

RECIBIR Y CONCEBIR EL DERECHO EN LA HISTORIA: UNA PROPUESTA A LA BASE DE LA FUNCIÓN DE LA HISTORIA DEL DERECHO,

José Ramón Narváez Hernández *

«En resumen, el derecho no está escrito en un paisaje físico que espera aún una inserción humana, está escrito en la historia».

Paolo Grossi, *Prima Lezione di Diritto*.

1. Recibir la Recepción.

Rezeption es un concepto que en idiomas como el alemán y el italiano es netamente jurídico, y equivale a acoger en un ordenamiento o sistema jurídico una ley o un derecho extranjeros (así se lee en la mayoría de los diccionarios idiomáticos). El término viene usado con más o menos funciones útiles, en la Historia general y ha sido adaptado, como veremos, para la historia del derecho.

Concretamente en la historia del derecho iberoamericana la influencia, uso y abusó de este término lo debemos a una traducción española de Franz Wieacker, *Privat Rechts Geschichte der Neuzeit* (1952), realizada por Francisco Fernández Jardón en 1957¹. La edición en castellano traduce en las páginas 89 y siguientes la extensiva explicación de Wieacker acerca de la noción *Recepción*, cosa que no sucede ni con la versión portuguesa, ni con la inglesa, o italiana pues estas tuvieron como referencia la segunda edición que es de 1867.

Wieacker aceptaba desde el inicio que el término lo habría leído en un ensayo de A. B. Schwarz, *La réception et l'assimilation des droits étrangers*, de dónde habría concluido que la recepción sustenta la civilización humana dándole continuidad y supervivencia a la cultura. Para Wieacker la recepción es un concepto que no debe ser tomado como “una mera convención científica o

* Ldo. en Derecho (Méjico) y Dr. en Teoría e Historia del Derecho (Italia).

¹ Con el nombre *Historia del Derecho Privado de la edad Moderna*, ediciones Aguilar de Madrid.

tópico emocional” Es un concepto complejo que encierra una epistemología que debe ser analizada con rigor metodológico. La recepción jurídica en concreto «es un caso especial de intercambio civilizador: La admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico ‘extraño’ por un pueblo, sin haber sido sometido o dominado por otro, pues ello sería la destrucción de la continuidad cultural del sometido o dominado...recepciones son, por el contrario, la aceptación libre y voluntaria...» dentro de los cuáles menciona dos interesantes: La apropiación del Derecho vulgar por los jóvenes pueblos de Europa (quizá la recepción más estudiada y conocida) y la difusión del *Code Civil* en los pueblos románicos y en la Alemania occidental.

El porqué Wieacker eliminó esta parte explicativa sobre la Recepción en la 2ª edición es hasta ahora desconocido, pero las hipótesis podrían existir: Quizá en un primer momento Wieacker pensó que una introducción didáctica sería buena, pero una vez que el término fue conocido y ‘recibido’ por la doctrina no era ya necesario ponerlo.

La cuestión interesante es que en Iberoamérica hasta el día de hoy se lee a Wieacker incluyendo la que podríamos llamar la “teoría de la recepción” y hasta el día de hoy se hace referencia a la citada teoría en cátedras, congresos y libros.

En el derecho a diferencia de la literatura el plagio es una cosa bien vista, obviamente no nos referimos al plagio literario sino al plagio normativo con la infinidad de nombres que este pueda recibir. Es decir que el derecho puede sin prejuicios extenderse de una zona de aplicación a otra o de un periodo temporal a otro, esto debido a su racionalidad y a su naturalidad, esto es, el que el derecho pueda ser una cosa objetiva, desglosable racionalmente de la naturaleza humana. Así el plagiar normas, leyes, códigos, etc. no está prohibido y se ve con buenos ojos, la racionalidad de la norma le otorga utilidad, la hipótesis es aquella en la cuál: el hombre como sujeto jurídico, es el destinatario del silogismo normativo, basta que ese hombre en específico se coloque en la situación de sujeto jurídico, es decir: que sea capaz, que alcance un determinado *status*, que esté legitimado por una determinada ley y entonces el silogismo le aplicará.

La premisa de la recepción es la utilidad, 'si ha funcionado en aquél lugar, no tendría porqué no funcionar aquí', y su contraposición es el nacionalismo jurídico: Francia inventó el Código por considerar que el derecho romano era extranjero, imperialista y burgués. Alemania y España por el contrario retardaron el Código de casi un siglo por razones parecidas.

La teoría de la Recepción dentro de la Historia del derecho ha desempeñado un papel importante primero porqué es un modo de verificar una continuidad en institutos e instituciones jurídicas. En segundo lugar porqué ha dado unidad a la materia convirtiéndose en una especie de metodología, que explica los avatares y peligros que ha corrido el derecho romano en su paso de un ordenamiento a otro, en su vulgarización, en su mala interpretación en su menor o mayor recepción por parte de una cultura jurídica determinada. El riesgo que corremos es justamente el de radicalizar la historia del derecho porqué o se convierte en una actualización del derecho romano o se convierte en una exaltación fetichista de tradiciones antiguas que tal vez ni si quiera llegaron a existir.

