusó de haber distorsionado el Derecho romano por crear una versión inexistente de él mediante la mezcla y armonización del Derecho justiniano con los conocimientos históricos habidos en etapas anteriores; la tachó de ser excesivamente formalista y abstracta, por su frío juego matemático de conceptos¹⁴², lo que la separará a gran distancia de los problemas de la vida cotidiana; así como también le achacó una marcada tendencia al inmovilismo legislativo¹⁴³, fruto de la reverencia profesada por la Escuela al denominado espíritu del pueblo –*Volkgeist*– como factor en último extremo desencadenante de la generación y evolución espontánea del Derecho, postulado que Ihering llegará a cuestionar y rechazar¹⁴⁴.

¹⁴¹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 183, 184; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 199.

¹⁴² CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 201; MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano*. 2007, pág. 88; MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 335.

¹⁴³ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 317.

¹⁴⁴ STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 170.

Entre las obras del genio alemán, destaca la más emblemática de todas, *“El espíritu del Derecho romano en las diversas fases de su desarrollo”* (1852-1865), con un mayor interés para el historiador que para el dogmático. En 1857 crea una revista científica que pretende realzar el Derecho romano como si de un organismo vivo se tratara. Para ello, parte de la idea según la cual el Derecho romano no está basado en principios morales, sino más bien en necesidades de orden económico, lo que permitirá su utilización en la búsqueda de soluciones a los problemas actuales, tal como él mismo señalaba *“a través del Derecho romano, más allá del Derecho romano”*¹⁴⁵, lo que se va a reflejar en aportes doctrinales tan valiosos¹⁴⁶ como la figura de la culpa *in contrahendo*, o en sede de los derechos reflejos, la posesión, la persona jurídica, o la representación.

El genio mostrado por Ihering y su fuerza creativa, aunado al mérito de basar el Derecho en su función social más que en la doctrina, serían tan influyentes que algunos de los germanistas más enfervorecidos –entre ellos, Von Gerber¹⁴⁷–

¹⁴⁵ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 2000, págs. 450 y ss.; STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 170.

¹⁴⁶ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, págs. 170- 172; NICHOLAS, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 154, nota 27; WESENER, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 288.

¹⁴⁷ LOSANO, M.G. *Studien über Jhering und Gerber.* Ebelsbach, 1984.

llegaron a estudiar el Derecho germánico y lo analizaron a través de los postulados del Derecho romano.

Por lo demás, la visión teleológica del Derecho preconizada por Ihering¹⁴⁸ dejará una impronta más que innegable en el futuro¹⁴⁹, tanto en la Escuela Libre del Derecho, cuanto en la denominada Jurisprudencia de intereses – *Interessenjurisprudenz*-, resultado esta última del proceso de degeneración –*entartung*- atravesado por el positivismo y el naturalismo jurídicos¹⁵⁰, y desenlace final de la jurisprudencia de conceptos que, tras la revisión realizada por Ihering y Gierke¹⁵¹, verá consumado un proceso de desvirtuación que le transformará en una jurisprudencia contrapuesta a lo que ella representaba.

IV.3. SU OBRA Y METODOLOGIA

¹⁴⁸. WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 288.

¹⁴⁹ AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 239; WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 330, 331; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, pág. 190.

¹⁵⁰ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 558 y ss.

¹⁵¹ JANSSEN, A. *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*. Göttingen, 1974; MERTENS, H.G. *Otto von Gierke*. JuS 1971, págs. 508 y ss.; THIEME, H. *Was bedeutet unds Otto von Gierke?* FG v. Lübtow. 1980, págs. 407 y ss.

A través de Savigny y la Escuela histórica del Derecho se pretendió revitalizar el estudio del Derecho romano con el objetivo final de construir a partir de las fuentes romanas, principalmente justinianeas, una gran dogmática del Derecho privado con vigencia práctica¹⁵². Y eso a pesar de la reticencia inicial mostrada por los representantes de la Escuela histórica hacia las construcciones abstractas y el pensamiento especulativo, más propios del iusnaturalismo racionalista, como lo demuestra el hecho de que aquella iniciara sus investigaciones desde una dirección histórica¹⁵³, donde el factor anticuario-filológico ocupó un lugar preeminente.

Así pues, los pandectistas alemanes, aun reconociendo en su seno divergencias de consideración, se van a convertir en los últimos juristas que acudirán al *Corpus Iuris Civilis* para resolver los problemas jurídicos de su tiempo mediante la confección de una ciencia jurídica actualizada, colocando el Derecho romano en el centro del estudio y de la investigación jurídica¹⁵⁴, todo ello aderezado con una agudeza e ingenio dignos de encomio que convertirían la compilación justinianeas en un cuerpo legislativo sistemático, analítico y complejo.

¹⁵² BELLOMO, M. *L'Europa del diritto comune*. Roma. 1996, pág. 29; PARICIO, J. *Op. Cit.* 2010, págs. 39 y 40; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 113.

¹⁵³ IGLESIAS, J. *Op. Cit.* 2007, pág. 51.

¹⁵⁴ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 309.

En efecto, a partir del giro experimentado por el Escuela histórica orientado hacia una visión práctica del Derecho, en detrimento de su perspectiva histórica, se comienza a pergeñar la denominada jurisprudencia de conceptos que se centrará en la obtención de nociones generales y abstractas tomando como punto de partida los textos justinianeos del Digesto, fundamentalmente, a los fines de elaborar un sistema de conceptos jurídicos válidos universalmente como base de la ciencia jurídica en construcción¹⁵⁵. Como vemos, se está produciendo ya un punto de convergencia entre esta derivación de la Escuela histórica y la Escuela del Derecho natural, puesto que ambas aspiran a la consecución de un Derecho de la razón¹⁵⁶, mediante una reelaboración del Derecho romano basada en la abstracción¹⁵⁷.

Así pues, el *Corpus Iuris Civilis* es tenido como un conjunto monolítico, un bloque homogéneo y no un libro que refleja las distintas fases de desarrollo jurídico del Derecho romano¹⁵⁸, que precisará de una armonía completa en todos sus

¹⁵⁵ RASCON GARCIA, C. *Op. Cit.* 1996, pág. 331.

