

La exceptio non numeratae pecuniae
en los tratados de Pandectas del siglo XIX:
una aproximación al método de la Pandectística
y sus resultados

I. PANDECTÍSTICA: ENTRE HISTORICISMO Y DOGMÁTICA

Desde el siglo XII d. C. en que se redescubre el *Corpus Iuris* justiniano –versión florentina o pisana del Digesto–, hasta el XIX en que se inicia en Europa el movimiento codificador, se produce un amplio proceso de expansión de los estudios de Derecho romano, en virtud del cual la realidad jurídica romana recogida en los textos es aprehendida y reinterpretada de acuerdo con la mentalidad y espíritu de cada una de esas épocas que van a jalonar la historia de Europa. En este *iter*, la Pandectística alemana del ochocientos constituye un hito especialmente significativo, pues la elaboración dogmática llevada a cabo por estos autores a partir de las fuentes romanas ha influido considerablemente en la ciencia del Derecho civil, así como en el enfoque docente de nuestra asignatura –Derecho romano–, determinando que sea pandectista tanto la sistemática como la terminología que se sigue en los manuales de Derecho romano a la hora de exponer las instituciones¹. Basta con poner como ejemplo su construcción acer-

¹ Esta sistemática pandectística no se sigue en la exposición de la materia Derecho romano en su conjunto, pues es habitual contravenir el orden pandectista de explicar el proceso como medio de defensa del derecho subjetivo con posterioridad a las instituciones. En la búsqueda de una mayor fidelidad con el modo de proceder de los romanos, para quienes es la tenencia de la acción la que condiciona la titularidad del derecho, la sistemática de los manuales de Derecho romano recoge la materia relativa al proceso con anterioridad a las instituciones.

ca del negocio jurídico a partir de la generalización de las soluciones que los juristas romanos habían dado a casos concretos en materia de contratos y testamentos. En cuanto a la influencia terminológica, sabemos que conceptos como los de derechos reales (el propio concepto de propiedad ausente en los textos romanos)— derechos personales, sobre los que gira toda la teoría del Derecho civil patrimonial, son una elaboración romanística llevada a cabo por los autores pandectistas, y son términos de los que nos servimos los romanistas aun cuando, en rigor, debiéramos hablar de *actiones in rem*-*actiones in personam*².

Ahora bien, si es indudable este carácter dogmático generalmente atribuido a la Pandectística o *Rechtswissenschaft*, no es menos cierto que esta corriente de pensamiento, antes de devenir dogmática, se presentó como histórica, siendo en principio historicismo y dogmática presupuestos metodológicos poco conciliables, si no contrapuestos³. La necesidad de armonizar ambas posturas para aproximarnos así al que fuera el método seguido por esta corriente del pensamiento jurídico, ha sido una de las razones que han motivado esta investigación, y constituye el núcleo del presente trabajo: ¿de qué modo recibieron los autores pandectistas la herencia romanística (historicismo) y cómo hicieron para integrar esa tradición en su presente (dogmática)?

A esta aparente contradicción (historicismo-dogmatismo) en cuanto a la concreción de su presupuesto metodológico, hay que añadir como elemento que incentiva al estudio de esta escuela de pensamiento, el hecho de que, a pesar de que fueron muchos los autores que formaron parte de la misma a lo largo de más de un siglo, lo que hace difícil hablar, como expresa Mazzacane⁴, de un programa rígido y con autónomos instrumentos organizativos e institucionales, sin embargo, se atribuye a las obras pandectísticas de Derecho romano elaboradas en Alemania desde comienzos del siglo XIX, una afinidad de técnicas y de orientación que permiten diferenciar estos trabajos de aquéllos que se habían realizado en la época de la Ilustración. De modo que se impone analizar los rasgos diferenciales de esta corriente científica respecto de aquellas otras que la precedieron.

Analizado desde una perspectiva predominantemente historicista, o predominantemente dogmática, el objeto de estudio de estos autores pandectistas es el Derecho romano, si bien en un momento histórico en que éste se encontraba en franca decadencia, entre otras razones, como hace ver Koschaker, por la crisis política del imperio —el sacro imperio de la nación alemana desaparece en

² Atentos los juristas romanos más al modo de proteger procesalmente las pretensiones de los particulares, que a la declaración y conceptualización de sus «derechos subjetivos», prefirieron hablar de *actiones in rem*-*actiones in personam*, poniendo así el acento en el aspecto dinámico de la acción, antes que en el estático del derecho subjetivo.

³ En este sentido advierte J. MIQUEL, *Historia del Derecho romano*, PPU, Barcelona, 1990, pp. 151 ss., que dogmática e historia son los dos polos en torno a los cuales ha girado la percepción que en las distintas épocas se ha tenido del Derecho romano. La actitud dogmática y la histórica, dice Miquel, responden a dos posturas fundamentales de la existencia humana.

⁴ A. MAZZACANE, «Pandettistica», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI, pp. 592-608. Del mismo autor *vid.* «Prospettive savignyane vecchie e nuove: i corsi inediti di metodologia», *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* 9 (1980), Giuffrè editore, Milán, 1981, pp. 217 ss. También de A. MAZZACANE, «Savigny e la storiografia giuridica. Tra storia e sistema», *Scritti in onore di Salvatore Pugliati*, vol. IV, Giuffrè editore, Milán, 1978, pp. 515 ss.

1806⁵— y el auge del Derecho natural. A pesar de ello, la Pandectística ejerció enorme influencia en la ciencia jurídica alemana del siglo XIX, trascendiendo al resto del continente europeo, y perdurando hasta nuestros días.

El propósito de hallar una explicación a estas aparentes paradojas ha motivado este trabajo sobre la ciencia jurídica alemana del siglo XIX conocida como Pandectística.

De este modo, el objeto de nuestro estudio es la doctrina Pandectística; el objetivo o finalidad, aproximarnos al conocimiento de sus fines, método y eventuales resultados; el método del que nos vamos a servir a este fin va a ser el que fuera defendido por Savigny como ideal en el desarrollo de la actividad del jurista, esto es, la sustitución de la inducción propia de los racionalistas por la deducción, de modo que el protagonismo ha de recaer en el análisis de lo concreto⁶, en nuestro caso vamos a utilizar como instrumento de análisis el tratamiento del que fue objeto por parte de distintos autores pandectistas un mecanismo procesal del Derecho romano: la *exceptio non numeratae pecuniae*.

Si para conocer un poco más de cerca la Pandectística vamos a descender a analizar el tratamiento que recibe por parte de ésta la singular *exceptio non numeratae pecuniae*, parece oportuno aportar algunos datos esenciales acerca de la misma.

Se trata de un mecanismo procesal del Derecho romano (s. III d. C.) relacionado con los préstamos de dinero que se habían formalizado mediante estipulación documentada⁷ (*cautio*)⁸, y en relación con los que acontecía que el

⁵ P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano* (trad. del alemán de J. Santa Cruz Teijeiro), Editorial Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, p. 306: «El sacro imperio de la nación alemana desaparece en 1806 y se suprime el Tribunal cameral del imperio. A partir de este momento ya no hubo un derecho imperial, sino únicamente un Derecho general constituido por el contenido concordante de los distintos derechos territoriales. El Derecho romano, el viejo Derecho imperial, fue privado, en amplios territorios (Prusia, Austria, territorios del Code civil) incluso de su validez subsidiaria, por efecto de las codificaciones iniciadas a fines del siglo XVIII».

⁶ Vid. en este sentido R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano* (trad. M. Abellán Velasco), Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1997, p. 278.

⁷ El recurso a la *stipulatio* para formalizar el mutuo encuentra su fundamento en el hecho de que, siendo el mutuo en Derecho romano un contrato esencialmente gratuito, resultaba imposible la reclamación judicial de los intereses convenidos en relación con el mismo a través de simple pacto. Del *nudo* pacto no se derivaba acción, sino que sólo era alegable por vía de *exceptio*. Es, por tanto, la configuración jurídica del mutuo como contrato esencialmente gratuito, la que determinó su formalización mediante *stipulatio* con el objeto de poder hacer exigibles los intereses acordados por las partes. Se habla así de contrato *re et verbis*.