2. Historia de la Recepción.

La recepción está íntimamente ligada al *ius commune*, en el imperio romano no existía una idea equivalente a recepción justamente porqué el derecho romano era hecho para los romanos, era un derecho personal y diferenciado, el que uno u otro pueblo se valieran del derecho romano para elaborar su derecho (tal vez basándose en sus costumbres o en su propio derecho) es un análisis posterior y que implicó la vulgarización del derecho romano mismo, que entre otras cosas no es ya derecho romano en sentido estricto, como no lo es el *ius commune* o mucho menos el derecho indiano. El derecho romano preveía la existencia de otros derechos, justamente el derecho peregrino, esto permitió que sobreviviera un derecho germánico y una vez disuelto el imperio romano se mezclaran las diferentes figuras jurídicas que a cada pueblo bárbaro sirvieron.

Tal vez pueda pensarse, por comodidad, que como las aportaciones del derecho vulgar fueron pocas, es más fácil aceptar una continuidad entre el

derecho histórico romano y los sucesivos derechos, pero sería una imprecisión histórica decir que el *Liber iudiciorum* de los visigodos es derecho romano, el mismo promulgador, Recesvinto asegura que «estas leyes corregidas, (lo son) porque lo antiguo de los vicios exige novedad en las leyes y la arraigada antigüedad de los pecados reclama innovar las leyes por eso las leyes de este libro escritas desde el año segundo de mi señor y padre, de divina memoria, el rey Chindasvinto para todas las personas y gentes sometidas al imperio de nuestra plenitud, mandamos que valgan con toda fuerza y proclamamos la observancia para suavizar el yugo»². Quizá una primera consideración para captar la recepción en un derecho podría ser ésta: la voluntad del legislador a no ser considerada como tal.

Estamos tratando de entender si existe una 'identidad jurídica' si cada ordenamiento jurídico se identifica o no a la sociedad a la que se aplica, en este caso de leyes bárbaras es claro que sí, además porque en este periodo no hay modo de comprobarlo a través de la doctrina porque ésta no existía.

La conformación de Europa tiene una lectura particular desde la óptica de la trascendencia y la recepción «Europa no es un resultado de la geografía, sino el resultado de la historia»³ es la búsqueda de una *Republica christiana*, una unidad espiritual, política y obviamente jurídica. El Sacro Imperio formado por Carlo Magno en el siglo IX es propiamente la representación más evidente de esto. La preservación del latín en la elaboración de los diferentes textos de derecho vulgar hacen suponer un interés en conservar aquello que puede acomunar. Así en la época alta medieval encontramos una idea de sociedad ligada a una sola fe y a una sola ley un mismo derecho, un derecho común, en esta mirada se ve una suerte de europeización «el mundo medieval ha sido transformado en un lento formarse en la conciencia del saberse bajo una autoridad superior de la ley romana»⁴ *Roma mater legum*.

2 ZEUMER, *Legis Visigotorum*, pp.47-48.

3 CAVANNA, Adriano, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. 1 *Le fonti e il pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 25

4 *Idem*.

No obstante ya desde esta época hubo quién se opuso a tal expansión en 1219 se prohíbe la enseñanza del derecho romano en la Universidad de París, porque se decía (también en latín) *Rex in regno suo imperator est*.

Alrededor del año 1100 se descubre la *Littera fiorentina*. Según la leyenda en el Exarcato de Ravena se permitió la enseñanza del derecho romano hacia el año 1000⁵, Irnerio un notable profesor de artes liberales en esta ciudad comienza a interesarse en el estudio del derecho romano y comienza a leer los textos existentes entonces en Rávena, uno de ellos son justamente las *Pandectas* las cuáles habrían sido encontradas en Amalfi. Convenciendo a Lotario de abrir una universidad en Bolonia, Irnerio parte hacia esa ciudad en dónde sería el primer profesor de jurisprudencia romana y maestro de los grandes juristas que dieran al periodo relevancia en toda la historia del derecho universal. Más tarde las *Pandectas* viajarían a Pisa como regalo hecho a esta ciudad por haber defendido al papa Inocente II contra Pedro el falso (Anacleto II) tiempo después fueron transportadas a Florencia⁶ para quedarse desde entonces en ahí, cosa que permitiría el estudio en una fuente directa del derecho romano⁷.

En este periodo nacen las escuelas de la Glosa y el Comentario, aquí tiene su mayor apogeo la Recepción la cuál viene ligada necesariamente a la codificación justineana y al redescubrimiento del derecho romano, que se identifican en dos figuras aquella de la escuela del *mos italicus* y aquella del derecho reinante el *ius commune*⁸.