¹⁵⁶ BERNAD MAINAR, R. *Manual de historia del derecho.* 2013, pág. 192.

¹⁵⁷ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 20; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 240.

¹⁵⁸ MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano.* 2007, pág. 88.

elementos –*Pandektenharmonistik*-, en aras de la consecución de un sistema coherente que suministre albergara seguridad jurídica, todo ello al margen de la fase de evolución y de las distintas vertientes de pensamiento que el Derecho romano pudiera acoger¹⁵⁹.

Precisamente, la Pandectística recondujo el Derecho romano a una estructura dogmática sistematizada, orgánica, al construir unos conceptos propios con un lenguaje preciso y refinado¹⁶⁰, sobre la base de los textos justinianeos, pero ajenos en puridad al Derecho justiniano, aunque no incompatibles con él, pues fueron intuitos por su través, tal como sucedió, por ejemplo, con la teoría del negocio jurídico¹⁶¹, de la persona jurídica, o de la sucesión de los derechos, entre otras materias.

Dicha reinterpretación del Derecho romano había de amoldarse, además, de manera ineludible, al contexto en el que se desenvolvía, es decir, una Alemania en pleno proceso de desarrollo industrial tintada de un sentimiento capitalista¹⁶²,

¹⁵⁹ MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 335.

¹⁶⁰ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 170.

¹⁶¹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 186-189.

¹⁶² Aún así, Max Weber sostiene que, por más que sea innegable el carácter liberal del Derecho privado romano, ello no significa que los valores propios del pensamiento capitalista provengan de él. Al respecto, STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 169.

burgués, liberal¹⁶³ e individualista imperante; esta circunstancia obligaba a que las soluciones adoptadas fueran las convenientes, las preferibles, las indicadas con el tiempo que tocó vivir, sin que la minuciosidad histórica del Derecho romano tuviera que ser tan atendida. Es decir, el signo de los tiempos exigía un Derecho romano próximo a los valores materialistas de la sociedad burguesa, razón de más para entender que si el Derecho romano debía tener relevancia en la Alemania del momento, tendría que ser reinventado otra vez¹⁶⁴. Esta necesidad de actualizar el Derecho romano permite a Savigny usar términos técnicos nuevos¹⁶⁵; a Ihering afirmar que el estudio del Derecho romano debe ir más allá del Derecho romano; y a Windscheid¹⁶⁶ definir el Derecho de Pandectas como el Derecho privado común alemán de origen romano.

La labor de la Pandectística toma como precedente, en algunas ocasiones, el trabajo realizado por los glosadores y posglosadores, si bien llega más allá que sus antecesores y crea nociones novedosas que se apartan de las construcciones medievales, tal como sucede, por ejemplo, con el derecho de

¹⁶³ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 290. 291.

¹⁶⁴ STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, pág. 168.

¹⁶⁵ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 316.

¹⁶⁶ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 1; ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, pág. 657.

propiedad absoluto consagrado en el BGB alemán¹⁶⁷, superando con ello la teoría medieval de los glosadores y posglosadores sobre la propiedad dividida en dominio directo y dominio útil¹⁶⁸, tesis que sería asumida en el Código de procedimiento civil prusiano (1781) y en el Código civil austriaco (1811).

En cuanto a la metodología utilizada por los pandectistas, se parte de una concepción iuspositivista emanada del positivismo jurídico¹⁶⁹, según la cual todo ordenamiento jurídico es un sistema completo y cerrado de normas, instituciones, conceptos, principios, de tal manera que las posibles lagunas legales pueden superarse dentro del propio sistema a través de un procedimiento lógico-deductivo y formal¹⁷⁰ que conducirá a la única solución posible y adecuada para el caso del que se trate¹⁷¹ –*produktive Konstruktion*.

El sistema construido conecta con la sociedad en la que se desenvuelve, pero ésta apenas influye en él, dado que él se retroalimenta internamente desde la lógica, a partir de los

¹⁶⁷ STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 166, 167.

¹⁶⁸ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 82-84.

¹⁶⁹ BERNAD MAINAR, R. *Op. Cit.* 2013, págs. 196-197.

¹⁷⁰ DOMINGO, R. *Elementos de Derecho Romano*. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra. 2010, pág. 43.

¹⁷¹ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 199.

conceptos elaborados dogmáticamente, como último valedor de la consecución de la justicia del caso concreto¹⁷². Esta es la razón por la que el desenmascaramiento de las interpolaciones de los textos justinianeos no interesa sobremanera al movimiento, lo que llevará a los pandectistas a salvar las citas contradictorias mediante el tejido de teorías muy sutiles, rayanas con la acrobacia intelectual (*Pandektenharmonistik*) ¹⁷³, merced a un gran ingenio especulativo que, a veces, adolece de un riguroso sustento histórico.

A tal efecto se acude al método inductivo¹⁷⁴, que toma como base la normatividad de las fuentes justinianeas por estar integradas y conformar la cultura jurídico alemana¹⁷⁵, es decir, en la confección del sistema jurídico en ciernes se arranca de lo

¹⁷² Precisamente, a través de la teoría de la subsunción, esto es, considerar algo como parte de un conjunto más amplio o como caso particular sometido a un principio o norma general. Más concretamente, mediante la subsunción del caso en el Derecho, dentro de un razonamiento silogístico en el que la premisa mayor está conformada por un principio del Derecho o de la ley, en tanto que la premisa menor se constituye por el supuesto de hecho que se ha de resolver. En este sentido, SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 174.

¹⁷³ MARGADANT, G. F. *El Derecho privado Romano*. 2007, pág. 89; *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 160.

¹⁷⁴ FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 113.

¹⁷⁵ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, págs. 2 y ss.

particular a lo general, se estudian y escudriñan en profundidad los diversos casos contemplados en el Digesto y, a partir de ellos, se busca la elaboración de teorías basadas en conceptos jurídicos generales, sobre el pilar de una lógica aplastante y una creatividad asombrosa, al margen la mayoría de las veces del verdadero fundamento histórico de la solución adoptada. Así pues, la labor de la Pandectística consiste en extraer nociones generales y abstractas a partir de los textos del Digesto¹⁷⁶.

