

romano-germánico con fuerte influencia alemana e italiana. Al menos por vecindad geográfica, aunque también por las comunes raíces históricas, hubiera merecernos mayor atención que la que habitualmente le prestamos (hay que decir, en su honor, que la recíproca no es cierto, pues en los civilistas portugueses actuales se encuentra un conocimiento bastante amplio de nuestro derecho). Un primer contacto con el Derecho portugués nos lo puede proporcionar satisfactoriamente esta magna obra que, por causas ajenas a sus autores, se ha prolongado en su realización, por más de tres decenios.

Gabriel GARCÍA CANTERO

WESENBERG, Gerhard/WESENER, Gunter: *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, traducción de la 4.ª ed. por José Javier De los Mozos Touya, ed. Lex Nova, Valladolid, 1998, 409 pp.

1. Concurren, a mi juicio, varias razones que abonan la actualidad —me atrevería a decir: rabiosa actualidad— de la traducción española de esta obra austríaca. Por un lado, la epidemia de *ahistoricismo* que nos aqueja, olvidando que, en buena medida, el Derecho es historia y que sólo históricamente cabe entender y comprender muchas normas en vigor; se hace creer, por el contrario y erróneamente, que lo jurídico es sólo lo ahora vigente, lo que ahora se nos visibiliza como tal, en suma lo que aparece incluido en una colección de textos legales, hecha por ordenador y con erratas. Por otro lado hay que registrar lo fascinación que en todo el mundo está produciendo lo anglosajón y, en particular, lo norteamericano, de suerte que se aceptan sus soluciones jurídicas casi sin discusión, adoptándose como modelos cuasi imperativos, viniendo a constituir para muchos la *ratio scripta* como otrora se atribuyó al Derecho romano; de esta suerte, el imperialismo económico USA se duplica con el jurídico, menos aparente éste, pero más insidioso; no se cae en la cuenta de que, dejarse subyugar por este último, no resulta menos funesto que cuando los antiguos Países del Este se veían sometidos al *Diktat* legislativo de Moscú. Habría que recordar que si Europa está tratando de definir sus raíces históricas y culturales, la tarea debe extenderse también a las jurídicas, y no sería razonable echar por la borda una *Corpus* bimilenario y un *Jus commune* multiseccular para edificar el Derecho comunitario. Por supuesto, que nada de lo anterior supone invitación al abandono del método comparativo, que ha de aplicarse también con la disposición de ánimo más generosa para acoger lo positivo de cualquier sistema jurídico distinto del romano-germánico, predominante en el continente europeo.

2. Para este *ahistoricismo* dominante servirá de revulsivo la presente traducción española de la obra titulada *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im rahmen der europäischen Rechtentwicklung* editado en Wien, Köln y Graz, por la Wöhlau Verlag, en 1985; inicialmente fue redactada por el profesor austríaco Gerhard Wesenberg, y, a partir de la segunda edición lo ha sido en colaboración con el profesor Gunter Wesener, romanista de la Universidad de Graz, quien asimismo se ha encargado exclusivamente de las sucesivas ediciones; también se ha actualizado la bibliografía desde 1985 hasta la aparición de la traducción española, debida ésta al catedrático de Derecho romano vallisoletano profesor De los Mozos Touya.

La inmediata razón de ser de esta obra austríaca obedece a las vigentes exigencias de los Planes de estudio en los países germánicos; como se dice en la Introducción, se expone la evolución del Derecho privado en los países de cultura alemana, en el marco de la historia europea, desde la Baja Edad Media