Nuevamente Francia no está de acuerdo y critica a través del *mos gallicus* la deficiente interpretación que se hace del derecho romano, hasta el grado de negarle valor a la recopilación justineana por haberse hecho en un periodo de

5 En Ravena se conocía ya la gran parte del *Corpus iuris*, Irnerio ayudaría a perfeccionar las partes que habían sido rudimentalmente traducidas del griego como el caso de Las Novelas.

6 La historia popular cuenta como en una sala del Palazzo vecchio en Florencia se encontrarán en dos nichos representadas las 'leyes de los hombres' a un lado la *littera fiorentina* y de otro lado la Biblia.

7 TAGLIONI, Onofrio, *Codice civile francese ove merce del confronto colle leggi romane*, Dai Torchi di Pandolfo Rossi, Siena, 1829, p.10

8 Derecho que no es sólo romano y que contiene un sin fin de nuevos planteamientos.

decadencia y por personas que no vivieron el derecho clásico, el llamado humanismo propone una justa 'historización del derecho romano' a través de Francisco Hotman. Desde entonces ha siempre mediado una discracia entre aceptar el derecho romano tal y como era (mediante una cuidadosa recuperación histórica) o aceptar el derecho romano con sus constantes adhesiones a través del tiempo; a esta discracia se agrega el debate sobre la naturaleza de este derecho 'modificado' y si es o no derecho romano, debate que se ha extendido hasta la codificación en la famosa polémica entre Savigny y Thibaut juristas que entre otras cosas eran romanistas. La confrontación no se ha detenido y aún en nuestros días no podemos hablar de la existencia de una unidad discursiva por lo que es posible encontrar en un libro la idea de la Recepción del derecho romano en tal o cuál institución actual, la propuesta a retomar el derecho romano para crear una nueva figura jurídica o finalmente quién diga que no es posible hablar de derecho romano sino sólo en sentido histórico.

La intención es que la historia del derecho no se convierta en una justificación científica de la eterna recepción del derecho romano, una justificación metodológica de la permanencia de éste, hasta el punto de querer demostrar la existencia del derecho romano en Códigos y Constituciones porque «...no se da necesariamente algún paso adelante, alguna continuidad, alguna prefiguración entre el derecho romano histórico en sí mismo y una lectura liberal retrospectiva»⁹. No existe un derecho puro, todo derecho está contaminado, influenciado de otros sistemas jurídicos, de otras tradiciones, en esta amalgamación se cifran su continuidad y su transformación. Quizá sea ésta la razón por la cuál cuando alguien trata de llevar a cabo un 'sistema puro de derecho' piense a fundarlo en el derecho romano y podrá ser puro en la teoría pero una vez injertado en la sociedad, una vez aplicado necesariamente se transformará, por eso para legalismos y positivismos radicales la teoría de la recepción viene como anillo al dedo y la historia del derecho no puede quedarse callada ante esta situación, porque la historia del derecho tiene como

9 AA.VV. *Diritto privato romano*, Einaudi, Torino, 2003, Sobre todo el capítulo a cargo de P. Cappellini: *Dal diritto romano al diritto privato moderno* (Capítulo VII, pp. 453-474), p. 474.

principal función la de ser la “conciencia crítica del derecho” como suele avisarlo en innumerables ocasiones Paolo Grossi.

3. Trascendencia jurídica.

Podemos hablar de “trasplante legal”¹⁰, “siembra de clónicos”¹¹, adaptaciones, adopciones, recepción, influencia, difusión¹²; es decir que en casi todos los países que nos dimos a la tarea de codificar y copiamos¹³; tal vez el fenómeno moderno se podría englobar en una especie de Trascendencia jurídica. Porque el Codificador sea Napoleón, sean nuestros americanos como Justo Sierra, Andrés Bello¹⁴, Velez Sarsfield o Teixeira de Freitas; todos pensaron en hacer algo que fuera más allá de su tiempo y de su sociedad, buscaron trascender y el ejemplo más claro sigue siendo el *Code* al que Napoleón le había augurado sería recordado más que ninguna otra de sus obras¹⁵:

10 Es un término utilizado por Alan Watson como “legal transplants” es una forma en que el derecho legislado en un lugar se adapta a otro sistema jurídico. Para Watson los trasplantes más evidentes son el *ius commune* y la codificación. WATSON, Alan, *Legal History and Common Law for Europe*” Institutet för rätthistorisk forskning, Stockholm, 2001 p. 101

11 B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala: Constituyencia Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios políticos y constitucionales, Madrid, 2000, p. 153

12 Uno más: productividad en oposición a esterilidad. R. Sacco dice que el BGB y el *Code* se encontrarían dentro de los Códigos “productivos” porque después tuvieron influencia sobre otros, mientras el ABGB sería un Código “esteril” porque no produjo otros códigos y no sirvió como modelo. “I Codici civili dell’ultimo cinquantennio” en: *Rivista di Diritto Civile*, anno XXXIX, 1993, Parte Prima, pp. 311-316

13 DEEKERS, René, *Le droit privé des peuples*, Editions de la librairie encyclopedique, Bruxelles, 1953. Para este autor, la recepción y la imitación en el derecho son productos naturales de la “expansión del derecho” diríamos de ‘un derecho’, como sea para Dekeers, esta expansión es parte de un proceso cultural que se da naturalmente y que es verificable en la historia de los ordenamientos legales.