⁸ Antes de producirse la desnaturalización del negocio estipulatorio, el documento en el que se dejaba constancia de la ceremonia *verbis* era la *cautio*, escrito en el que se fijaban los extremos del contrato y, sobre todo, el objeto de la promesa. La denominación de *cautio* como garantía, cautela, estaría en consonancia con la función de medio de prueba que el documento vendría a desempeñar en ese primer momento. Vid. F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, vol. I, Roma, 1971, p. 305; L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati*, Florencia, Vallecchi editore, 1935, p. 32. Más adelante, y debido a la influencia helenística, el documento empleado para dejar constancia de la obligación derivada de mutuo (estipulatorio o no) era el *quirografo*, documento privado de carácter subjetivo.

compromiso escrito de restituir la cantidad supuestamente prestada no se veía seguido de la *datio* o entrega. La *exceptio non numeratae pecuniae* servía, según la interpretación tradicional, para que el deudor al que se reclamaba la restitución obligase al acreedor a probar la existencia de entrega de la cantidad prestada o, en último término, que probase la causa de la obligación («...compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam»)⁹. La oposición de este mecanismo procesal estuvo sometida desde su aparición en torno al año 215 d. C. a un plazo de prescripción¹⁰, primero de un año, más tarde de cinco (Diocleciano)¹¹ y, finalmente, de dos¹².

Efectivamente, de época del emperador Justiniano data una disposición legislativa (Inst. 3,21)¹³ en virtud de la cual se fijaba un plazo de prescripción de dos años para la *exceptio non numeratae pecuniae*, pasado el cual sin haberse hecho uso de la misma, decaía la posibilidad de oponerla en un futuro, así como se hacía imposible impugnar el escrito de ningún otro modo, convirtiéndose en incontestable el documento en el que constaba el compromiso del deu-

⁹ La primera mención expresa a la *exceptio non numeratae pecuniae* proviene de C. 4,30,3, constitución dada en las calendas del mes de julio del año 215 d. C., bajo el consulado de Leto y Cereal. Se trata de un rescripto del emperador *M. Aurelius Severus Antoninus Caracalla*, según reza la *inscriptio* que encabeza el texto, y el destinatario es un particular (Demetria), a quien responde directamente el emperador («*Si es cautione tua ...*»). El supuesto de hecho al que se refiere la constitución está en relación con el ejercicio de una *condictio*, amparada en una *cautio*, acción frente a la que la demandada podía alegar la *exceptio doli* o, en su caso, la *exceptio non numeratae pecuniae*, consiguiendo que fuese compelido el demandante a probar que existió entrega del dinero, aun cuando ninguna explicación o justificación existe acerca de esta inversión del *onus probandi*. El motivo de la consulta parecen ser las dudas que alberga la consultante acerca del valor a atribuir al documento en el que reconoció el crédito que nunca llegó a recibir (¿sólo probatorio o quizá también constitutivo?; ¿valor de título ejecutivo?). Acerca de la *exceptio non numeratae pecuniae* como mecanismo a utilizar frente a la *condictio mutui*, vid. C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho de la «exceptio non numeratae pecuniae» en el Derecho romano*, Editorial Dykinson, Madrid, 2000, pp. 48 ss.

¹⁰ La primera mención que las fuentes hacen a la existencia de un plazo para la oposición de la *exceptio non numeratae pecuniae* proviene de un rescripto del emperador *M. Aurelius Severus Alexander* fechado en el año 228 d. C. (C. 4,30,8). Sobre el carácter prescriptible de la *exceptio non numeratae pecuniae*, vid. C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho de la «exceptio non numeratae pecuniae» en el Derecho romano*, op. cit., pp. 59 ss.

¹¹ Así se desprende de una constitución imperial conservada en un epítome del *Codex Hermogenianus*, constitución atribuida por la mayor parte de los autores a Diocleciano (*Epit. Cod. Hermog. Wisigothica* 1,1). Al quinquenio introducido por Diocleciano alude también la *Lex Romana Burgundionum* 3,21.

¹² Con Justiniano, el lustro fue sustituido por el bienio, según se establece una de las constituciones de este emperador del año 528 d. C. (C. 4,30,14).

¹³ Inst. 3,21 (*De litterarum obligatione*): «*Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit, quod numeratum ei non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest: hoc enim saepissime constitutum est. Sic fit ut et hodie, dum quaeri non potest, scriptura obligetur; et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat: sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coartam est ultra bienni metas huiusmodi exceptio minime extendatur.*»

dor de devolver la cantidad. La presunción de entrega del crédito, hasta ese momento entendida como presunción *iuris tantum*, devenía ficción legal, imposible de rebatir con ningún medio de prueba¹⁴.

El modo en que los autores considerados como pandectistas abordan en sus tratados de pandectas esta figura jurídica del Derecho romano de los romanos (las preguntas que se formulan en relación con la misma, la selección textual y su crítica), nos permitirá adentrarnos en su particular «sentido de la historicidad».

Por otra parte, las derivaciones o construcciones que llevan a cabo algunos de estos autores a través de la generalización de esta concreta previsión justinianea relativa a la fijación de un plazo de prescripción para la *exceptio non numeratae pecuniae*, transcurrido el cual el documento de reconocimiento de deuda deviene incontestable, nos servirán para acercarnos a la «vertiente dogmática» de esta corriente doctrinal.

II. SENTIDO DE LA HISTORICIDAD EN LA PANDECTÍSTICA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Coherentemente con su procedencia de la Escuela Histórica del Derecho encabezada por Savigny (1779-1861), se ha atribuido a la Pandectística como principal característica su profundo respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos. Así, la doctrina Pandectística, rama romanista de la Escuela Histórica, como la Germanística¹⁵, descendiente directa también de la Escuela Histórica, pero volcada esta última en el estudio de la tradición jurídica de las antiguas poblaciones germánicas y su evolución, ambas, decimos, habrían seguido una orientación claramente opuesta a la del Iusnaturalismo y Racionalismo, corrientes científicas que las precedieron. A diferencia de éstas, para las que el Derecho consistía en un sistema de leyes naturales con validez universal –según el Iusnaturalismo–, en un producto emanado de un legislador

¹⁴ Es opinión generalizada la de que en estos casos la presunción de entrega entendida hasta ese momento como presunción *iuris tantum*, deviene presunción *iuris et de iure*. Ahora bien, dado que no se admite prueba alguna, entendemos que se trata de una ficción legal y no de una presunción. Pasados los dos años, la entrega se entiende realizada porque así lo desea el Ordenamiento jurídico; porque existe una disposición legal que así lo prescribe. *Vid.* en este sentido M. SERRA DOMÍNGUEZ, «Comentario del Código Civil, arts. 1249-1251», en *Comentario del Código Civil* (Ministerio de Justicia), Madrid, 1993, pp. 414-420 y *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albaladejo, Madrid, 1981, pp. 575-627.

¹⁵ R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano, op. cit.*, p. 248, «De la misma matriz cultural nace y se confirma, siempre dentro del ámbito de la Escuela histórica, una paralela y análoga transferencia hacia el estudio y la reivindicación de las tradiciones jurídicas de las antiguas poblaciones germánicas y de su evolución, de donde las investigaciones, cada vez más numerosas, marcharán en una doble vía, la de los romanistas y la de los germanistas, animados unos y otros por un igual sentimiento y fervor en la comparación de las vicisitudes comunes».

racionalista –según la *Science du droit* de ascendencia cartesiana–, la Escuela Histórica habría adoptado como premisa metodológica una visión histórica de los ordenamientos jurídicos que comportaría la imposibilidad de comprender el presente de un pueblo y de su Ordenamiento desconectado de su concreto pasado, de su devenir histórico. En definitiva, el Derecho debía ser considerado como resultado de la evolución histórica y manifestación del espíritu del pueblo, del *Volksgeist*. Éste iba a ser el argumento que iba a servir al fundador de la Escuela Histórica para paralizar las iniciativas codificadoras propugnadas por Thibaut, y a sus discípulos pandectistas para, tomando como precedente el Derecho romano, sentar las bases de la dogmática del Derecho civil.

Concretamente, esta vocación historicista de la Escuela Histórica se habría hecho explícita ya al inicio de la obra de Savigny, *Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, o «De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho» (1814), en la que este autor ataca la época de la Ilustración por «haber perdido el sentido y la sensibilidad para comprender tanto la grandeza y particularismo de otras épocas, como la evolución natural de los pueblos, es decir, todo lo que puede salvar y fecundar la Historia». En su lugar, afirma Savigny, «se ha impuesto una esperanza ilimitada en la época presente que se cree llamada nada menos que a una auténtica síntesis de la perfección más absoluta».

Esa tendencia a la historicidad se habría materializado, asimismo, en la fundación en 1814 de la *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* o *Revista para la ciencia histórica del Derecho*, en cuyo primer número apareció un artículo de Savigny titulado «Sobre el fin de la Escuela Histórica»¹⁶, en el que éste exponía los principios programáticos de la misma¹⁷. No hay que olvidar tampoco la publicación, ese mismo año, del primer volumen de su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* o *Historia del Derecho romano en la Edad Media*.