Con ello se recupera el fundamento del Derecho en la tradición jurídica, premisa aceptada por la cultura jurídica alemana, eso sí, ahora reinterpretada por los juristas cultos, que alcanzan una posición de preeminencia como prestigiosos constructores de la nueva normatividad¹⁷⁷, en clara sintonía con el positivismo jurídico reinante en la época, ante el que la Escuela, lejos de resistirse, se suma con decisión.

IV.4. IMPORTANCIA E INFLUENCIA EN EL DERECHO ACTUAL. VALORACION Y CRITICA

Aun cuando inicialmente la Escuela histórica del Derecho no comulgó con la elaboración de una dogmática de carácter abstracto, objetivo mucho más acorde con el pensamiento

¹⁷⁶ RASCON GARCIA, C. *Op. Cit.* 1996, pág. 331.

¹⁷⁷ FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 116.

especulativo del Derecho natural racionalista, lo cierto es que los pandectistas alemanes del siglo XIX, claros exponentes de una clase culta emergente de juristas, terminaron por elaborar una construcción doctrinaria jurídica que se erigió en la base fundamental del flamante Código civil alemán (BGB) de 1900, lo que supondría, por un lado, el fin de la vigencia directa del Derecho romano en Alemania, cuando menos en una primera impresión¹⁷⁸; y, por otro, la cristalización del organismo vivo que conformaba el Derecho y creaba un sistema jurídico cerrado, capaz por sí mismo de salvar las posibles lagunas

¹⁷⁸ En cuanto a si el nuevo Código y, por ende, el movimiento de la pandectística supuso una pérdida del Derecho romano en la práctica jurídica alemana, hasta el punto de infligirle una herida mortal, continuando el impulso del *usus modernus pandectarum* en aras de una ciencia jurídica limpia del Derecho romano (*Reinigung des römischen Rechts*), entramos en una polémica más que interesante, que no se ha de tratar radicalmente, porque lo cierto es que, lejos de lograr desterrarlo, la Pandectística lograría, más bien, un efecto contrario: en verdad, a través del Derecho romano se conseguirá formular el Derecho alemán del siglo XIX, superando su visión tradicional, ahora actualizado y capaz de adaptarse a las circunstancias del momento, erigiéndose en factor de unidad de la cultura jurídica europea y de continuidad entre pasado y presente, tal como sostiene Savigny en su gran e influyente obra *System des heutigen römischen Rechts*. Al respecto, ver opiniones dispares en MARGADANT, G.F. *La segunda vida del Derecho romano*. 1986, pág. 338; PARICIO, J. *Op. Cit.* 2010, pág. 40; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 45 y ss., 309; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 144, 152-154

jurídicas¹⁷⁹. Para ello, se llegó a concebir el *Corpus Iuris Civilis* un cuerpo legislativo altamente sistemático, detalladamente analizado y extraordinariamente complicado¹⁸⁰.

La Pandectística alemana representa el punto de enlace entre la corriente iusnaturalista e historicista de la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, que se reflejará en la codificación civil resultante (BGB)¹⁸¹, con lo cual desaparece así el rechazo de la Escuela Histórica a la legislación¹⁸² y el Derecho romano se hace presente, merced a una ingeniosa reinterpretación, tal como lo demuestra, por ejemplo, la gran influencia ejercida por Windscheid y su obra (*Lehrbuch des Pandektenrecht*) en la versión final del Código; a su vez lograr preservar fidelidad al Derecho germánico, gracias a la influencia del ala germánica de la Escuela, que pretendía construir un Derecho privado alemán supraterritorial¹⁸³ sobre la base de los elementos comunes extraíbles de los diversos Derechos particulares.

¹⁷⁹ RASCON GARCIA, C. *Op. Cit.* 1996, pág. 331.

¹⁸⁰ NICHOLAS, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 81.

¹⁸¹ En torno a las vicisitudes del nacimiento del BGB, WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, págs. 318-320.

¹⁸² Sobre la disputa entre la corriente romanista y germanista de la Escuela histórica con relación a la codificación, TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 315.

¹⁸³ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, págs. 39 y 40; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 115 y 116.

Tanto la primera como la segunda versión del Proyecto del BGB responden abiertamente al Derecho de Pandectas, en sintonía con el positivismo científico propio del siglo XIX¹⁸⁴, lo que a la postre le granjeará un sinnúmero de críticas: un lenguaje arduo y poco accesible, inelegante en aras de la precisión, que lo hacía casi incomprensible en su rigidez de estilo¹⁸⁵; el exceso de remisiones generaba desconcierto; su intenso doctrinarismo alejado de la realidad circundante¹⁸⁶; el individualismo desmedido en detrimento de una visión más social¹⁸⁷; la desmesurada atención a las soluciones romanas en desmedro del Derecho alemán vigente¹⁸⁸; así como también la visión excesivamente romanística, sesgada, en menoscabo de la rama germanística de la Escuela histórica del Derecho.

¹⁸⁴ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 317, 318.

¹⁸⁵ Era tal el culto a la precisión a costa de la belleza de la lengua que se llegó a decir del Proyecto en ciernes que sólo los juristas podían llegar a entenderlo, en WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 321.

¹⁸⁶ WIEACKER. *Op. Cit.* 2000, págs. 416-437.

¹⁸⁷ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, págs. 189, 190.

¹⁸⁸ Destacan sobre el particular las críticas efectuadas por O. Von GIERKE en su obra *El proyecto de Código civil y el Derecho alemán*. Al respecto, AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 241; WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 321.

Incluso en la segunda versión, en un intento de revisión de la primera, se detecta todavía una clara influencia del Derecho de Pandectas, al mantener un lenguaje dogmático y abstracto, y abusar de reiteradas remisiones¹⁸⁹. Las críticas vertidas a las dos versiones anteriores propiciarían un aparente giro en la versión final del BGB, que en verdad no lo fue tanto, puesto que no logrará desligarse de los métodos y contenidos de la Pandectística¹⁹⁰, opinión que podemos confirmar al analizar aspectos como su estructura, lenguaje, contenido y espíritu, tal como vamos a comprobar.