14 Ejemplificativo es el caso del Código Chileno que una vez terminado fue enviado en copias a varios gobiernos de países latinoamericanos: Comunicado del 10 de Octubre de 1856 del Ministro Francisco Javier Ovalle, citado por GUZMAN BRITO, Alejandro, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, Universidad de Chile, Santiago, 1986 tomo 2, apéndices.

15 La leyenda quiere ver a Napoleón que en el exilio redactando sus memorias dijera que a pesar del gran número de sus campañas militares por lo que la historia lo recordaría sería por su Código Civil, inmortalizado así, con el Código sobre una mesa por el pintor Jaques-Louis David (1748-1825) *El emperador Napoleón en su estudio a la Tuilerias* (1812); Jorge Luis Borges recuerda en su ensayo *La nadería de la personalidad* (en: *Inquisiciones*, Alianza, Madrid, 1998), como en el siglo XIX

«*Ma vraie gloire n'est pas d'avoir gagné quarante batailles; Waterloo effacera le souvenir de tant de victoires. Ce que rien n'effacera, ce qui vivra éternellement, c'est mon Code Civil*».

«Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas; Waterloo borrará el recuerdo de tantas victorias. Lo que nadie borrará, aquello que vivirá eternamente, es mi Código Civil»¹⁶.

Francia, como explica Carlos Ramos «ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreo el Derecho Romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho Romano es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos, configurando el *Ius Commune*»¹⁷ El *Code* es cómo explica el autor: “un crisol de influencias».

En el movimiento codificador encontramos dos tipos de Recepción ya previstas por la teoría wieackeriana: la primera es aquella en la cuál ‘recibimos en América Latina la codificación europea y que hemos propuesto sería mejor llamarla ‘trascendencia’. La segunda es la que propiamente hemos venido analizando y se refiere a la relación y subsistencia del *Ius commune* en la codificación moderna, que en este caso se presenta como tema y anatema a la vez, porque hay quién ha defendido que el derecho romano siga vigente a través de los códigos¹⁸ y para quién resulta una “ideologización del derecho romano”¹⁹. Ahora que en Europa se construye un derecho común, muchos han puesto la mirada en aquél derecho de la glosa y el comentario que tuvo presencia en el viejo continente durante tanto tiempo y en zonas de tan variada

la mayoría de los autores de la época se preocuparan más por dejar ver su personalidad que por crear una obra, en algún sentido es el caso de Napoleón.

16 RAMOS NUÑEZ, Carlos, *Código Napoleónico, fuentes y génesis*, en: *Derecho y Sociedad, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú*, no. 10,

17 *Idem*.

18 STEIN, Peter G., *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2001

19 *Diritto privato romano*, Einaudi, Torino, 2003, p. 473.

composición social «La importancia del derecho común no se debe ceñir exclusivamente al periodo colonial o indiano, sino que ha proyectado su influencia decisiva a lo largo y ancho de los países americanos, incidiendo de manera variada, pero siempre constante, en sus procesos codificadores. La ambigüedad que este fenómeno de la Codificación ha manifestado respecto al derecho romano se deja ver con claridad en el pensamiento y en las realizaciones de dicho proceso. El siglo XIX, por tanto, no pone fin a la incidencia del derecho común, lo mismo que había sucedido en Europa, no obstante el pensamiento crítico que se había desarrollado en el siglo de la Ilustración contra los abusos y defectos de la jurisprudencia hasta ese instante manejada. Esto se puede observar a lo largo de los diferentes procesos codificadores y de las obras de los juristas que se hallaron en esta etapa intermedia, de tránsito o paso de un sistema jurídico periclitado a uno novedoso, que, sin embargo, compartía muchas cosas con el derecho anterior»²⁰.

El punto en cuestión es sí: ¿el derecho romano encontró o no acomodo en la codificación? La supervivencia del derecho común en la doctrina americana, el conocimiento y manejo de sus fuentes por los codificadores americanos harían suponer una “tercera vida del derecho romano” como la llama Martínez Martínez²¹, no obstante hay algunos signos que nos hacen dudar y nos llevan a moderar esta afirmación: por un lado encontramos la declaración expresa de los codificadores de no incluir el derecho romano como tal en la codificación, por otro lado la idea misma de codificación implica un derecho nacional, unitario, cerrado y completo que rechaza antiguos dogmas jurídicos en la idea de codificar *ex novo*, es parte de la trascendencia jurídica. Tal vez la muestra más evidente de renuncia al derecho común sea en el concepto de persona, antes de la codificación: ‘no todos son personas pero...’,

20 MARTINEZ MARTINEZ, Faustino, *Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos*, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no. XV, año 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 447-523, pp. 467 y 468.