hasta nuestros días; y si bien sus destinatarios inmediatos son los estudiantes de esas Universidades, su valor formativo es muy elevado para los privatistas europeos en general, sin perjuicio de la que puede prestar también a romanistas e historiadores del derecho en particular. Su contenido es extraordinariamente rico pues, aparte de describir los grandes movimientos de que se ocupa la Historia del Derecho, hace un balance de las aportaciones dogmáticas que cada uno de aquéllos han supuesto. Especial mención ha de hacerse de la extensa bibliografía que acompaña a los distintos apartados, muchas veces con muy elaboradas notas críticas de los autores, y, como se ha dicho, actualizada hasta 1998; aunque predomina la de quienes escriben en lengua alemana, no faltan la de franceses e italianos y, como diré en su momento, la de autores españoles. Como buen exponente de lo dicho puede verse la extensa, minuciosa y pormenorizada bibliografía sobre las aportaciones dogmáticas realizadas por la Glosa (pp. 93-102). Para los lectores españoles resulta sumamente esclarecedora la Introducción de la obra en la que se explica la razón de ser de la Historia del Derecho privado en Alemania, en el marco de la evolución del Derecho europeo, enunciado que sirve de título aproximado a la traducción española. Esta materia, como se sabe, no figura específicamente ni en los antiguos, ni en los nuevos Planes de Estudio de las Facultades españolas, y sólo facultativamente lo tratan algunos romanistas e historiadores, y, ocasionalmente, se incluye en los programas de algunos civilistas, así como en Cursos Monográficos del Doctorado.

3. La materia se distribuye en siete partes. En la primera se ofrece una amplia exposición del Derecho consuetudinario germánico antes de la Recepción, singularmente minuciosa y adornada de datos poco conocidos para el no especialista; también resulta sugestivo el apartado dedicado al Derecho canónico, dotado incluso con normas prácticas sobre el modo antiguo de realizar las citas. Al tratar de los Glosadores y Postglosadores (o Comentadores, como prefieren denominar a estos últimos los autores), se preguntan sobre ¿cuáles fueron las condiciones que concurrieron para originar este sorprendente renacimiento de la cultura jurídica romana? Es menos conocido el hecho de que, antes de la Escuela de Bolonia, floreció, en la península, la llamada Escuela de Pavia que colaboró eficazmente en la romanización del Derecho Longobardo, como lo prueba el llamado *Liber Papiensis*. Pero los éxitos de esta última Escuela fueron oscurecidos por la *Escuela boloñesa* fundada por *Irnerio*, que fue un importante filólogo y jurista, y que utilizó principalmente el método exegetico; bajo su dirección se estudiaban los textos jurídicos en el orden legal de Justiniano y se intentaba comprender el sentido de los fragmentos singulares relacionándolos con textos paralelos o análogos; al igual que los canonistas, también ellos vieron su misión en la superación de las contradicciones que, en su opinión, era sólo aparentes; los resultados de su actividad se expresaron en las *glosas* que dieron nombre a la Escuela; al principio se colocaron entre líneas y más tarde aparecieron en los márgenes como *glossae marginales*,

Junto a *Irnerio* (bautizado como *lucerna iuris*) brillaron los *quattro Doctores*, Martino Goría, Búlgaro, Jacobo y Hugo (poéticamente designados como los *lirios del Derecho*); la Escuela alcanza su cima con Azón, autor de la *Summa codicis*, mientras que la labor compiladora de Accursio en la *Glossa ordinaria* hizo prácticamente superfluos los trabajos anteriores. A este respecto, conviene recordar el proverbio medieval *quidquid non agnoscit Glossa, non agnoscit Curia*.

Con los *Postglosadores* (Comentaristas o *Consiliatores*) el trabajo de la Escuela se orienta hacia la práctica; su comentario estaba menos apoyado en el texto que la glosa, aunque fundamentalmente sigue también el orden legal de Justiniano; pretende esclarecer el precepto jurídico más que la palabra singular.

A diferencia de los Glosadores, no son solamente maestros y publicistas de derecho, sino que desarrollan una importante labor dictaminadora, cuyos frutos con frecuencia se publican; el Derecho romano sigue estando en el centro de sus trabajos, pero se produce una ampliación hacia el Derecho canónico y el Derecho estatutario de las ciudades del Norte de Italia. Los Glosadores habían creído que podían ignorar esta nueva realidad, o que podían privarla de legitimidad mediante un enérgico juicio de valor negativo; era una ingenuidad que no compartieron los Postglosadores. En el tratamiento de los Estatutos de las ciudades italianas surge una teoría cuidadosamente elaborada, en la que se impone la regla de que las lagunas debían integrarse con el Derecho Romano. Se ponen así los fundamentos del Derecho Mercantil y del Derecho Internacional Privado.