Ahora bien, para valorar como novedoso o no el planteamiento savigniano de defensa del Derecho como producto histórico es preciso profundizar, previamente, en su particular modo de entender esa historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos. Sólo así será posible concretar si las diferencias entre la corriente científica encabezada por Savigny y aquellas otras que la precedieron en el tiempo, son tan sustanciales como el propio Savigny pretende o si, por el contrario, como sostienen entre otros Wieacker, Orestano, Wesenberg y Wesener, parece posible encontrar significativos precedentes de esta postura en la historia de la cultura europea, por ejemplo en el Humanismo jurídico del siglo XVI¹⁸, y mucho más próximos a Savigny, entre los mismos ilustrados fran-

¹⁶ Vid. *La Escuela histórica del Derecho (documentos para su estudio por Savigny, Eichorn, Gierke, Stammler)*, trad. del alemán por R. Atard, Madrid, 1908. Los principios programáticos a los que hacíamos referencia se contienen en el artículo de F. K. SAVIGNY, «Sobre el fin de la Revista de la Escuela Histórica», pp. 11-29.

¹⁷ Esta revista perdura aún en nuestros días con la denominación *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung)*.

¹⁸ R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, op. cit., p. 249.

ceses (Voltaire¹⁹, Montesquieu²⁰), ingleses (Shaftesbury²¹, Hume²², Edward Gibbon²³), italianos (Gian Vincenzo Gravina²⁴, Giambattista Vico²⁵)y, finalmente, entre los propios alemanes (Möser²⁶, Herder²⁷)²⁸.

Al margen, como decimos, de que al menos a primera vista la cesura entre la época inaugurada por Savigny y la que la precedió no sea tan radical, una completa valoración del carácter innovador de los postulados savignianos no es posible sin profundizar previamente en su particular modo de entender esa historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos.

¹⁹ Destaca Orestano la figura de Voltaire (1694-1778), filósofo e historiógrafo de diferentes civilizaciones que sustrae las evoluciones históricas al carácter absoluto de los postulados racionalistas, y las abre a la consideración de la peculiaridad de las características de una época, de un pueblo, de un período, que constituyen su *esprit*, su *génie*.

²⁰ Montesquieu (1689-1755), quien especialmente en el *L'esprit des lois* de 1748 confirma y precisa «yo no trato de las leyes, sino del espíritu de las leyes (...), un espíritu que consiste en las diversas relaciones que las leyes pueden tener con diferentes cosas (...) y como las leyes son hechas siempre por una sociedad, la principal de estas relaciones es la que las leyes mantienen con la sociedad que las alumbró». En este sentido, según expresa, F. GONZÁLEZ VICEN, «La Escuela histórica del Derecho», separata de *Savigny y la Ciencia jurídica del siglo XXI, Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 18-19, Granada, 1978-1979, «ésta es la intuición más genial de Montesquieu pues lo que él tiene presente no es la sociedad, como en las teorías políticas iusnaturalistas, sino cada una de las sociedades que se han dado en la historia, es decir, la sociedad en su individualidad, determinada por factores físicos, humanos, económicos, cuya confluencia hace de cada sociedad un dato único animado por un espíritu propio. Las sociedades entendidas así en su individualidad constituyen el verdadero sujeto y motor de la historia».

²¹ Shaftesbury (1671-1713) de quien resalta Orestano su insistencia en el «sentimiento de la historia». Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, op. cit. p. 249 n. 8.

²² David Hume (1737-1776).

²³ Edward Gibbon (1737-1794), historiador que en su obra *The history of the Decline and Fall of the Roman Empire* estudia las vicisitudes de los pueblos que giran en torno a Roma en su individualidad, y atendiendo a sus particulares condiciones.

²⁴ Gian Vincenzo Gravina (1664-1718).

²⁵ Giambattista Vico (1668-1744).

²⁶ Justus Möser (1720-1794), cuya obra está dirigida contra el pensamiento analítico y abstracto de la época. Fue una de las primeras voces que se alzaron en contra de la idea codificadora, postulando por el carácter autóctono del Derecho, variable en el tiempo, pero siempre vinculado a una realidad concreta.

²⁷ Johann Gottfried Herder (1744-1803), quien opone al mundo cerrado del espíritu y del raciocinio, el mundo inmediato de la experiencia vital. Entiende que a un pueblo no se le puede describir ni caracterizar de modo general, sino que en cada uno de ellos hay que tener presente «todo el cuadro vivo de su forma de vida, costumbres, necesidades, peculiaridades geográficas». La interacción de todas estas circunstancias es la que convierte al pueblo en entidad histórica propia. Vid. F. GONZÁLEZ VICEN, «La Escuela histórica del Derecho», op. cit., pp. 9 ss.

²⁸ Vid. en este sentido F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno (con particolare riguardo alla Germania)*, vol. II, Giuffrè editore, Milano, 1980, pp. 13 ss., trad. italiana de U. Santarelli-S. Fusco de la segunda edición alemana, que no hemos podido consultar: *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung)*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967. Hay trad. española de la primera ed. alemana de 1952: *Historia del Derecho privado de la edad moderna*, por F. Fernández Jardón, Editorial Comares, Granada, 2000. Wieacker reconoce que los fundamentos que hicieron posible la Escuela Histórica estaban ya latentes antes del romanticismo.

Por esto, los interrogantes que surgen de modo inmediato son: ¿cuál es la clave para entender el «sentido de la historicidad» que propugna la Escuela Histórica en su vertiente Pandectística? Por otra parte, ¿existe, realmente, esa radical cesura desde el punto de vista de los presupuestos metodológicos entre Pandectística y corriente iusnaturalista?²⁹

Que el precedente más venerable de la historia jurídica europea, en general, y alemana, en particular, lo constituye el Derecho romano es cuestión indiscutible³⁰, así lo primero que hay que especificar es que ese conocimiento histórico que propugna la Escuela histórica tiene como protagonista, si no exclusivamente, pues también son de interés el Derecho canónico y el Derecho consuetudinario alemán³¹, al menos sí preferentemente, al Derecho romano, con más exactitud, según se ha reconocido generalmente³², el Derecho romano justinianeo. En este sentido, dice Wieacker: «el Derecho romano era para Savigny, el elemento constitutivo de la cultura jurídica alemana ya que se le veía como acontecimiento educador, de modo que devenía improcedente la censura contra la recepción del mismo pues no hubiera ocurrido nunca sin una íntima necesidad».

El nombre con el que se conoce a esta corriente científica tampoco es casual; se habla de Pandectística o *Pandektenrecht*, porque si bien a efectos de servir a este historicismo el *Corpus Iuris* en su totalidad merece el interés de estos autores, no es menos cierto que su máxima atención recae sobre aquella parte de esta obra en la que se recogen las opiniones jurisprudenciales, es decir, sobre el *Digestum* o Pandectas.

Dado que el contenido del Digesto o Pandectas, al menos tal y como ha llegado hasta nosotros, es, predominantemente, Derecho privado, esta vertiente jurídica, más que el Derecho público, va a ser la que va a centrar el interés de los pandectistas.

²⁹ En opinión de P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 353, «La Escuela histórica y el Derecho natural eran en realidad posiciones antípodas, pero como verdaderas antípodas se tocaban con los pies; de este modo se produjo el contacto que había de generar una fuerte corriente espiritual que partiendo del *ius naturale* actuaría en la pandectística».

³⁰ *Vid.* P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, *op. cit.*, p. 341: «Cuando al final del s. XV se advirtió la ineludible necesidad de un Tribunal imperial supremo, estable y constituido por funcionarios designados de entre los juristas, se creó en 1495 el Tribunal cameral del imperio, si bien era ya demasiado tarde para admitir la posibilidad de crear un Derecho privado imperial. Por otra parte el Derecho romano estaba llamando ya con violencia a las puertas del imperio. Derecho romano que llegaba apoyado en la idea cultural de Roma; un Derecho que venía a abolir la fragmentación y el particularismo jurídico, y a vivificar mediante la reforma del Reich la idea imperial. El Derecho romano llega, además, como Derecho de juristas provisto de una abundante casuística».

³¹ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (traducción italiana de C. FADDA-E. BENSÀ), vol. I, Unione tipografica editrice, Torino, 1902, pp. 14 ss: «Entre las fuentes de las que se nutren los pandectistas está: el Derecho canónico –*Decretum gratiani concordantia discordantium canonum*, decretales de Gregorio IX y Decretales de Bonifacio VIII–, Leyes imperiales alemanas y Derecho común consuetudinario alemán».

³² *Vid.* G. IMPALLOMENE, «Pandettistica», *NNDI*, pp. 350 ss.; A. MAZZACANE, «Pandettistica», *op. cit.*, p. 592.

Finalmente hay que decir que se va a tratar de un estudio sistemático, generalmente comprensivo de todas las instituciones del Derecho privado.