En efecto, en cuanto a su estructura, el orden de las materias seguido en el BGB a lo largo de los 2385 párrafos, agrupados en Secciones, responde a esquemas anteriores presentados por Pufendorf y Domat, al modo y manera de un sistema geométrico que parte desde lo general a lo particular, razón por la cual arranca con una Parte General (*Allgemeiner Teil*) donde se incluyen las normas comunes a toda transacción jurídica y se aborda el Derecho de la persona, especialmente lo relativo a la capacidad jurídica, así como la teoría del negocio

¹⁸⁹ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 318; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 206.

¹⁹⁰ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II.* 1989, pág. 297; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 318.

jurídico (*Rechtsgeschäft*)¹⁹¹. Esta Parte General y, más concretamente lo atinente al negocio jurídico, se erige en el verdadero testamento del movimiento de Pandectas y cuna de la doctrina dominante del Derecho civil durante gran parte del siglo XX¹⁹², en una clara expresión del Derecho privado del individuo libre en abstracto sobre la base de una libertad contractual absoluta y un derecho de propiedad prácticamente pleno y absoluto¹⁹³.

A continuación y, por este orden, se suceden cuatro libros referentes a las obligaciones, los bienes, la familia y las sucesiones, siguiendo la secuencia de las materias en el modelo pandectístico, desarrollado por Puchta y aceptado por Savigny¹⁹⁴. Es cierto que, aun cuando el esquema observado en el BGB no se adecuaba exactamente al orden tradicional de las *Institutiones* de Gayo, muchas de sus instituciones jurídicas, así como el contenido de sus normas, son de influencia claramente romana.

¹⁹¹ STEIN, P. G. *Op. Cit.* 2001, págs. 171, 172; CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 207; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, págs. 187-189.

¹⁹² *Con relación a la recepción de la teoría del negocio jurídico*, RANIERI, F. *Op. Cit.*, RDP n° 28. Enero-junio 2015, págs. 25 y ss.

¹⁹³ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.*, págs. 290, 321; SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*, pág. 191.

¹⁹⁴ CANNATA, C. A. *Op. Cit.* 1996, págs. 206, 207; AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *Op. Cit.* 2005, pág. 242.

Por lo que se refiere al lenguaje, el BGB se caracteriza por su pureza, claridad y exactitud¹⁹⁵, a través del juego de la abstracción y de la renuncia al casuismo exacerbado, sólo enturbiado por una tendencia germanizante a la hora de emplear algunas nociones típicamente romanas. Existe tal obsesión por la precisión y exactitud de su lenguaje que, en un claro reflejo del positivismo científico imperante en la época, se pretende regularlo todo con el fin de evitar lagunas jurídicas acudiendo a respuestas generales y abstractas con una vocación de instaurar leyes definitivas y completas¹⁹⁶, incluso mediante el recurso a fórmulas metajurídicas, con tintes éticos, como sucede, por ejemplo, con la cláusula de la buena fe¹⁹⁷.

De ahí que se trate de un lenguaje ininteligible para los no estudiosos y conocedores del Derecho, escasamente popular¹⁹⁸, lo que lo convierte en un Código carente de elegancia en cuanto a su estilo, excesivamente técnico¹⁹⁹, pues llega a utilizar un párrafo entero, desmedido en su extensión, para definir una

¹⁹⁵ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 190.

¹⁹⁶ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 191-193.

¹⁹⁷ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 193-195.

¹⁹⁸ SACCO, R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Economica. Paris. 1991, pág. 152.

¹⁹⁹ Sobre el lenguaje del BGB, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit.* 2002, pág. 157.

sola institución, lo que manifiesta una decidida voluntad en aras de la construcción de conceptos. Los redactores del BGB, a diferencia del Código civil francés, buscaron más la claridad del conjunto que la claridad de cada una de sus partes²⁰⁰.

En torno a su contenido, es muy casuístico y abstracto, con normas generales y una obsesión totalizadora de regularlo todo para evitar omisiones y posibles lagunas. Abusa del recurso a cláusulas generales –buena fe, buenas costumbres, lesión, abuso de derecho-, lo que deja en manos del juez su concreción²⁰¹. No regula materias especiales –minas, ferrocarriles-, ni de Derecho público, a no ser que se relacionen colateralmente con las de Derecho privado –impuestos-; excluye las normas de ámbito mercantil y laboral; y, por fin, elude cualquier referencia a la costumbre y al papel del Derecho consuetudinario²⁰², en un claro pase de factura cobrado a

²⁰⁰ VALENCIA ZEA, A.; ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil. Parte General y Personas*. Tomo I. Temis. Bogotá. 1997, págs. 78 y 79.

²⁰¹ Vemos en este aspecto una más que aparente contradicción en el BGB: mientras que es obsesivo el casuismo en su pretensión de evitar las lagunas del derecho y, con ello, eludir la intervención del juez, sin embargo, con el recurso frecuente a las cláusulas generales se cae en aquello que se quería evitar: la intervención flexible del juez. Sobre el contenido del BGB, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit.*, págs. 158 y 159.

²⁰² OERTMANN, P. *Introducción al Derecho civil*. Labor. Barcelona. 1933, pág. 33

Savigny, a nuestro juicio, ante su negativa inicial a la codificación alemana.

En cuanto a su espíritu, el BGB se presenta como un Código conservador y escasamente innovador, con un claro predominio de la influencia del Derecho romano respecto de la doctrina germánica; con un espíritu marcadamente capitalista, liberal e individualista²⁰³, notas que se evidencian claramente en la defensa a ultranza que realiza del comercio jurídico, al que trata de proteger a través de la simplificación y eliminación de trabas; además, constituye un libro para el profesional y no un catecismo para sus destinatarios²⁰⁴, no es una obra literaria, sino en palabras de Schwarz o Svarez *“la máquina por excelencia del cálculo jurídico”*²⁰⁵.