Bártolo y Baldo son los representantes más conspicuos de la nueva escuela. *Bártolo de Sassoferrato* es probablemente el jurista más famoso de todos los europeos; su vida fue corta (1314-1347), pero intensamente vivida; generaliza la interpretación extensiva y la analogía, y sus opiniones llegaron a ser vinculantes para los Tribunales en España y Portugal; tuvo en Padua una cátedra específicamente dedicada a la lectura de su obra; de aquí el dicho *nemo jurista nisi bartolista*. Su discípulo fue *Baldo de Ubaldis*, cuya fama se equiparó a la de su maestro; a su vez, el discípulo más importante de Baldo fue Paulo de Castro. Resumiendo la importancia de los Postglosadores, dicen los autores que «sin la herencia de Bártolo y Baldo resultan impensables en el Derecho privado en Alemania, la jurisprudencia de conceptos y la jurisprudencia constructiva».

4. *¿Recepción o renacimiento del Derecho Romano en Europa?*

El descubrimiento de los textos justinianos pudo, históricamente, no haberse realizado, y aun en el caso de haberlo sido, pudo haberse desarrollado en otra dirección. Ello no obstante, el acontecimiento y sus consecuencias han pasado a la Historia del Derecho, si bien no se produjo del mismo modo en los diferentes estados europeos; en algunos casos se hizo *in complexu* como en Alemania; en Francia se hizo *non ratiōne imperii*, sino *imperio ratiōnis* dando luego origen al denominado *mos gallicus*; por su parte, los juristas prácticos ingleses declararon, al parecer por razones exclusivamente empíricas, que *nolumus leges Angliae mutare*; en España la recepción se consuma a través de las Partidas, pero no *in complexu*, y en permanente lucha con otras influencias jurídicas. La recepción en Europa se justifica fundamentalmente por la técnica superior del Derecho romano de la Compilación justiniana; accesoriamente se alegó la pretensión del emperador alemán de ser sucesor de Justiniano, de donde derivaba la calificación de *imperial* para el Derecho romano; pero la monarquía francesa sólo podía tolerar el Derecho justiniano a condición de que su pretensión a la *summa potestas* no se viera afectada por ello.

A mi juicio las páginas centrales de la obra son las dedicadas a la Recepción del Derecho romano, fuera y dentro de Alemania. En el primer apartado dedica unas breves páginas a los Países Bajos, España e Inglaterra, y, sobre todo, a Francia; son muy breves las pinceladas dedicadas a nuestro país, concisión acaso compensada con una bibliografía muy actualizada; muy sugestivas resultan las también breves indicaciones de la Escuela holandesa (o *jurisprudencia elegante*), de fuerte influencia francesa a través de los emigrados hugonotes; en cuanto a la no recepción del Derecho romano en Inglaterra, la causa última no estuvo en razones patrióticas sino en la bien organizada clase de juristas ingleses que no tuvieron ningún interés en cambiar su mentalidad jurídica. De aquí la conclusión final de los autores: «La época *medieval* todavía no ha pasado en la vida jurídica inglesa» (p. 130). Con todo, a mi juicio, son las muy documentadas páginas dedicadas al Derecho romano en Francia, con el nutrido aparato bibliográfico (pp. 107-119), la más interesante para el jurista español; en ellas se explica

el nacimiento del *mos gallicus* y de la Escuela Humanista, su influencia en la elaboración científica del *Droit coutimière*, el influjo de la importante Escuela de Bourges (con los nombres de Scaliger, Duarenus, Balduinus, Cujacius, Hotomanus, Donellus, etc.), el papel del Parlamento de París con la facultad de dictar *arrêts de règlement*. Todo lo cual había de preparar el camino a la codificación napoleónica.