A partir de estos presupuestos nos hemos acercado a los tratados de los pandectistas para ver si éstos arrojaban alguna luz sobre las numerosas sombras que la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos plantea. Pretendíamos comprobar si el carácter histórico-crítico de esta corriente de pensamiento se había traducido en un mejor conocimiento del Ordenamiento jurídico romano como experiencia jurídica del pueblo romano, o si, por el contrario, su «historicismo» reviste otras características. Si se trata más bien, como intuimos, de conocer ese venerable pasado que el Derecho romano representa para, identificando aquellos elementos de dicho Ordenamiento que habían sido objeto de recepción *–ius commune–*, entender mejor su presente y dar respuesta a las demandas de éste aprovechando esa tradición romanística, desechando, a su vez, cuanto hubiese caído en desuso, o hubiese dejado de tener sentido a la luz de las nuevas interpretaciones doctrinales; en palabras de Ihering, «a través del Derecho romano, más allá del Derecho romano». Pero, no adelantemos conclusiones.

De haber pretendido los pandectistas profundizar en el conocimiento histórico del Derecho romano como experiencia jurídica del pueblo romano, quizá podrían aportar sus trabajos alguna luz acerca del concreto momento de aparición de la *exceptio non numeratae pecuniae*, de la existencia de un plazo para su oposición y, especialmente, de los concretos supuestos de hecho a los que podría haber sido aplicable, pues sin duda la explicación tradicional que la refiere al supuesto de mutuo no seguido de entrega no resulta satisfactoria; en primer lugar, porque parece difícil aceptar que dicho supuesto de hecho constituyese una *praxis* tan frecuente como para determinar una intervención expresa de la Cancillería imperial para establecer su regulación; por otra parte, porque tan taxativa exégesis supone obviar otros casos en relación con los cuales la *exceptio non numeratae pecuniae* habría sido de gran utilidad.

En torno a este mecanismo procesal se suscitan interrogantes como el de su oportunidad en aquellos casos en que el deudor recibió, pero recibió menos de lo que había reconocido por escrito, pues movido por la necesidad había consentido en un préstamo a interés ilegal. Así, ¿no se podría vincular la *exceptio non numeratae pecuniae* al mutuo a interés abusivo o «mutuo usurario»? Del mismo modo cabría plantearse si habría sido posible recurrir a esta excepción en aquellos casos en los que la causa era otra distinta del préstamo, causa que se había encubierto bajo la abstracción de la *stipulatio*. Así, ¿podría haberse alegado para hacer emerger la causa subyacente bajo la apariencia de un mutuo estipulatorio, causa que podía ser no siempre lícita? Estos son algunos de los interrogantes que pueden plantearse a partir del análisis de las fuentes jurídicas romanas³³.

Con independencia de las conclusiones a las que hubiesen podido llegar al respecto estos autores alemanes del siglo XIX cuyo objeto de estudio era el

³³ C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho de la «exceptio non numeratae pecuniae» en el Derecho romano...*, *op. cit.*

Derecho romano, no interesa saber si son éstas cuestiones que se hubiesen planteado al enfrentarse con este mecanismo procesal del Derecho romano que, por el momento de su aparición (s. III d. C.), y por la escasez de fuentes jurídicas que a él se refieren, tantos interrogantes deja abiertos, como hemos visto. El mejor modo de salir de la duda es conocer de cerca las obras de estos autores.

Dado que en un trabajo de las características del que ahora presentamos, no es posible un análisis exhaustivo de todas las obras pandectísticas elaboradas a lo largo del siglo XIX, hemos optado por centrar la primera parte de nuestro estudio en los trabajos de G. F. Puchta, F. L. von Keller, L. Arndts y B. Windscheid, por el modo en que en ellos se procede al análisis de la *exceptio non numeratae pecuniae*. Ello nos va a permitir concretar el sentido de la historicidad en la Pandectística. La segunda parte la dedicamos al estudio de los trabajos de A. Brinz y O. Bähr porque de su tratamiento de la *exceptio non numeratae pecuniae* se desprende la clara tendencia de la Pandectística a servirse de la historia para hacer dogmática jurídica. Las obras de pandectistas como H. Dernburg, K. A. von Vangerow o A. Baron, entre otros, no son objeto de tratamiento en esta ocasión.

2. HISTORICISMO EN LA PANDECTÍSTICA: CONCLUSIONES A PARTIR DE LO CONCRETO (TRATAMIENTO DE LA *EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE*)

2.1. Georg Friederich Puchta

Dentro de la primera generación de discípulos de Savigny, hay que destacar a Georg Friederich Puchta (1798-1846)³⁴, considerado junto con Savigny el más destacado representante de la Escuela histórica del Derecho. De él se ha dicho que supo fijar de manera definitiva los caracteres metodológicos de la «ciencia del Derecho romano actual» que terminó por proclamar su maestro, desarrollando el pensamiento de Savigny en dirección de una dogmática jurídica que influyó su misma obra y tuvo profunda incidencia en la ciencia del Derecho civil del siglo XIX. Llevó a sus últimas consecuencias la noción savigniana de «sistema jurídico» y el principio conexo de «función productiva de la jurisprudencia»³⁵.

³⁴ Hijo de un famoso juez de Ansbach, estudió en el Gimnasio de Nürenberg (1811-1816) bajo la influencia de Hegel. Fue profesor en Munich (1828), Marburgo (1835), en Leipzig (1837) y desde 1842 sucesor de Savigny en la cátedra de Berlín. Sobre la biografía, escritos y trascendencia de la obra de Georg Friederich Puchta, *vid.* R. STINTZING, E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Abteilung 3, Halband 2, Text, (Neudruck der Ausgabe München 1910), Scientia Verlag, 1978, pp. 438 ss.; G. WESENBERG, G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa*, trad. de la 4.ª ed. alemana, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, de J. J. de los Mozos Touya, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1998, p. 284; A. MAZZACANE, «Pandettistica», *op. cit.*, p. 603; R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano...*, *op. cit.*, pp. 284 ss.

³⁵ *Vid.* A. MAZZACANE, «Pandettistica», *op. cit.*, p. 603.

Si el «Derecho científico» que defendía Savigny debía aunar método histórico, del que venimos hablando hasta ahora, y que supone una investigación del pasado en toda la variedad de sus formas, y método sistemático, que implica relacionar la variedad de los fenómenos contemporáneos con la unidad informadora de los mismos, Puchta parece que hizo prevalecer el segundo de estos métodos; en él predomina, según Orestano, «una tendencia rígidamente racionalista»³⁶. En palabras de Mazzacane³⁷, «Puchta concibió la ciencia del Derecho privado como metodología de la dogmática, lo que implicaba un aislamiento del sistema jurídico, aislamiento que venía condicionado por su propia autonomía y ausencia de lagunas. De este modo, el paso definitivo a una concepción formalista de la ciencia jurídica estaba cumplido». Labor de la Ciencia jurídica era, según Puchta, reconducir el Derecho a un sistema de conceptos universalmente válidos (jurisprudencia de conceptos); un planteamiento bastante alejado, por tanto, del historicismo savigniano.

De la caracterización general que hemos hecho de Puchta y su obra ya se desprende que poca luz va a poder arrojar este autor acerca de los interrogantes existentes en torno a la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos, pues, por cuanto hemos dicho, su trabajo discurrió más por los cauces de la dogmática que por los del historicismo que comenzó propugnando su maestro. Comprobemos, no obstante, con qué actitud se aproximó Puchta a las fuentes jurídicas romanas; en qué sentido se benefició del estudio de ese Derecho romano por el que, como su maestro, profesó profunda devoción y del que opinaba que había calado hondo en Alemania, no en virtud de una imposición externa, sino por la fuerza de su persuasión científica, del mismo modo en que lo habían hecho la filosofía griega y otros tesoros de la Antigüedad. Veámoslo a partir del tratamiento que dio Puchta en su tratado de Pandectas cuya primera edición data de 1838 (*Pandekten*) a la *exceptio non numeratae pecuniae*³⁸.

De los nueve libros que componen esta obra, el tratamiento de la *exceptio non numeratae pecuniae* se contiene en el libro sexto «*Die Rechte an Handlungen*» o Derecho a accionar, libro que se divide a su vez en dos capítulos, el primero, sobre la teoría general de las obligaciones (*Von der Obligatio überhaupt*), y el segundo, sobre tipos concretos de obligaciones (*Die einzelnen Obligationem*), entre éstas, las obligaciones derivadas de contrato, como es el caso del mutuo o préstamo (*Darlehen*), supuesto de hecho en relación con el que rige la excepción objeto de nuestro estudio.