21 MARTINEZ MARTINEZ, Faustino, *Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos*, en: *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no. XV, año 2003, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 447-523, p.523

es el principio del que se parte, en cambio en el Código Civil se parte del principio inverso: ‘todos son personas pero...’ El primer principio lo podríamos llamar como *principio de desigualdad equitativa* y el segundo como *principio de igualdad inequitativa*, ambos principios son discriminatorios pero la razón de la discriminación es diferente aún si ambos justifican su discriminación en el derecho natural; Para el primero hay desiguales porque objetivamente es así y esto sirve a proteger un tipo de sociedad preconcebida, para el segundo hay desiguales porque subjetivamente es así y en el ejercicio de la propia personalidad algunos van demostrando su incapacidad para ser personas totalmente. Pareciera que el primer principio se funda en una visión católica aristotélico-tomista que jerarquiza a los individuos según su finalidad dentro de la economía divina, mientras que el segundo se funda en una visión jacobina o protestante que mira a todos iguales en un inicio pero que entiende como sujetos predilectos aquellos que demuestran una plenitud social, económica o personal en la vida corriente.

Así el derecho romano no tuvo realmente una “tercera vida”, más bien se utilizaron algunas partes de su cuerpo para hacer algunos injertos, tanto es así que, en tales casos el principio permaneció igual, con el mismo tejido epidérmico y del cuál emana un olor particular de cosa vieja cuando se encuentra en un código y se lee.

Recibir el *ius commune* era una cosa hasta cierto punto entendible, recibir la codificación significaba no sólo adoptar un sistema pragmático sino una ‘cultura’ como lo señala Tau Anzoategui: «El sistema de Códigos...cierra la vía a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo código – costumbre, doctrina de los autores, jurisprudencia de los tribunales. Y encuentra a una elite de juristas consustancial a esta orientación que acepta una considerable reducción de sus posibilidades creativas»²². Recepción es predicado que acompaña bien a un sujeto como lo es el derecho indiano, pero

22 *La Cultura del Código*, en: *Revista de Historia del Derecho* no. 26, Buenos Aires, 1998.

no para la codificación que por esencia es impositiva, elitista y ¿porqué no? absolutista como la llama Paolo Grossi²³.

Recepción implica cierta disposición a acoger. En la codificación la fuerza directora del movimiento estaba ya establecida desde que fue concebida. Sí de manera general podemos hablar de 'influencia', está necesariamente, por la naturaleza de la codificación, comienza desde quién ejerce la misma, es una influencia que desde el inicio buscó 'trascender' ir más allá de su realidad histórica y nacional', misma situación en la que se encuentra paradigmáticamente el concepto de persona. Cuando Pothier construía una noción jurídica de ser humano o Bentham una de sociedad codificada pensaban en aportar una construcción que permaneciera en el sistema jurídico para siempre. A esto llamamos *trascendencia jurídica* la voluntad clara y manifiesta de aportar conceptos 'científicos' útiles y necesarios para cualquier sociedad, idea que sólo podía ser concebida desde una perspectiva naturalista del derecho moderno.

El *Code* se presenta dentro de la codificación como el paradigma, es por eso entendible que Wieacker lo considere una de las recepciones más evidentes. Pero por su especial naturaleza de propaganda revolucionaria pero esencia conservadora lo llevó a ser el predilecto en la recepción que operó en la codificación latinoamericana, así en México Justo Sierra, el codificador del XIX admite que la fuente principal es el *Code*, y este con bajas y altas ha estado a la base de las futuras generaciones de códigos civiles hasta el actual de 1928. Un poco por efecto dominó, se originaron situaciones parecidas en todo Hispanoamérica y Brasil²⁴ sin quitar ningún mérito a nuestros grandes codificadores que contribuyeron con su formación en muchos casos romanista y de derecho comparado, sin embargo no pudimos mantenernos intactos de la Trascendencia jurídica es más, es posible que hayamos sido contagiados, pero esta recepción moderna, esta trascendencia de un texto en lugar de fuentes, que había sido criticada por el mismo Wieacker de 'positivista' impidió de algún

23 GROSSI, Paolo, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

24 Cfr. GUZMAN BRITO, Alejandro, *La Codificación Civil en Iberoamerica. Siglos XIX y XIX*, Editorial jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000 y RAMOS NUÑEZ, Carlos, *El Código napoleónico y su recepción en América latina*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Maestría en Derecho con mención en Derecho Civil, Lima, 1997.

modo que obrara una crítica profunda y propositiva en el movimiento codificador latinoamericano, insistimos que sí bien pudieron darse innovaciones y propuestas estas permanecieron siempre dentro de los márgenes del modelo; la tradición²⁵ y los derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisión del derecho indígena (en gran mayoría de origen virreinal), en la organización territorial, en ciertos derechos de comunidad que desaparecieron después de la codificación.