Precisamente por ello, el prestigio alcanzado por el movimiento pandectista propiciará que su fruto máspreciado, el BGB, alcanzara una autoridad incuestionable, lo que le aupará a erigirse en un vehículo privilegiado en la expansión de

²⁰³ Tanto es así que los socialistas de la época tacharon al BGB como un Código hecho por burgueses para burgueses. Al respecto, WESENBERG, G; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 321; también, ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit.* 2002, págs. 161 y ss.

²⁰⁴ WESENBERG, G; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 321.

²⁰⁵ ZWEIGERT, K.; KÖTZ, H. *Op. Cit.* 2002, pág. 157.

la cultura jurídica europea²⁰⁶, muy estrechamente vinculada a la tradición romanística. Aun cuando el referente legislativo del siglo XIX en Europa siguió siendo el *Code Napoleon*, por todo lo que significó en su momento, lo cierto es que, en lo que respecta a la ciencia jurídica, la Pandectística, ocupó un sitio de privilegio, hasta el punto que las Universidades alemanas de leyes llegaron a convertirse en punto de referencia y centro de peregrinación por parte de los estudiantes europeos de la época.

El impacto causado por el BGB traerá como consecuencia que la doctrina pandectista, uno de sus principales valedores, alcanzara la hegemonía dentro de la cultura jurídica europea y asentara las bases de estudio en las Facultades de Derecho de la vieja Europa²⁰⁷, lo que implicará y traerá consigo una refundación de la doctrina civilística europea²⁰⁸. Además, la elaboración del Código civil alemán evitará la consumación del proceso de degeneración y desviación en el que había entrado la Pandectística²⁰⁹.

²⁰⁶ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, pág. 20; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, pág. 118.

²⁰⁷ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 318.

²⁰⁸ FERRAJOLI, L. *Scienze giuridiche*, en STAJANO, C. (Coord.) *La cultura giuridica del Novecento*. Roma-Bari. 1996, págs. 559 y ss.

²⁰⁹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, págs. 175-177.

Sin embargo, a la suma de bondades y virtudes atribuidas al movimiento de Pandectas, también ha de traerse a colación una serie de críticas²¹⁰ a las que el movimiento tuvo que hacer frente.

En efecto, no olvidemos las que en su día efectuara aceradamente Ihering, uno de sus críticos más severo: distorsión del Derecho romano; excesivo formalismo y abstracción²¹¹ merced al culto por la dogmática en aras de la consecución de un *“cielo de los conceptos”*²¹², tan lejano de la tierra, en el que el jurista se presenta como un matemático *“que calcula sus conceptos con datos cuantitativos”*²¹³; e, incluso, una tendencia al inmovilismo legislativo²¹⁴, que servirá de instrumento para mantener situaciones de injusticia social²¹⁵.

²¹⁰ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2015, pág. 490; WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, pág. 445.

²¹¹ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 393 y 394; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2015, pág. 494.

²¹² Expresión literal irónicamente empleada por la agudeza de Ihering para burlarse de la Pandectística, en MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano.* 1986, pág. 337.

²¹³ MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano.* 1986, pág. 337.

²¹⁴ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, pág. 180; TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 317.

²¹⁵ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 353, 354.

Así es, la Pandectística tendrá que soportar la imputación de haberse desviado de los cánones más severos del estricto estudio histórico²¹⁶, al presentar un Derecho romano inexistente en época alguna, sustentado en pilares muy dispares cronológicamente, convertidos por el influjo de una sistemática obsesiva en contemporáneos, tal como se observa en las partes generales de sus obras²¹⁷, que incluían conceptos básicos del Derecho privado mucho más desarrollados que los ni siquiera imaginados por sus antecesores doctrinarios, iusnaturalistas y herederos del Escuela histórica, en una visión armónica excesivamente forzada en torno a la obra justiniana²¹⁸, que pretende conciliar y reducir el binomio irreconciliable e irreductible histórico y dogmático, en palabras de Kochaker²¹⁹, mediante el recurso a las tácticas empleadas en su día por glosadores y posglosadores, creando con ello una sola doctrina, la del *Corpus Iuris Civilis*²²⁰.

Todo ello sin olvidar el reproche efectuado al movimiento de Pandectas por la visión que mantiene del ordenamiento

²¹⁶ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 182.

²¹⁷ CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Op. Cit. II*. 1989, pág. 285.

²¹⁸ CANNATA, C.A. *Op. Cit.* 1996, pág. 199.

²¹⁹ SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II*. 2003, pág. 182.

²²⁰ ESPITIA GARZON, F. *Op. Cit.* 2009, pág. 658.

jurídico como un sistema cerrado y completo²²¹, capaz de autointegrar sus posibles lagunas, en cuya misión la jurisprudencia, apoyada en una sólida doctrina, ha debido emprender la tarea de modelar el derecho codificado, adaptarlo a los valores y exigencias de la vida práctica corriente, a los fines de alcanzar la justicia sustancial²²².

A su vez, habría que sumar a la crítica²²³ que, no obstante haber elaborado una construcción grandiosa desde el punto de vista teórico, adolece de una excesiva servidumbre al pasado, con la paradoja de no ser rigurosamente fidedigna con él, al estar muy determinada por la situación jurídica de la Alemania del momento, razón que la tacharía de anacrónica, carente de actualidad y modernidad, lo que la tipificaría como un entramado jurídico más bien defectuoso.

En todo caso hemos de subrayar que, sin obviar por ello las críticas señaladas con anterioridad y el reconocimiento de un cierto punto de agotamiento del camino recorrido por la dogmática privatística pandectista del siglo XIX²²⁴ no ajeno a la

²²¹ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 315.

²²² SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, pág. 192.

²²³ GIARO, T. *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, en *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*. Roma. 2005, pág. 87.