Como se ha visto, la recepción del Derecho romano en Alemania fue favorecida por la idea de que el Sacro Romano Imperio Germánico era continuación del Imperio romano-justiniano; pero lo decisivo fue el redescubrimiento del *Corpus Iuris* por Irnerio en Bolonia, y el hecho de que los juristas lo consideraron como vigente con la aprobación imperial; la recepción *in complexu* no se produjo por una ley imperial, como pretendía la leyenda de Rotario, sino por los juristas y de modo paulatino; a diferencia de Francia e Inglaterra, no había en el Imperio una clase de Jueces y funcionarios formados en el Derecho territorial, sino que tal clase se fue constituyendo con los juristas educados en el Derecho Romano por las Universidades, en particular con las doctrinas de Bártolo y Baldo; ello se facilitó por la ausencia de recopilaciones del Derecho consuetudinario germánico, a diferencia de lo ocurrido en Francia. Hubo problemas con las fuentes aplicables, pues algunas normas romanas no se aplicaron (esclavitud), y otras normas no romanas se consideraron vigentes; además, el grado de romanización no fue uniforme en toda Alemania. Cuando se promulga en 1495 la Ordenanza del Tribunal Cameral, se dispone que los Magistrados debían juzgar, en primer término, según el Derecho común del Imperio, y en segundo lugar por las normas del Derecho territorial. Los autores prestan atención a la legislación imperial, de cierta importancia en materia de contratos usurarios, letras de cambio, tutela y sucesiones, pero que, globalmente, y a diferencia de lo ocurrido en Francia, tiene escasa significación; también destaca el examen del grado de romanización en cada uno de los distintos territorios germánicos, incluso austríacos y suizos, desmintiendo la idea común de que la recepción no tuvo lugar en Suiza.

5. Consumada la recepción, durante los siglos XVI a XVII aparece en Alemania una Escuela de juristas prácticos entre los que descuella Zasius, cuya aspiración era exponer el Derecho romano de una manera comprensible, purificada de controversias inútiles, dando origen al llamado *Usus modernus pandectarum*, de orientación positivista, y que ofrecen una valoración diferente del Derecho territorial alemán, reconocido en su independencia con la consecuencia de interpretarlo desde sus propios presupuestos; se mencionan como autores representativos a Lauterbach, Struve, Schilter y, sobre todo, Stryk; pertenecen al siglo XVIII otros autores, como el muy conocido entre nosotros Heineccius, y Glück, este último que se adentra ya, con sus famosas *Pandectas*, en el primer tercio del XIX. Los resultados dogmáticos del *Usus modernus* son apreciables en el ámbito de las doctrinas generales, posesión y propiedad, servidumbres, prenda y *titulus et modus acquirendi*; en el Derecho de Obligaciones, la doctrina de los contratos obligatorios, el sistema de los grados de culpa, el tratamiento de la insolvencia fortuita, la cesión de créditos, los vicios en la compraventa, y la indemnización de daños en la *actio legis aquiliae*; no faltan, asimismo, aspectos familiares y sucesorios.

6. La que por antonomasia se denomina *Escuela de Derecho natural*, y que suele apellidarse de racionalista o protestante para diferenciarla de la Escuela española de Derecho natural católico, es una eslabón necesario entre la recepción y las codificaciones; viene a entrecruzarse con el *Usus modernus*, se desarrolla entre los siglos XVII y XVIII, desde Grocio a Wolff, de modo que el Derecho natural se confunde con la *ratio scripta*. Es un Derecho laico, válido para todos los pueblos y épocas y aparece determinado por el bienestar de los

ciudadanos; se cuentan, entre sus partidarios, a juristas de varios países, desde Montesquieu a Filangieri, pasando por Puffendorf, Thomasius y Wolff. La primacía en la idea codificadora corresponde a la obra de Bentham, *A general view of a complete code of laws*. Como se sabe, se inspiran en la Escuela del Derecho natural y en el *Usus modernus*, el *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis* (1756), el *Allgemeine Landesrecht für die preussischen Staaten* (1794), y, sobre todo, el Código civil francés y el *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (1811) austríaco.