En México un famoso literato y político, el general Vicente Riva Palacio hizo escarnio a través de su pluma de este proceso, de recepción acrítica justamente en uno de sus famosos *Ceros*²⁶ dedicado a otro grande juristaliterato, Manuel Payno, este Cero aparece en *La República* el 9 de febrero de 1882²⁷:

“Pues señor, yo no entiendo cómo se puede llamar a eso administración de justicia; oigan ustedes cómo yo he visto que se hace alguno de nuestros códigos; se nombra por ejemplo a tres abogados, *verbi gratia*, a mi apreciable amigo el sr. (Joaquín) Alcalde que me escucha; al sr. lic. Linares que está aquí a mi lado, y al sr. d. Guillermo Valle que está de srio. de la Cámara. Pues bueno, resulta presidiendo la comisión el Sr. d. Guillermo Valle, a quién ya todos conocemos, de un carácter amable, que anda siempre con una mascada de colores debajo del brazo, que se pone sus anteojos para leer y que fuma unos tabacos muy famosos; pues las juntas son en la casa del Sr. d. Guillermo Valle, aquí muy cerca, en la calle de Medinas: todas las tardes van llegando a eso de las cuatro, d. Joaquín Alcalde, en su cupé azul, ese que viene por él todos los días al Congreso; hablando con el sr. Linares muy echado para atrás con esa medida que ustedes conocen ¿Cómo va Vallecito? ¿Cómo va Joaquincito? ¿Cómo va compañero? ¿Qué hacemos esta tarde? – Pues nada, ahí tengo ya unos artículos del Código de Batavia y otros del ordenamiento de

25 Cfr. HERNANDEZ-GIL A.-CIENFUEGOZ, Antonio e ZULETA PUCEIRO, Enrique, *El Tratamiento de la Costumbre en la Codificación civil hispanoamericana*, Sucs. De Rivadenerira, Madrid, 1976.

26 Cero es el pseudónimo de Riva Palacio, pero es también la publicación periódica que hace caricaturizando a algún personaje importante de su época.

27 Riva Palacio pone el siguiente discurso en boca de Payno tratando de imitar el estilo que este último maneja cuando habla delante al Congreso mexicano, *Los Ceros. Galería de Contemporáneos*, Imprenta de F. Díaz de León, 1882.

Alcalá, que me parece que han de quedar bien en la práctica. No se vayan a enojar estos señores de quienes estoy hablando, porque sólo es un ejemplo; no los creo capaces de que lo hicieran así, pero es un *verbi gratia*. Pues bueno, después de un año, con unos artículos del Código de Batavia, y otros del ordenamiento, y otros del Código francés, y otros del español, y si se ofrece completando con un verso del Moro Expósito, le presentan un Código al gobierno: llega aquí, se pasa a una comisión para que dictaminen, nos reparten impreso el proyecto del Código en un libro muy gordo que nos vamos cargando cada uno a nuestra casa después de que se acaba la sesión, la mayor parte de los señores diputados no le vuelven a hacer caso ni siquiera lo mandan empastar; no vayan a incomodarse por que les digo esto, pero es la verdad. Yo sí, le mando empastar, porque tengo la curiosidad de hacer que empasten todos los proyectos de códigos, y ya conservo en mi casa cerca de cuarenta, que los puedo enseñar a los señores diputados, aunque la verdad no he entendido ninguno. Llega el día de la discusión; no ha discusión: aprobamos el dictamen con dos votaciones nominales; se pone en vigor el Código y empiezan las quejas contra los jueces; que si son malos, que si no saben administrar justicia, y todo eso que han oído los señores diputados mejor que yo, y la administración de justicia carga el pecado que debíamos cargar nosotros por no estudiar el proyecto...”.

Lo importante es lograr hacer de la recepción un instrumento útil pero no el fin. Ciertamente podemos hablar de una *Crísis de la codificación moderna* y de nuevas perspectivas hacia un derecho más flexible y que de posibilidad a una verdadera recepción de ideas útiles e inteligentes, pero debemos aceptar que debido a la trascendencia jurídica, la forma Código ha soportado toda clase de críticas y embates pero sigue dominando la escena y por el momento no se le ve flaquear: «En una época como la nuestra, así convulsiva, así mutable e indeterminada, caracterizada por la tendencia a la desmaterialización de las relaciones y de un gusto palpable por el virtual, volver a pensar una cuestión históricojurídica vivida, en su totalidad a la sombra de un monstruo sagrado (el Código) que hacía del sujeto y de su voluntad el centro ordenante del universo jurídico, puede revelarse útil y en ciertos casos, hasta iluminante. Esto, sobre

todo, si se descubre que aquél monstruo sagrado está todavía vivo y es vital, modificado pero no disuelto»²⁸.

