

www.ridrom.uclm.es

ISSN 1989-1970

ridrom@uclm.es

RIDROM

Derecho Romano,
Tradición Romanística y
Ciencias
Histórico-Jurídicas

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

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.

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.

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

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

¹⁵ SOLIDORO 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.

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, Würtemberg, 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 n° 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

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. Brunemann, 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,

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.

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.

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.

(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.

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 latorum, 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 anteiustinianae 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.

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.

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

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

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 justinianos 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 suministrase 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.

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.

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.

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.

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 justinianas 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.