²²⁴ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 458 y ss.

propia crisis actual del movimiento codificador²²⁵, es de justicia no escatimar ni negar a la Pandectística su contribución a la construcción de un sistema jurídico destinado a convertirse en Derecho positivo, derivado de la reinterpretación de las fuentes justinianeas y adaptado tanto a los problemas de la Alemania del momento como a la mentalidad general reinante.

A lo que debemos añadir también su gran aporte a la dogmática moderna, hasta el punto, en nuestra opinión, de conceder al Derecho romano aires de actualidad y perpetuidad, para convertirlo en un sistema atemporal, una suerte de razón escrita, de sabiduría formulada para todo tiempo y lugar²²⁶. De ahí que se haya erigido en un hito fundamental en la historia de la ciencia jurídica europea²²⁷ y, por supuesto, constituya un punto de partida ineludible en la conformación de soluciones comunes orientadas a la unificación legislativa europea²²⁸.

Por todo lo expuesto con antelación, no es de extrañar que el influjo posterior ejercido por el BGB llevara consigo una

²²⁵ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, pág. 320.

²²⁶ WINDSCHEID, B. *Op. Cit.* 1987, págs. 18 y ss.; MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano.* 1986, pág. 336.

²²⁷ WIEACKER, F. *Op. Cit.* 1967, págs. 458 y ss.

²²⁸ TORRENT RUIZ, A. *Op. Cit.* 2007, págs. 60 y ss.

irradiación del pensamiento de Pandectas²²⁹, un fenómeno que bien pudiera considerarse de “*pandectización*” del Derecho de nuestros días²³⁰, dado que el prestigio del movimiento otorgó al BGB una autoridad moral de tal magnitud, que lo convertirá en el cauce adecuado y sin igual en la expansión de la cultura jurídica europea, una cultura que, tal como hemos podido constatar, se halla estrechamente vinculada a la tradición jurídica romanística²³¹.

V. CONCLUSIONES

1. La recepción del Derecho romano en Alemania no es uniforme y se produce de manera progresiva, merced a la labor de un nuevo prototipo de jurista, más culto e instruido racionalmente en las universidades italianas, claramente influenciados por el Derecho romano (*Usus modernus*

²²⁹ El Código alemán generó cierta conmoción en su momento por la perfección técnica alcanzada y la nueva estructura presentada, lo que le valió encomiásticas opiniones. De ahí su extraordinaria influencia en otros Códigos y legislaciones, tales como por ejemplo en Polonia, Hungría, Rusia, Grecia, Japón, Brasil, o México. En este sentido, ZWEIGERT, K.; KOTZ, H. *Op. Cit.* 2002., pág. 157.

²³⁰ WESENBERG, G.; WESENER, G. *Op. Cit.* 1998, pág. 256; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Op. Cit.* 1992, págs. 117 y 118.

²³¹ En torno a la propagación del método pandectístico y su conformación como la última gran escuela jurídica en el seno de los países del *civil law*, SOLIDORO MARUOTTI, L. *Op. Cit. II.* 2003, págs. 178-180.

Pandectarum). El *usus modernus* representó el tránsito a una ciencia jurídica particular, contó con una vocación positivista, contactó con la realidad y cumplió la misión de atender un momento histórico concreto en la recepción del Derecho romano y en la paulatina formación del Derecho alemán.

2. Para el momento, con un territorio alemán claramente fragmentado, la pretensión unitaria de codificación propuesta por Thibaut constituía una utopía, más aún cuando el propio Savigny, ungido de una aureola incuestionable, había sabido crear una escuela sólida, prestigiosa y con un gran arraigo cultural. No había llegado todavía el tiempo de codificar en Alemania, merced a la ferviente oposición de Savigny, si bien la inercia y las circunstancias políticas iban a desembocar en un Código irreversible, imparable, que finalmente fructificará a finales del siglo XIX.

3. La Escuela histórica alemana se divide en dos grupos diferenciados: por un lado, el ala romanista, liderada por Savigny; y por otro, la de los germanistas, cuyos seguidores consideraban que el Derecho romano era un Derecho extranjero que había desvirtuado y menoscabado el desarrollo del propio Derecho germánico. El ala romanista presenta, por su lado, dos visiones que expresan la doble perspectiva que Savigny concibe del Derecho romano basada en el binomio historia-dogma: una visión netamente histórica; y otra más dogmática, la

Pandectística o Escuela histórica moderna, orientada a la aplicación práctica de sus normas.

4. La vertiente dogmática de la Escuela histórica del Derecho (Pandectística o jurisprudencia de conceptos) encomienda al jurista la elaboración dogmática de un sistema de Derecho privado integrado por construcciones jurídicas abstractas adaptadas a su tiempo sobre la base de las fuentes romanas justinianas, lo que propiciará un punto de encuentro entre romanistas y germanistas al entender que la enseñanza del Derecho debe ir dirigida al estudio del Derecho positivo nacional impregnado de elementos romanos.

5. La Pandectística reconducirá el Derecho romano a una estructura dogmática a través del método inductivo, al construir con la supuesta argamasa de las fuentes justinianas unos conceptos propios, ajenos en puridad al Derecho de Justiniano, si bien no incompatibles con él. Merced a esta labor, la codificación alemana integrará el Derecho romano y el Derecho germánico, de tal manera que su fruto máspreciado, el BGB, alcanzó una autoridad incuestionable y se convirtió en el canal privilegiado de irradiación de la cultura jurídica europea, con una contribución a la dogmática moderna de carácter apodíctico, tal como se corrobora, entre otros aportes, con la teoría del negocio jurídico, eximia obra de ingeniería jurídica y, sin lugar a dudas, una de las señas de identidad por

autonomasia del Derecho privado de nuestros días en la familia del *civil law*.

6. La Pandectística alemana representó la vanguardia de la ciencia jurídica alemana y cuenta entre sus logros que, agotada tras la promulgación de los primeros Códigos iusnaturalistas la función tradicional del Derecho romano, este volviera al centro del estudio y la investigación para consumarse así a lo largo de la historia el tercer reencuentro con el Derecho romano²³², después del acaecido con su difusión y aplicación en el mundo antiguo y, más tarde, con el operado a partir del siglo XI durante la Baja Edad Media merced a la labor efectuada por los glosadores y posglosadores en las Universidades italianas.