4. Historia del derecho privado en la Edad moderna.

Cuando Franz Wieacker decidió quitar de la segunda edición de su *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*²⁹ la explicación didáctica sobre la teoría de la recepción, estaba respondiendo a una vocación que lo invitaba a incluirse como historiador del derecho moderno más allá de las consideraciones que como romanista precedentemente hiciera del derecho. La razón de que tal explicación didáctica permaneciera en Iberoamérica responde a una doble comodidad, la primera, la de leer a Wieacker en español, la castellana fue la única traducción que fue hecha de la primera edición alemana³⁰, las demás traducciones que circulan por el mundo (portugués, inglés e italiano)³¹ se hicieron de la segunda edición, como hemos dicho en la introducción. Por otro lado, la *Recepción* ha resultado cómoda para justificar la adopción (“asimilación” la llama la teoría de la recepción) de sistemas exteriores a los nuestros.

En otros sectores del planeta jurídico, como es el caso del propio sector germánico o del italiano, a la historia del derecho moderno y contemporáneo viene asignada una nueva tarea, una tarea crítica y analítica comenzando por el concepto de *Recepción* que fundaba los anteriores estudios de historia del derecho: «el acogimiento de las formas de vida de la sociedad humana se significa en el concepto ‘Recepción’. En el sentido de *aceptación y asimilación del derecho (Übernahme und Aufnahme des Rechts)*, refleja solamente de

28 M. SABBIONETI, *Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto*, en: Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno, no. 30, 2001, tomo II, pp. 858-867, p.867.

29 WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª.ed., Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1967.

30 WIEACKER, Franz, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1952.

31 La italiana: WIEACKER, Franz, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo a la Germania*, col. Per la storia del pensiero giuridico moderno no. 6/7, Milano, Giuffrè, 1980, 2 vols.; La portuguesa: WIEACKER, Franz, *História do direito privado moderno*, Fundação Calouste Guilbenkian, Lisboa, 1980; y la inglesa: *A history of private law in Europe, with particular reference to Germany*, Clarendon Press, Oxford, 1995.

manera incompleta aquel proceso *trascendental* (estas cursivas son nuestras). La moderna investigación, por ello, admite el término con reservas»³². o estamos en contra del uso del término sino de su uso indiscriminado, que en algunos casos llega a justificar anexiones de enteros sistemas legales o de normas extrañas a la tradición jurídica sin ninguna crítica o aportación propias. La Recepción será así, uno entre muchos procesos históricos, es la evolución del derecho vista desde el punto de vista del derecho romano.

Aún para quién no es jurista la recepción es más o menos evidente en un ejemplo clásico, la división del derecho: «La persona es más que un hecho de organización, más que un nombre o un derecho a un personaje y una máscara ritual; es un hecho fundamentalmente del derecho. En el derecho, dicen los juristas, no existen más que las *personae*, las *res* y las *actiones*, y tal principio rige todavía en las subdivisiones de nuestros códigos. Pero este resultado es el producto de una evolución particular del derecho romano»³³. Obviamente que la visión de Mauss es de *non docto*, pero en su simpleza está la insicividad: la modernidad se libra de la época medieval pero la crítica no es al uso del derecho romano, la crítica es a su mala interpretación, y si en su tiempo los proyectos codificatorios hacían hincapié en el uso moderado del derecho romano por ser discriminatorio, atemporal y extranjero; la crítica se debería haber extendido a la base que para un no jurista es clara, es una división rígida en tres partes del derecho civil: Personas, Cosas y Acciones, y esta no es incorrecta positivización del derecho romano es un hecho legible en nuestros códigos. Y parece que no hubiera más posibilidades, pero la rigidez no impide la sanidad porque el Código en su esquema fijo permite la subjetivización de objetos y la objetivación de sujetos.

Durante el siglo XIX hubo una reconsideración de la función del derecho romano que permeó en los doctrinarios de América Latina: «Las leyes del derecho civil y común imperial de los Romanos se reciben en cuanto a razón natural, y no en cuanto leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la

32 MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 11.

33 MACEL MAUSS, *Teoría general della magia ed altri saggi*, Einaudi, Torino, 1965, p. 369.

tienen en los reinos donde los reyes y príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal como en los reinos de España y reyes de ellos nuestros señores...»³⁴. Como bien explica Wieacker esta idea del derecho romano como 'derecho extranjero' es parte del movimiento romántico y nacionalista del XIX³⁵ y se dio tanto en Europa como en América Latina.

Sin embargo el derecho moderno dio a la Recepción general una función diferente en la creación del Estado nacional a través de la racionalización y la centralización y muchas veces fue utilizada como bien dice explica Wieacker en "un proceso histórico-constitucional"³⁶ entonces no contó más el que fuera o no derecho extranjero o fuera o no derecho romano histórico contaba sólo el hecho de que sirviera para crear y justificar un sistema jurídico unitario, nacional en el sentido de que vendría promulgado por un órgano oficial.