³⁶ El propio Puchta en su *Cursus der Institutionem* reconoce estos dos aspectos de la ciencia del Derecho (sistemático e histórico), si bien, como advierte Orestano, resulta sintomático que ya en el enunciado invierta el orden y coloque la sistemática por delante de la historia. Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, op. cit., pp. 284 ss.

³⁷ A. MAZZACANE, «Pandettistica», op. cit., pp. 603 ss.

³⁸ Sobre la primera edición de 1838, vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, (primera traducción italiana de C. Fadda-E. Bensa), vol. I, Unione tipografica editrice, Torino, 1902, p. 33. La edición del tratado de Pandectas de Puchta que aquí utilizamos es: G. F. PUCHTA, *Pandekten* (Fünfte vermehrte Auflage von D. U. Rudorf), Leipzig, 1850, pp. 434-439.

Efectivamente, tras haber tratado en el § 304 del préstamo o *Darlehen* como fuente contractual de obligaciones, hace referencia en el § 305 a la posibilidad de que de esa obligación se deje constancia escrita a través de la emisión de un documento de reconocimiento de deuda del que dice que sirve sólo como medio de prueba («...*es ist keine neue causa debendi, sondern nur ein Beweis derjenigen*»). El contenido de dicho escrito podría ser impugnado en caso de no hallar correspondencia con lo acontecido en la realidad, es decir, en caso de inexistencia de entrega. A este respecto, especifica Puchta, el deudor dispondría de distintos mecanismos procesales: *exceptio non numeratae pecuniae* que, esgrimida por el deudor frente a la acción con la que se le exigía la restitución del mutuo, obligaría al acreedor a probar que existió entrega; *querella*, del mismo nombre, con la que el deudor podría anticiparse a la reclamación del mutuante o prestamista intentando dejar constancia de la inexistencia de *datio* y, finalmente, la *condictio* (*¿scripturae?*) de la que se serviría el deudor, ante la inexistencia de entrega, para reclamar la devolución del escrito, soslayando así posibles perjuicios futuros. La impugnación del escrito de reconocimiento de deuda a través de cualquiera de estos medios procedería en el plazo de dos años («*zwei Jahre lang*»).

Dado que no es el propósito de este trabajo profundizar en las peculiaridades de la *exceptio non numeratae pecuniae* y los otros mecanismos procesales mencionados conexos a ella³⁹, no nos vamos a detener a explicar el contenido que el Derecho romano pudo atribuir a los mismos, ahora bien, sí nos interesa llamar la atención sobre la falta de rigor histórico de Puchta al tratar de estos instrumentos de defensa procesal del Derecho romano, muy probablemente porque su interés no está en ahondar en el conocimiento de la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos, ni de la *querella*, ni de la *condictio*, sino sólo en ciertos aspectos de estos mecanismos que pudiesen seguir teniendo sentido en el momento histórico en que Puchta escribía.

Concretamente, parece centrar su interés en el valor del documento en que un sujeto se ha comprometido a restituir una determinada cantidad de dinero (*¿constitutivo?*, *¿exclusivamente probatorio?*), antes y después de que transcurra el plazo legalmente establecido para su impugnación, pues la práctica de documentar el préstamo antes de que se produjese la *datio* del dinero debía ser tan habitual en la Alemania de Puchta, como lo había sido entre los romanos (para éstos especialmente a partir de finales de la época clásica, en que el documento, por influencia helenística, adquirió gran importancia tanto en el ámbito del Derecho sustantivo como en el ámbito del Derecho procesal).

Así, llama la atención que, sin hacer referencia alguna al concreto momento histórico en que aparece la *exceptio non numeratae pecuniae*, su homónima *querella* ni la *condictio*; sin aludir tampoco al sistema procesal bajo el que

³⁹ Sobre la *querella-contestatio non numeratae pecuniae* y las *conditiones (liberationis et scripturae)* como mecanismos procesales conexos a la *exceptio non numeratae pecuniae* cuya existencia vendría determinada por las características de la *exceptio*, vid. C. CARRASCO GARCÍA, *Supuestos de hecho...*, op. cit., pp. 225 ss.

encontrarían acogida, ni a sus singularidades probatorias (es generalmente aceptado que la *exceptio non numeratae pecuniae* suponía una inversión del tradicional *onus probandi* según el cual cada una de las partes había de correr con la carga de probar los hechos que alegaba, pues la singularidad de esta excepción estaba en que hacía recaer la prueba de la entrega sobre el acreedor⁴⁰); sin ahondar, tampoco, en los posibles supuestos de hecho en los que cabría utilizar la *exceptio non numeratae pecuniae*, llama la atención, como decimos, que sí se mencione la sujeción de los mencionados mecanismos procesales a un plazo de prescripción que, curiosamente, es el plazo de prescripción fijado para la *exceptio non numeratae pecuniae* y la *querella* del mismo nombre por Justiniano.

Si bien se acepta generalmente que estos mecanismos procesales siempre estuvieron sujetos a término, este plazo de prescripción varió con el tiempo, de modo que el plazo inicial de un año, aumentó a cinco en época del emperador Diocleciano, para verse después reducido a dos años en virtud de la mencionada previsión justiniana contenida en Inst. 3, 21 y C. 4,30,14. De estos cambios experimentados por la *exceptio non numeratae pecuniae* en lo que a su prescriptibilidad se refiere, ninguna alusión hace Puchta; éste omite cuanto se refiere a la regulación de la época clásica y postclásica para centrarse en las previsiones justinianas, especialmente en aquella contenida en Inst. 3,21, según la cual, transcurrido el bienio para la impugnación del documento de deuda sin haber hecho uso ni de la *querella* ni de la *exceptio*, el documento deviene incontestable y de ser meramente probatorio de la existencia de la obligación, se convierte en constitutivo. Medida ésta con la que se persigue, según el propio emperador Justiniano, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas, reduciendo el tiempo en el que los acreedores pueden ver defraudados sus intereses («*sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari ...*»).

Tampoco pasa inadvertido el hecho de que, habiéndose obviado aspectos tan relevantes como los ya mencionados respecto de la *exceptio non numeratae*, sí se recoja expresamente la previsión justiniana contenida en una de las leyes nuevas emanadas de este emperador (Nov. 8,18), según la cual el deudor que hiciese uso injustificadamente de este mecanismo procesal, negándose sin fundamento a hacer efectiva la restitución de la cantidad prestada, vería crecer su condena al doble por lo que técnicamente se denomina *litiscrescencia por infitatio*.

Por último, hay que llamar la atención acerca de la circunstancia de que, según Puchta, de la *querella*, y se sobreentiende que cuanto dice a continuación vale también para la *exceptio*, no cabía hacer uso evidentemente cuando había expirado el plazo de su ejercicio, tampoco en caso de haberse satisfecho la totalidad o parte de los intereses de la deuda (C. 4,30,4), pues esto equivaldría a reconocer su existencia y, además, se especifica que no cabría recurrir a estos mecanismos procesales cuando expresamente se hubiese «renunciado» a los mismos (*Verzicht*).

⁴⁰ C. 4,30,3 «...compellitur petitor probare, pecuniam tibi esse numeratam».

Esta referencia a la renuncia no deja de ser llamativa si se tiene en cuenta que ninguno de los textos jurídicos romanos que aluden a estos medios procesales de los que podría servirse el deudor para hacer valer la inexistencia de *datio*, hacen alusión a la posibilidad de renunciar a los mismos. Es más, en nota dice Puchta que la opinión generalizada en torno a la renuncia es la de que ésta no debía hacerse constar en el propio documento de reconocimiento de deuda. Sólo *ein eidlicher Verzicht* (en el sentido de renuncia en el mismo documento de deuda pero sometida a juramento, lo que no resulta fácil de entender) permitía hacer uso de la *exceptio non numeratae pecuniae*.

A partir del análisis que Puchta hace de *la exceptio non numeratae pecuniae* en su tratado de Pandectas, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Puchta, cumpliendo con el postulado savigniano, dirige su mirada al pasado y, en este sentido, convierte al Derecho romano en objeto de su estudio. Ahora bien, no diferencia las distintas fases por las que pasó este Ordenamiento jurídico y de este modo no discrimina, concretamente en relación con la *exceptio non numeratae pecuniae*, entre regulación clásica, postclásica y justiniana, por el contrario, fija fundamentalmente su atención en esta última etapa, sin explicitar ninguna razón que justifique la elección; parece directamente identificar Derecho romano con Derecho romano justiniano.

No se observa, por otra parte, ninguna crítica textual; la posible existencia de interpolaciones (prejustinianas y justinianas) no es objeto de su interés.