REVISION BIBLIOGRAFICA

ALBERTARIO, E. *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano*. Parte prima. Giuffrè. Milano, 1935.

ARNDTS, L. *Trattato delle pandette*, Boloña, 1872-1875, I-III.

AA.VV. (Coord. PANERO GUTIERREZ, R.). *El Derecho romano en la universidad del siglo XXI*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2005.

BELLOMO, M. *L'Europa del diritto comune*. Roma, 1996.

BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho Privado Romano*. Tercera edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas, 2013.

²³² TORRENT RUIZ, A. *La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje ...*, en SDHI 81. 2015, pág. 478.

- Manual de historia del derecho*. Segunda edición, primera reimpresión. Publicaciones UCAB. Caracas, 2013.
- BERNAL, B.; LEDEZMA, J. *Historia del derecho romano y de los derechos neorromanistas*. Tercera edición. Porrúa, México, 1986.
- BOBBIO, N. *Il positivismo giuridico*. Torino, 1968.
- BRETONE, M. *Tradizione e unificazione giuridica in Savigny*. Le nuove frontiere del diritto, 1. 1979, págs. 85 y ss.
- La storia del diritto romano e la romanistica come storia*, en *Diritto e tempo nella tradizione europea*. Roma-Bari, 2004.
- BROCHER, C. *KS Zachariae, sa vie et ses oeuvres*, 1870.
- CALASSO, F. *Introduzione al diritto comune*. Giannotta. Catania, 1951.
- Medio Evo del diritto I. Le fonti*. Milano, 1954.
- CANNATA, C. A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea I*. Torino, 1976.
- Historia de la ciencia jurídica europea*. Tecnos. Madrid, 1996.
- CANNATA, C.A.; GAMBARO, A. *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea II*. Cuarta edición. Torino, 1989.
- CAPELLINI, P. *Systema iuris I y II*. Giuffrè. Milano, 1984, 1985.
- CAVANNA, A. *Storia del diritto moderno in Europa*. Giuffrè. Milano, 1982.
- COING, H. *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt a. M.* Segunda edición, 1962.
- Derecho privado europeo 1* (trad. Pérez Martín, A.). Fundación Cultural del Notariado. Madrid, 1996.
- Europäisches Privatrecht*, II, 19. Jahrhundert, München, 1989.
- DAZA MARTINEZ, J.; SAIZ LOPEZ, V. *Iniciación al estudio histórico del derecho romano*. Tirant lo Blanch. Valencia, 1995.
- DOMINGO, R. *Elementos de Derecho Romano*. Thomson Reuters. Aranzadi. Navarra, 2010.
- D'ORS, A. *Ius europeum*, L'Europa e il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker, I. Milano, 1950.
- EBEL, W. *Gustav Hugo Professor in Göttingen*. Göttingen, 1964.
- EIRANOVA ENCINAS, E. *Código Civil alemán comentado*. BGB. Marcial Pons. Madrid, 1998.
- ESPITIA GARZON, F. *La enseñanza del Derecho romano a través del Digesto. De Juliano a Justiniano, estructura y sistema*. Ponencia presentada en el XVI Congreso Latinoamericano de Derecho romano. Buenos Aires, 2004.

Historia del Derecho Romano. Tercera edición. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2009,

FERNANDEZ BARREIRO, A. *La tradición romanística en la cultura jurídica europea*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1992.

Revitalización de la idea de un derecho común europeo, Revista de Estudios histórico-jurídicos. Valparaíso. 1989-1990, págs. 171 y ss.

La dimensión político-cultural del humanismo jurídico. SCDR n° 12. 2000, págs. 69 y ss.

FERNANDEZ DE BUJAN, A. *La recepción del Derecho romano en Europa*. El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho n° 41. 2014, págs. 4-13.

FERRAJOLI, L. *Scienze giuridice*, en STAJANO, C. (Coord.) *La cultura giuridica del Novecento*. Roma-Bari. 1996, págs. 559 y ss.

FERRINI, C. *Lezioni di diritto romano*. Bruni. Pavía, 1898-1899.

FUENTESECA, P. *La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas*, en Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986). Tomo II. Madrid. 1988, págs. 747-772.

Estudios de Derecho romano. Fundación Registral. Madrid, 2009.

GAMBARO, A.; SACCO, R. *Sistemi giuridici comparati*. Giappichelli. Torino, 1996.

GIARO, T. *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, en *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*. Roma, 2005.

GORLA, G. *Diritto comparato e diritto comune europeo*. Giuffrè. Milano, 1981.

GRAF, A. *Roma nella memoria e nelle immaginazioni del Medio Evo*. Torino, 1923.

GUARINO, A. *L'esegesi delle fonti del diritto romano I*. Jovene. Editore. Napoli, 1968.

HAFERKAMP, H.P. *Geor Friedrich Puchta und die begriffsjurisprudenz*. Frankfurt a.M., 2004.

HOFFMAN ELIZALDE, R. *Introducción al estudio del Derecho*. Universidad Iberoamericana. Derecho. México, 1998.

IGLESIAS, J. *Derecho Romano*. Ariel Derecho. Barcelona, 2007.