7. A partir del siglo XIX (pp. 269 ss.) la materia, para nosotros, resulta más conocida, si bien la exposición aparece enriquecida con datos y reflexiones de notable valor, además del aparato bibliográfico, cuya importancia ya se ha destacado. Hay que partir de que con la Escuela del Derecho natural desaparece la fuerza vinculante incondicional del Derecho romano, cuyo puesto viene a ser ocupado, en parte, por el espíritu del pueblo como creador de todo el derecho. La personalidad de Savigny (nacido en Frankfurt en 1779), y la *Escuela Histórica* vienen a llenar la primera mitad del siglo XIX; curiosamente, su Tesis versará sobre Derecho penal (*De concursu delictorum formali*), y también en 1800 es nombrado *Dozent des Kriminalrechtes*; pero en 1802 publicará su obra básica *Recht des Besitzes*, en 1814, y frente al programa de Thibaut, escribirá su manifiesto anticodificador *Die Beruf unserer Zeit für die Gesetzgebung und die Rechtswissenschaft*, y en 1815, junto a Eichhorn y Grimm, fundará la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. Como obras de madurez hay que señalar el *Sistema del Derecho Romano actual* (1840-1849), y el *Derecho de Obligaciones* (1851-1853). Aparece Savigny como el más acabado teorizador del historicismo, así como un decidido opositor al Derecho natural racionalista o protestante, pues como certificó Windscheid *el sueño del Derecho natural ha concluido*. El influjo de Savigny en la realización de la codificación alemana, fue indirecta pero determinante; admite que el espíritu del pueblo podía operar a través del instrumento de la legislación o de la ciencia jurídica, pero en todo caso rechaza las codificaciones jusnaturalistas; sin perjuicio de soluciones legislativas parciales, la tarea se encomienda al Derecho consuetudinario a través del Derecho científico elaborado mediante la teoría y de la práctica. El influjo científico de este autor no lo ha alcanzado ningún otro jurista en Alemania; dicen los autores que había tres posibilidades de atribuir la tarea de la unificación jurídica; al legislador, al Juez y al profesor de Derecho; Savigny consideró que la primera solución, ni era realizable, ni tampoco deseable, y en ello acertó ya que valoró correctamente la capacidad legislativa de la Confederación Alemana, la cual ni siquiera pudo poner en vigor un derecho de obligaciones común; la segunda solución era la inglesa, la cual suponía la existencia de un Tribunal superior alemán, que faltaba en Alemania desde 1806; de manera que sólo quedaba la tercera como única posible, a condición de eliminar el perfil provincial que había terminado adquiriendo el *Usus modernus*, y que se cultivara una ciencia del Derecho común mercedora de este nombre. Como científico llevó a una unión viva la historia jurídica y la dogmática señalando nuevos caminos metodológicos; fue el primero en ofrecer una Parte general del Derecho privado, influyendo así en la enseñanza y en el futuro BGB; abrió la Edad Media a la historia jurídica en sentido propio, creando de la nada la medievalística, fundada por él; se mostró como un maestro en la edición de las fuentes; se encuentra entre los clásicos del Derecho internacional privado; además fue un genio de la Administración pública, pues en su juventud reorganizó la Universidad de Heidelberg, y en la madurez intervino decisivamente en la construcción de la de Berlín; bajo su influjo se orientaron hacia la carrera académica las mejores cabezas entre los jóvenes juristas, y sus discípulos ocuparon cátedras dentro y fuera de Alemania, su discípulo y sucesor en Berlín fue Puchta, y a éste le sucedió otro discípulo de aquél, Keller; dentro de la moderna Escuela Histórica hay que

mencionar los nombres de Windscheid (1817-1892) y Jhering (1818-1892); pero ya se sabe que este último pasó de ser un convencido *jurista de conceptos* a convertirse en el heraldo de una doctrina jurídica teleológica, en la que se basan tanto la Escuela Libre del Derecho, como la *Interessenjurisprudenz* de Heck, Müller-Erzbach y sus discípulos. Pese a las profundas diferencias entre Savigny y Jhering, les une a ambos, así como a los juristas alemanes de principios del siglo XX, el que su enseñanza tiene por objeto el derecho privado del individuo libre en abstracto. Los *progresos del Derecho civil* –tomando prestado el título de un libro clásico de Hedemann– se centran en el desarrollo de la doctrina de las personas jurídicas, en la liberación del suelo en general, con proyección tanto en lo rústico como en lo agrario, y en culminar la laicización del Derecho de familia, pese al aparente respeto para el Derecho eclesiástico que parece deducirse del denominado *Kaiser paragraph* (§ 1588 BGB); por una parte se refuerza la influencia del Estado en la regulación de la celebración del matrimonio y del divorcio, y por otro se mantiene una orientación individualista en el derecho matrimonial de bienes.