No deja de ser llamativo, asimismo, como ya hemos anticipado, la referencia que hace Puchta a la posibilidad de renunciar a la *exceptio non numeratae pecuniae* en el mismo documento en el que se reconoce la deuda, cuando ni los escasos textos del Digesto que se refieren a la *exceptio non numeratae pecuniae*, ni los del Código que contemplan dicho mecanismo procesal bajo el título de «*non numerata pecunia*», hacen alusión a esa posible renuncia. Una explicación a esta circunstancia se puede encontrar quizá en que, como dice Windscheid, «el Derecho romano que va a regir en Alemania de forma subsidiaria y del que van a conocer los pandectistas es el de la compilación justiniana, recibida a través de la Escuela de Bolonia»⁴¹. No es impropio atribuir a los glosadores la referencia a la renuncia respecto de determinados mecanismos procesales, en este caso a la *exceptio non numeratae pecuniae*, pues la misma posibilidad es recogida en algunos textos jurídicos medievales españoles como Las Partidas (Partidas 5,1,9)⁴² y las *Costums* de Tortosa, influidos, igual-

⁴¹ Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., p. 5.

⁴² Partidas 5,1,9 (*Que fabla de los empreritos*): «*Fiuza e esperança fazen los omes a las vegadas unos a otros de sse empreritar alguna cosa, e aquellos a quien fazen esta promesa fazen carta sobre sí ante que sean entregados della otorgando que la an resçebida, e despues acaesce que les fazen demanda sobre esta razón, bien así como si les oviessen fecho el prestituto verdaderamente. E quando tal cosa como esta acaesciere, dezimos que este que fizo la carta sobre sí debe esto querellar al Rey o a alguno de los otros que judgan en su logar, como aquel que le prometió de prestar maravedís, e nos ge los quiso prestar nin contar nin dar, e debe pedir que le mande dar la carta que tiene sobre él de los maravedís que le prometió prestar. E si callare que lo non muestre assí, ante que dos años passen despues que fizo la carta dende en adelante non podría poner*

mente, por la glosa boloñesa⁴³. Cuestión distinta es la de determinar el texto a partir del cual extraen los glosadores esta doctrina de la renuncia que, como decimos, no establece el Derecho romano y que, como hace ver Gómez de la Serna⁴⁴, es tan poco conforme con el espíritu que presidió la aparición, a partir del siglo III d. C., de un mecanismo procesal como la *exceptio non numeratae pecuniae*, con el que se pretendía mejorar la posición procesal del prestatario que por escrito había reconocido deber.

2.2. Friederich Ludwig von Keller

El sucesor de Puchta en la cátedra de Berlín fue Friedrich Ludwig von Keller (1799-1861)⁴⁵, discípulo también de Savigny. Cuando Keller se estableció en Berlín tenía ya en su haber una amplia carrera como romanista y como juez en Suiza. De 1825 a 1844 fue profesor en el Instituto Político de Zurich y en la Universidad dio inicio a una importante tradición en la enseñanza de las teorías de la Escuela Histórica, enseñanzas que tendrían repercusión en todas las universidades suizas. Fue un firme defensor del Derecho romano del que opinaba que podía representar un importante elemento para la formación de los juristas alemanes⁴⁶. De él se ha dicho que devolvió a la Pandectística al ámbito del historicismo.

Keller trata de la *exceptio non numeratae pecuniae* en la tercera parte de su Tratado de Pandectas (*Pandekten*), obra publicada por Emil Friedberg en 1861 por indicación del autor, que fallecía ese mismo año⁴⁷. En esta parte tercera de sus Pandectas dedicada a los derechos personales o de obligación, trata del mutuo en el capítulo segundo relativo a las obligaciones derivadas de contrato (§ 298). Es aquí donde hace mención a una práctica que dice era habitual entre los romanos y reconoce que lo sigue siendo en el momento en el que escribe («*Es ist, wie heutzutage, so auch bei den Römern sehr gewöhnlich...*»). Se trata de la *praxis* de acompañar la celebración del préstamo, de la entrega por parte del prestatario al prestamista, de un documento en el que junto con el reconocimiento de la recepción del dinero se hace constar el vencimiento de la deuda, el convenio de intereses, y el modo de su devengo, así como los medios de

tal querella. E si ante que los dos años se compliessen, lo querellase, segund que es sobredicho, non sería tenuto de responderle por tal carta nin de pagarle los maravedís. Fuera ende si el otro pudiere provar que le avia dado e contado los maravedís que le prometiera de presta, o si el deudor que avía otorgado que avia recebido los maravedís prestados, renunciase a la deffensión de la pecunia contada. Ca estonde non se podría amparar por esta razón, si esta renunciamiento a tal fuesse escrito en la carta».

⁴³ Vid. J. A. ARIAS BONET, «Sobre la querella y *exceptio non numeratae pecuniae*. Derecho romano y vicisitudes medievales», *AHDE*, núm. 53 (1983), pp. 107-136.

⁴⁴ Vid. P. GÓMEZ DE LA SERNA, *Curso histórico-exegético del Derecho romano comparado con el español*, vol. II, Madrid, 1874 (5.ª ed.), pp. 270 ss.

⁴⁵ Vid. R. STINTZING y E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, op. cit., pp. 465 ss.

⁴⁶ Vid. G. WESENBERG y G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 284.

⁴⁷ F. L. KELLER, *Pandekten*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1861, pp. 569 ss.

garantía personales o reales que acompañan a la obligación principal; todo ello en un escrito que inicialmente era considerado simplemente como un medio de prueba, entre otros⁴⁸, de la obligación previamente nacida *re (mutui datio)*, o *re et verbis* (cuando se hubiese tratado de un mutuo formalizado mediante *stipulatio*). El paso del tiempo podía, sin embargo, convertirlo en causa de la obligación («...wozu schon die oft lange Dauer dieser Art von Rechtsverhältnissen Veranlassung gab»). Precisamente el primer texto romano recogido por Keller en § 298 es el de Inst. 3,21 en el que Justiniano alude a «*De litterarum obligatione*».

Keller, como Puchta, hace especial hincapié en el plazo de dos años fijado por Justiniano a partir del cual el documento que sólo era una prueba, entre otras, para acreditar la existencia del crédito, deviene elemento constitutivo de la obligación y hace prueba absoluta de la misma, pues se niega al deudor toda posibilidad de contestar el contenido del escrito («...der Gegenbeweis ausgeschlossen werden»). A diferencia de Puchta, sí menciona que dicho plazo de prescripción con anterioridad había sido de cinco años.

Si bien hace alusión a los mecanismos procesales con los que el mutuario podría haber impugnado el escrito por no responder su contenido a la realidad (*querella* y *exceptio non numeratae pecuniae*), menciona, asimismo, con total fidelidad a los textos, los legitimados activos de esos mecanismos procesales, y los supuestos en que claramente éstos no serían oponibles, obvia, sin embargo, como lo hizo Puchta, el concreto momento de su aparición, los supuestos de hecho distintos del préstamo no seguido de entrega para los que habría sido útil la oposición de la *exceptio non numeratae pecuniae* en la época clásica y post-clásica, y centra fundamentalmente su atención en las previsiones justinianas. Así, además de la referencia al crecimiento de la condena al doble cuando el deudor se oponía injustificadamente a la reclamación del acreedor (Nov. 18,8), contempla la previsión justiniana según la cual no cabía hacer uso de la *exceptio non numeratae pecuniae* cuando el documento acreditaba la existencia de un préstamo realizado por un *argentarius* (Nov. 136,5).

Nos interesa, por último, llamar la atención sobre la reflexión con que finaliza Keller su exposición sobre la *exceptio non numeratae pecuniae*: «en el actual Derecho común, la *exceptio non numeratae pecuniae* vale, como en el Derecho justiniano, durante dos años; más tarde la contraprueba frente al acreedor es imposible. Así funciona la *praxis*. Ahora bien, ¿no debería considerarse obsoleta por basarse en una costumbre en esencia desaparecida?».

Hallamos aquí un nuevo dato a partir del cual puede concretarse el sentido de la historicidad que caracteriza a quienes incluimos bajo el título de pandectistas: para estos autores el estudio histórico del Derecho romano no constituye un fin en sí mismo, tal y como apreciábamos en el modo en el que Puchta acogía los textos jurídicos del Derecho romano, sino que es un medio para alcanzar un fin; es el presupuesto para conocer y mejorar el presente, su presente.

⁴⁸ Este documento era frecuentemente entregado de propia mano al acreedor antes, incluso, de la *datio* del dinero por parte de éste.