El peligro lo advierte el mismo Wieacker, es la «inexacta fórmula de 'recepción del derecho romano'» fruto del «Positivismo jurídico del siglo XIX (que ve) en el derecho sólo una suma de preceptos o normas que sin más podían ser extendidas a otra comunidad jurídica, y el pasar por alto la dependencia de ese derecho positivo, tanto de un conjunto de condiciones espirituales y éticas como de la oportunidad social e histórica de su realización»³⁷. Justamente el positivismo hace del derecho una cuestión inmaterial y desligada de la sociedad hacia las normas que la rigen, el derecho se convierte en una mercancía transportable, maleable y controlable. Los peligros son la extrapolación, el desarraigo social y el aislamiento.

Por eso Paolo Grossi propone una nueva función de la historia del derecho que comienza en la tarea de «...abatir las fronteras demasiado angostas, excluir reduccionismos, impedir la excesiva aridez cultural creando diálogos e instituyendo ocasiones de encuentro con dimensiones diferentes de

34 HEVIA BOLAÑOS, J., *Curia Filipica*, México, imprenta de la Real Compañía, 1825, pp. 1, 8, 15, f.45

35 WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la edad Moderna*, Aguilar, Madrid, p. 104.

36 *Ibidem*, p. 112

37 WIEACKER, F., *Historia del Derecho Privado de la edad Moderna*, Aguilar, Madrid, p. 92

la jurídica»³⁸. Solicitud que las ciencias sociales han hecho siempre al jurista, que a veces está cargado de prejuicios hacia otros saberes por considerarlos acientíficos pero que son justamente los que fundamentarían un carácter social. Solicitud que dentro de todas las ramas del derecho debería ser considerada en primer lugar por la historia del derecho por ser esta justamente el producto si del derecho pero del derecho como un descubrimiento de una determinada sociedad que se organiza.

5. Concebir el derecho.

La Recepción por sí sola no sería entendida sino se añade el proceso inmediato que caracterizará al nuevo derecho de la sociedad que recibe, y ésta es la función de *Concebir* el derecho. La palabra *concepción* tiene dos significados muy importantes para el caso que nos ocupa por un lado significa entender correctamente y tiene que ver muy de cerca con el tema de la *interpretación*, pero por otro lado la misma palabra significa también dar a luz y por tanto *creación*.

La Recepción medieval permitió en cierto modo, una *Concepción* particular del derecho que originó un perfeccionamiento del mismo y que lo llevó a confrontarse con una variedad de fuentes, lo que se recibía eran el marco y el pegamento, las piezas que darían color y solución a la infinidad de problemas las fueron poniendo los juristas a través del tiempo el derecho premoderno no sólo trató de entender el derecho recibido sino que *concebía* nuevas figuras. El derecho moderno destruyó de alguna manera esta coexistencia entre *recepción* y *concepción*, porque una vez establecido lo que se *recibía* la *concepción* fue considerada peligrosa y perjudicial para la anhelada certeza jurídica. Algún intento por abatir este problema presentaron tanto la escuela historia en Alemania, como la escuela exegética en Francia a finales del siglo XIX y el socialismo jurídico en el XIX y XX. Los tres fueron movimientos que puntualizaron sobre la estrechez de la función del jurista que debía ceñirse a la regla sin chistar.

38 GROSSI, P. *Pagina Introduttiva, Quaderni fiorentini per il pensiero giuridico moderno*, no.2, Giuffrè, Milano, 1973.

La Historia del derecho tiene en este punto una función primordial y es la de otorgar a la interpretación un sustento eficaz y la de proponer a la ciencia jurídica el uso mismo de la interpretación histórica: «Sólo el valor de experiencia histórica que resulta de esta interpretación a nivel científico-cultural puede llegar a ser realmente útil para la *compresión* del estado actual de la ciencia del Derecho. Este valor se torna entonces adecuado para iluminar la necesidad del estudio de la Historia del Derecho en nuestra actualidad tan desligada de lo histórico y ello pese a los agoreros que profetizan su adiós».³⁹

La propuesta es la de crear en la ciencia jurídica una conciencia crítica que nos lleve a *Concebir* el derecho en todos sus sentidos, a intuirlo en la problemática cotidiana, a descubrirlo en la sociedad y a entenderlo a través de su realidad histórica, política y conceptual. La historia del derecho ha contribuido en cierto modo a crear esta conciencia crítica, si bien como cátedra es más joven que la enseñanza del mismo derecho romano, como práctica ha estado ligada a este indisolublemente desde su nacimiento, pero la historia del derecho al igual que el derecho romano son instrumentos de los que se debe valer el jurista para contribuir a crear un orden en el cuál la convivencia humana sea afable, si a este fin sirve recibir un cierto tipo de sistema jurídico no somos contrarios, que se *reciba* siempre y cuando se *conciba*, en todos los sentidos de la palabra.

39 MOLITOR, Erich y SCHLOSSER, Hans, *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1980, p. 12.