8. *El BGB y la realización de la unidad jurídica alemana*, es, quizá, otra de las cuestiones más estudiadas y conocidas entre nuestros civilistas. Para los autores de la obra resulta difícil emitir una valoración de conjunto del Código civil, ya que la escala de valores de los padres del BGB es claramente distinta de la nuestra de hoy; así la precisión de los conceptos y la seguridad jurídica eran las estrellas orientadoras de Windscheid, Plank y otros grandes civilistas de finales de siglo. Se pretendió exponer las instituciones de Derecho privado de forma concisa, tal como se habían desarrollado a lo largo de milenios sin consideración al cambio de la organización política y económica; se partió del individuo abstracto, de la todopoderosa voluntad contractual y de la totalidad de la propiedad; para los padres del BGB el socialismo era un puro proclama de la economía política, que caía fuera de su competencia, y –apostillan los autores– el Código nacía quizás en el último momento en que un legislador podía defender tal punto de vista sin ser considerado como ajeno a la vida; de manera que esta codificación estaba anticuada en el momento de promulgarse, pero como aportación técnica se trata de una obra notable; si en algún momento se temió por la cordura de su vida (el nacionalsocialismo y su derrota en la II Guerra Mundial, con la subsiguiente división del país), es lo cierto que está a punto de convertirse en centenario; tampoco se confirmaron los temores de no haber consumado la unidad legislativa, pues los escasos reductos particulares, o han desaparecido, o carecen de importancia. Concluyen los autores: la obra legislativa alemana, en este aspecto, como en muchos otros, es mejor que su fama.

9. Después del BGB la *Ciencia del Derecho privado*, a comienzos del siglo XX, se orienta a la enseñanza del Derecho romano como fenómeno histórico. Koschaker se ha esforzado por convertir a la Ciencia del Derecho romano es el punto de partida para un Derecho comparado moderno; a este respecto, en el Tratado de Ennecerus puede rastrearse el influjo de las *Pandectas* de Windscheid. En un apartado ulterior los autores tratan del posterior movimiento codificador (Suiza, Rusia, Países Bálticos, Polonia, Brasil, Italia, España, Grecia y Holanda); su característica es la brevedad, aunque sorprenda la escásima atención prestada a la codificación italiana y la ausencia de la codificación portuguesa; los datos relativos a España son preconstitucionales, y la novísima codificación holandesa ha tenido que ser completada –en razón a la fecha de la edición original– por el traductor en una nota. Ofrece interés el apartado dedicado a los territorios sin codificar, especialmente lo relativo al Derecho inglés y norteamericano. Ha dejado de tener vigencia lo referente al Derecho privado en los países del Este europeo, hoy en tránsito al régimen liberal; también esta desfasado el último apartado relativo a las tendencias de la evolución

después de la II Guerra Mundial. Todo esto deberá ser tenido en cuenta en una nueva edición.

10. Ya he adelantado mi juicio global favorable a la obra de los profesores austríacos, de gran utilidad para conocer a fondo el fenómeno de la recepción, y, sobre todo, sus derivaciones en Alemania y Francia; será, en general, un eficaz instrumento formativo para privatistas, romanistas e historiadores del Derecho. El papel español en aquélla fue secundario, pero no desdeñable; los autores se han esforzado por documentar bien los sucintos datos que afectan a nuestro país. No obstante, cabe señalar algunas inexactitudes o insuficiencias (fácilmente corregibles en próxima edición): se data la Reconquista desde el año 900 al 1942, en p. 123, y en la siguiente parece darse a entender que Jaime I fue rey de Cataluña; en p. 299 se desconoce que en el Código Civil español la sustitución fideicomisaria llega al 2.º; no recoger el artículo 149.1.8.ª de nuestra Constitución para explicar ahora el estado de la codificación civil entre nosotros, parece importante omisión.

La nada fácil tarea del traductor ha sido excelente y debe destacarse como se merece; algunos aspectos concretos, sin embargo, sorprenden o podrían ser discutidos; así en p. 105 se habla de *Romanía* en lugar de *Romanidad*; lo de *los Basílicos*, en p. 111, es expresión poco frecuente, pues suele emplearse en femenino; parece una traducción a medias la de *Frankfurt del Meno*, en p. 297, nota 7; suena extraño lo de *influjo anglizante*, en p. 347.

Por último –*last but not least*– la presentación editorial de la obra (papel, tipo de letra, cubiertas) resulta excelente, por lo que la felicitación debe extenderse a *Lex Nova*.

Gabriel GARCÍA CANTERO