Como se desprende del propio título de la obra de Savigny «Derecho romano actual», y como muy bien concretaría otro de sus epígonos, Windscheid, «lo que interesa no es cómo el Derecho romano llegó a ser en una determinada época, sino cómo es posible aplicarlo en el momento actual»⁴⁹. Keller es, por otra parte, un práctico del Derecho, recordemos su destacada actividad como juez en Suiza, un jurista para el que no es apropiada la caracterización que Koschaker hace de los pandectistas de quienes dice cultivan un Derecho profesoral⁵⁰; quienes forman parte de un «movimiento académico», según Wesener»⁵¹. Keller es un práctico del Derecho, y por esto es natural que en su interés por el Derecho romano manifieste esta perspectiva pragmática. Así, podemos decir de Keller que, como epígono que es de Savigny, va a volver la vista al Derecho romano, hará de éste el objeto principal de su estudio, si bien no tanto con la finalidad de profundizar en el conocimiento histórico de dicho Ordenamiento jurídico, como con el propósito de descubrir en él el origen o la raíz de algunas de las normas o modos jurídicos de proceder vigentes en Alemania en el siglo XIX. Su reflexión, no obstante, no para aquí, pues el propósito último de esa investigación es el de, descubierto el origen, cuestionarse la procedencia o no de mantener esas figuras de raigambre romana en el momento actual.

2.3. Ludwig Arndts

Otro tratado de Pandectas sobre el que queremos llamar la atención es el elaborado en 1852 por Ludovico Arndts (1803-1878)⁵², obra ésta que gozó de amplio favor y que aquí destacamos por el rigor con el que este autor se refiere a la *exceptio non numeratae pecuniae*⁵³. De los dos volúmenes de que se compone este trabajo (vol. I que data de 1872 y vol. II de 1873) la *exceptio non numeratae pecuniae* es objeto de tratamiento en el vol. II, libro III relativo a las obligaciones, concretamente en el capítulo II «de las singulares relaciones obligatorias», dentro de éstas las obligaciones unilaterales entre las que se encuentran las obligaciones derivadas de mutuo o préstamo de consumo. El tratado de Arndts sobresale por su particular modo de exposición, ya que al texto relativo a la materia en cuestión (en este caso la prueba del mutuo y en relación con ésta la *exceptio non numeratae pecuniae*) se añade una serie de notas en las que se refiere todo el apoyo textual (en nuestro caso, con sumo rigor, todos los textos del *Corpus Iuris* relativos a la *exceptio non numeratae pecuniae*, fundamental-

⁴⁹ Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette...*, op. cit., vol. I, p. 10.

⁵⁰ Vid. P. KOSCHAKER, *Europa y el Derecho romano...*, op. cit., p. 353.

⁵¹ Vid. G. WESEBERG y G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 276.

⁵² Vid. R. STINTZING y E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 493 ss.; G. WESEBERG y G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 289.

⁵³ K. L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, vol. II, Bologna, 1873, pp. 184 ss. Se trata de la primera versión italiana a cargo de F. Serafini, a partir de la séptima edición alemana enriquecida con abundantes notas y apéndices.

mente, Código, Instituciones y Novelas) y, diferenciadas de éstas, otro grupo de notas donde se contemplan las opiniones de distintos autores, pandectistas o no, a propósito de la misma materia. El tratamiento no puede ser más exhaustivo y riguroso, tanto desde el punto de vista de la fidelidad a las fuentes, como a la crítica a la que dichas fuentes han sido sometidas por parte de la doctrina⁵⁴.

Lo más destacable de las reflexiones de Arndts a propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae* es, una vez más, la vinculación existente entre esta excepción y la previsión justiniana según la cual transcurrido el plazo de prescripción fijado para la impugnación del escrito en el que consta la deuda, dicho mecanismo procesal resulta inoponible. Ahora bien, con una salvedad, para Arndts en este caso no es posible hablar del documento de reconocimiento de deuda como constitutivo de la obligación, o lo que es lo mismo, no cabe hablar de una *obligatio litteris* que venga a subrogarse en el lugar de la anterior *obligatio re* –obligación nacida de la entrega– porque para él siempre será posible impugnar la veracidad del escrito aun cuando sea con medios procesales distintos de la *exceptio non numeratae pecuniae* que obliguen al deudor a correr con la carga de la prueba (*¿exceptio doli?*).

2.4. Bernhard Windscheid

Vamos a referirnos ahora al tratamiento del que es objeto este mecanismo procesal en el *Lehrbuch des Pandektenrechts* de Bernhard Windscheid (1817-1892)⁵⁵, autor que junto a Ihering va a ser una de las figuras más notables de la que se conocería como «nueva escuela histórica» en la segunda mitad del siglo XIX alemán. Su tratado de Pandectas ha sido considerado como la obra más representativa e influyente de toda la elaboración pandectística. El primer volumen es de 1862, el segundo corresponde al año 1865 y el tercero data de 1870⁵⁶.

⁵⁴ El interés que la obra de Arndts despierta es resaltado en el proemio del traductor italiano con las siguientes palabras: «Aun cuando son muchas las obras clásicas sobre derecho de pandectas en Alemania, éstas, o bien sólo contemplan una parte de este Derecho, o son demasiado elementales y no responden al estado actual de la ciencia, o exponen el desarrollo histórico de los institutos antes que el derecho práctico. Ninguna es equiparable a la de Arndts que ofrece tanta variedad de materiales y de cuestiones que la convierten en la más acorde con las condiciones jurídicas de Italia».

⁵⁵ Nacido en Düsseldorf, se licenció en Derecho en Bonn. Su admiración por Savigny le llevó a abandonar el estudio de las ciencias del lenguaje por el Derecho. Fue profesor en 1847 en Basilea, en 1852 en Greifswald, de donde deriva su amistad con Ihering, en 1858 enseñó en Munich, en 1871 en Heidelberg y en 1875 en Leipzig. Desde 1880 hasta 1883 formó parte de la primera comisión para el proyecto de Código Civil. Vid. R. STINTZING y E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, op. cit., pp. 854 y ss.; A. MAZZACANE, «Pandectística», op. cit., p. 607; G. WESENBERG y G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., pp. 287 ss.

⁵⁶ La última edición revisada por Windscheid es la séptima y data de 1891 (vid. F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno...*, op. cit., p. 145). La edición a la que aquí hacemos referencia es la traducción italiana de C. Fadda y P. E. Bensa, a la edición alemana de 1886, comenzada en 1888 en la que se incluyen numerosas notas y referencias al Derecho civil italiano. Vid. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, primera trad. italiana de C. Fadda-E. Bensa, vol. II, parte II, Unione tipografico editrice, Torino, 1902, pp. 29 ss.

Desde el momento de su aparición, a esta obra se le reconoció autoridad científica e influyó enormemente en la práctica jurídica. La razón de su oportunidad hay que buscarla, quizá, como apunta Wieacker⁵⁷, en que sirvió perfectamente al fin de suplir la ausencia de una codificación del Derecho privado que respondiese a las necesidades de la sociedad alemana de ese momento histórico y a la inexistencia, asimismo, de un Tribunal Supremo para la confederación germánica que actuase como instancia superior decisoria y cuyos dictámenes hubiesen podido tener carácter uniformador. De este modo, las Pandectas de Windscheid aunaron en sí la autoridad que más tarde compartirían la ley, la jurisdicción y la ciencia jurídica. Del tratado de Pandectas de Windscheid se ha dicho, asimismo, que representó la síntesis de toda la elaboración dogmática precedente y de todas las investigaciones históricas y exegéticas de la nueva tradición romanística⁵⁸, una verdadera *summa* del saber pandectístico; Windscheid ha sido considerado, por ello, «un Accursio de la Pandectística alemana del siglo XIX»; sus Pandectas han venido a desempeñar el papel de la *Glossa ordinaria*. Esta obra gozó de tanto éxito, que poco a poco fue sustituyendo a los otros tratados de Pandectas y constituyó el punto de referencia para la *praxis* del Derecho civil.

Windscheid, como la mayor parte de los autores estudiados hasta ahora, trata de la *exceptio non numeratae pecuniae* a propósito del contrato de mutuo o préstamo de consumo, concretamente en el § 372 del vol. II, parte II, de su tratado de Pandectas, parágrafo éste que se refiere a la prueba. Ya desde el comienzo enfatiza que va a tratar del mutuo en el que, previa a la entrega del dinero por parte del mutuante al mutuario, se le exige a este último la emisión y puesta a disposición del mutuante de un documento en el que se reconoce la realidad del préstamo. Si bien Windscheid pone de manifiesto cómo de esta práctica de documentar un préstamo por escrito con carácter previo a la *datio* no existen apenas referencias en el Digesto, proviniendo las remisiones a dicha *praxis* y a los mecanismos procesales con que defender al deudor en el caso de ausencia de entrega, de la legislación imperial, y en consecuencia, del *Codex* justiniano, esta aclaración, consta en nota, centrandó este autor su atención en el texto, como hemos visto que hacían Puchta y Keller, en la concreta previsión del emperador Justiniano, según la cual el documento que en principio es sólo un medio de prueba entre otros con el que se puede acreditar la existencia del préstamo, pasados dos años sin que el contenido del mismo haya sido impugnado, hace prueba incontestable de la existencia del crédito. Fiel al devenir histórico de estos mecanismos procesales que son la *exceptio* y *querella non numeratae pecuniae* del Derecho romano, Windscheid expone los distintos plazos de prescripción que históricamente se fijaron a los mismos, y cita pormenorizadamente los textos jurídicos romanos justinianos y postjustinianos que se refieren a esta materia. Asimismo, expone la relación normalmente existente entre *exceptio non numeratae pecuniae* y mutuo formalizado mediante estipulación de la que se dejaba constancia escrita.