- IHERING, R. *El espíritu del derecho romano*. Comares. Granada, 1998.
- JANSSSEN, A. *Otto von Gierkes Methode der geschichtlichen Rechtswissenschaft*. Göttingen, 1974.
- KASER, M. *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas* (trad. Coma J. M.; Gallenkamp, G.). Comares. Granada, 1998.
- KOSCHAKER. *Europa y el Derecho romano*. Munich, 1947 (trad. española, Madrid, 1955).
- KUNKEL, W. *The reception of Roman Law in Germany: an interpretation, en Pre-reformation Germany*. G. Strauss, Londres, 1972.
- Historia del derecho romano* (trad. J. Miquel). Ariel. Barcelona, 1982.
- Römischen Rechtsgeschichte*. 12ª edición. Köln-Wien, 1990.
- LANDSBERG, E. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III/2*. Nachdruck Aalen, 1957.
- LEFEBVRE, C. *Juges et savants*. EIC (Ephemerides Iuris Canonici) nº 22. 1966, págs. 191 y ss.
- LOSANO, M.G. *Studien über Jhering und Gerber*. Ebelsbach, 1984.
- LUIG, K. *Die Anfänge der Wissenschaft vom deutschen Privatrecht*. Ius commune 1. 1967.
- HRG V col.* 1964-1971, págs. 52 y ss.
- MARGADANT, G. F. *La segunda vida del Derecho romano*. Porrúa. México, 1986.
- El Derecho privado Romano*. Vigésimosexta edición. Esfinge. México, 2007.
- MARINI, G. *Savigny e il metodo della scienza giuridica*. Giuffrè. Milano, 1966.
- L'opera di Gustav Hugo nella crisi del giusnaturalismo tedesco*. Milano, 1960.
- MAZZACANE, A. *Pandettistica*. ED XXXI. Giuffrè. Milano, 1981.
- La «razionalità logico-metodologica» della pandettistica*, en *Nuovi moti per la formazione del diritto*, Padua, 1988.
- MERTENS, H.G. *Otto von Gierke*. JuS 1971, págs. 508 y ss.
- MOLITOR, E.-SCHLOSSER, H. *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. (trad. Martínez Sarrión). Bosch. Barcelona, 1982.
- NICHOLAS, B. *Introducción al Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 1987.

OERTMANN, P. *Introducción al Derecho civil*. Labor. Barcelona, 1933.

OGRIS, W. *Jacob Grim, ein politisches Gelehrtenleben*. Manz. Wien, 1986.

ORESTANO, R. *Introduzione allo studio del diritto romano*. Bolonia, 1987.

PARICIO, J. *Historia y fuentes del Derecho Romano*. Segunda edición refundida. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1992.

El derecho romano en la encrucijada. El Faro. Madrid, 2001.

El legado jurídico de Roma. Marcial Pons. Madrid, 2010.

PARICIO, J.; FERNANDEZ BARREIRO, A. *Historia del Derecho romano y su recepción europea*. Séptima edición. El Faro. Madrid, 2005.

PEREZ PRENDES, J. M. *Curso de Historia del Derecho español*. Parte General. Darro. Madrid, 1973.

RAINER, M. *Corso di sistemi giuridici comparati*. Giappichelli. Torino, 2004.

RANIERI, F. Hacia los orígenes del derecho civil europeo. Algunas observaciones sobre las relaciones entre pandectística alemana y doctrina civilista italiana en materia de negocio jurídico. *Revista de Derecho Privado* n° 28. Enero-junio 2015, págs. 13-43.

RASCON GARCIA, C. *Manual de Derecho Romano*. Segunda edición. Tecnos. Madrid, 1996.

SACCO, R. *La comparaison juridique au service de la connaissance du droit*. Economica. Paris, 1991.

SCHIAVONE, A. *Linee di storia del pensiero giuridico romano*. Giappichelli. Torino, 1994.

SCHIPANI, S. *Derecho romano. Codificación y unificación del derecho*. Instituciones. (trad. Hinestrosa, F.). Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1983.

SCHULZ, F. *Principios del Derecho Romano*. Civitas. Madrid, 2000.

SCIALOJA, V. *Negozi giuridici. Lezioni*. Roma, 1907.

SOLIDORO MARUOTTI, L. *La tradizione romanistica nel diritto europeo. I. Dal crollo dell'Imperio romano d'Occidente alla formazione del ius commune*. Giappichelli Editore. Torino, 2001.

La tradizione romanistica nel diritto europeo. II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Giappichelli Editore. Torino, 2003.

STEIN, P. G. *El Derecho romano en la historia de Europa.* Siglo XXI España Editores. Madrid, 2001.

STINTZING, R.; LANDSBERG, E. *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft II.* München u. Leipzig. 1884.

TANAKA, M. *Bemerkungen zu J.G. Heineccius (1681-1741) als Privatrechtsdogmatiker,* en *Miscellanea Maffei III.* 1995, págs. 543 y ss.

THIEME, H. *Savigny und das Deutsche Recht.* SZGerm 80. 1963, págs. 1 y ss.

Was bedeutet unds Otto von Gierke? FG v. Lübtow. 1980, págs. 407 y ss.

TORRENT RUIZ, A. *Fundamentos del Derecho europeo.* Ciencia del Derecho: derecho romano-ius commune-derecho europeo. Edisofer. Madrid, 2007.

La Pandectística del siglo XIX, último gran andamiaje teórico de los fundamentos del derecho europeo, en SDHI 81. 2015, págs. 469-514.

VALENCIA ZEA, A.; ORTIZ MONSALVE, A. *Derecho civil. Parte General y Personas.* Tomo I. Temis. Bogotá, 1997.

VANDERLINDEN, J. *Le concept de code en Europe occidentale du XIII au XIX siècle. Essai de définition.* Éditions de l'Institut de Sociologie de l'Université libre de Bruxelles. Bruselas, 1967.

VINOGRADOFF, P. *Roman Law in Medieval Europe.* Tercera edición. 1961.

WESENBERG, G.; WESENER, G. *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa.* (trad. J.J. de los Mozos). Lex Nova. Valladolid, 1998.

WIEACKER, F. *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit.* Segunda edición. Göttingen, 1967.

Historia del Derecho privado en la Edad moderna. Comares. Granada, 2000.

Gründer und Bewahrer, 1959.

VON MOHL, R. *Geschichte u. Literatur der Staatswissenschaften* (1855-1858).

WINDSCHEID, B. *Tratado de Derecho civil alemán.* Tomo I. Volumen I. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1987.

ZIEGLER, K. H. *Völkerrechtsgeschichte*. Beck. München, 1994.
ZIMMERMANN, R. *Europa y el derecho romano*. Marcial Pons.
Madrid, 2009.
ZWEIGERT, K; KOTZ, H. *Introducción al Derecho comparado*.
Oxford. University Press. México, 2002.