⁵⁷ Vid. F. WIEACKER, *Storia del Diritto privato moderno*, op. cit., p. 145.

⁵⁸ Vid. A. MAZZACANE, «Pandettistica», op. cit., p. 607.

Contempla, también, la posibilidad de que quien conteste indebidamente la existencia de la entrega del dinero, sea condenado a pagar finalmente el doble de lo debido.

Concluye Windscheid advirtiendo que esta figura jurídica del Derecho romano no merece aprobación desde el punto de vista legislativo en Alemania en el momento en que él escribe, y cita al respecto el artículo 295 del Código de Comercio alemán de 1861⁵⁹ y el § 17 de la «Ley de introducción al procedimiento civil del imperio alemán» de 1879.

Windscheid, como Keller, no cultiva un Derecho profesoral, es un práctico; como bien dice Mazzacane⁶⁰, Windscheid es un profundo conocedor de los pronunciamientos judiciales, de ahí que su interés por el Derecho romano no se circunscriba a un conocimiento histórico de éste, sino que pasa a plantearse en qué medida puede ser aplicado «actualmente». En este sentido resalta Orestano, en referencia a Windscheid, que «supo tomar distancia respecto a la relevancia de la historicidad, situándose como mediador entre la Escuela Histórica y la Escuela Filosófica, reconociendo que para la jurisprudencia como ciencia práctica, la investigación histórica tiene que considerarse sólo como un medio para un fin, y no ser un fin en sí misma»⁶¹.

El propio Orestano dice «la función que Windscheid asigna a la ciencia del Derecho es altísima. Parte ésta de la interpretación de las normas, pero después, los conceptos que se deducen de ella tienen que ser desarrollados a través de dos órdenes de operaciones, las analíticas y las constructivas».

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

Iniciábamos este apartado intentando averiguar el modo en que los autores pandectistas habían abordado el estudio de las fuentes jurídicas romanas, y la finalidad que con ello perseguían. Nos proponíamos determinar si el historicismo que había propugnado Savigny se había concretado en un «estudio histórico» del Derecho romano que hubiese profundizado en la crítica de sus fuentes y que hubiese facilitado, en consecuencia, un mejor conocimiento de este Ordenamiento jurídico como Derecho histórico.

En este intento de aproximarnos al *modus operandi* de la Pandectística, a su método, optamos por averiguar el tratamiento que en sus tratados de Pandectas daban estos autores a la *exceptio non numeratae pecuniae* como medio procesal previsto por el Derecho romano para los casos de mutuo no seguido de *datio*.

A partir de este estudio hemos podido comprobar que carece de sentido dirigirse a los textos de los pandectistas con el propósito de ahondar en el

⁵⁹ La legislación alemana en materia de comercio se inició con la Ordenanza general de cambio de 1848, que paulatinamente se introduciría en los diversos estados, hasta el año 1852, en que se regula la letra de cambio y el billete a la orden. En 1861 se retoca ampliamente y además se aprueba el Código de comercio alemán.

⁶⁰ Vid. A. MAZZACANE, «Pandettistica», *op. cit.* p. 607.

⁶¹ Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, *op. cit.*, pp. 292 ss.

conocimiento del Derecho romano de los romanos, pues su interés por el estudio histórico de este Ordenamiento es sólo instrumental, es el presupuesto para, en palabras del propio Savigny, «determinar, entre todo aquello que rige en el momento presente en Alemania, qué es de verdad de origen romano, así como para eliminar aquello que, pese a tener este mismo origen, esté muerto». Este propósito condiciona su modo de anticipar preguntas y hacer la exégesis de las fuentes jurídicas romanas. Vamos a añadir que quizá no es éste el final del recorrido, sino que el fin último de la ciencia jurídica alemana del XIX es, probablemente, sentar las bases «romanísticas» de un nuevo Derecho, y es aquí donde cobra sentido la utilización de las fuentes romanas como presupuesto para la dogmática jurídica sobre la que habrá de sustentarse ese nuevo Derecho. Derecho que, por esto mismo, no es un Derecho creado *ex novo*, sino un «Derecho históricamente entendido», manifestación del espíritu del pueblo (*Volkgeist*); pero esto es adelantar algo sobre lo que profundizaremos más adelante.

De este modo, las cuestiones relativas a la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos (cómo, cuándo y por qué nace este mecanismo procesal) que pretendíamos esclarecer estudiando las obras de los pandectistas, no podían encontrar adecuada respuesta en los tratados de estos autores.

Esto es así por dos razones fundamentalmente: en primer lugar porque, como decimos, la Pandectística dirige su mirada al Derecho romano pero sólo como medio para alcanzar otra meta, esto es, para determinar qué elementos de la tradición romanística han sido objeto de recepción. Se trata, por tanto, de un historicismo orientado al presente, no consiste en hacer historicismo crítico. Esta última función correrá a cargo de otros autores entre los que se encuentran Niehbur, Lenel, Mommsen y Mitteis, quienes, si bien descienden también de la Escuela Histórica, metodológicamente se diferencian claramente de la Pandectística al ser su objetivo reconstruir el Derecho romano como hecho histórico, y no para aplicarlo a la realidad como Derecho vigente. A diferencia de esta corriente del Historicismo crítico, el respeto por la tradición que defiende la Pandectística es un tradicionalismo en el que está implícita la idea de cambio y que necesita de una ciencia jurídica que huya del inmovilismo⁶². En segundo lugar, la pregunta que formulábamos (cuándo, cómo y por qué de este mecanismo procesal) implica una serie de consideraciones de carácter económico-social normalmente ausentes en los trabajos de los autores pandectistas. Esta segunda cuestión es importante y sobre ella vamos a llamar la atención en el siguiente apartado.

⁶² Como ha puesto de manifiesto A. MORA CAÑADA, «Savigny o el jurista contra la ley», en *Història del Pensament jurídic (Curso 1996-1997 dedicat a la memòria del professor Francisco Tomás y Valiente)*, Edició a cura de T. de Montagut, Publicacions Universitat Pompeu Fabra, Barcelona 1999, pp. 175-187, quizá la insistencia de Savigny en la defensa de la historicidad del Derecho y la consagración del mismo tal y como ha llegado a ser históricamente, pueda dar una idea de inmovilismo en los planteamientos de la Escuela Histórica. Nada más lejos del planteamiento de Savigny cuyo propósito no es hacer historia, sino ciencia jurídica, y quien se sirve de la historia para justificar por qué no ha llegado todavía a Alemania el momento de la codificación.

De cuanto hemos dicho hasta ahora, creemos que se pueden extraer las notas más importantes a partir de las cuales comprender el sentido de la «historicidad» que caracteriza a la doctrina Pandectística, quedando resuelto el primero de los interrogantes con los que iniciábamos este trabajo: ¿De qué modo recibieron los pandectistas la herencia romanista?

Así, si tuviésemos que reducir a una fórmula la esencia de esta corriente de pensamiento, ésta vendría representada por los siguientes elementos:

Pandectística = estudio del Derecho Romano justiniano + con una perspectiva actual.

Se impone ahora responder al segundo gran interrogante: ¿cómo hicieron los pandectistas para integrar esa tradición en su presente? Entramos así en su vertiente dogmática.

III. DERIVACIONES DOGMÁTICAS DE LA PANDECTÍSTICA: EL HISTORICISMO COMO PRESUPUESTO PARA HACER DOGMÁTICA JURÍDICA

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como ya hemos visto, ninguno de los autores estudiados pone el acento en la singularidad del supuesto de hecho para el que se prevé ese mecanismo procesal que es la *exceptio non numeratae pecuniae* (mutuo documentado no seguido de *datio* respecto del que, no obstante, el acreedor exige la restitución). Mucho menos plantean la posibilidad de su uso en supuestos de hecho distintos del mutuo no seguido de *datio* (si algún autor lo hace, por ejemplo Arndts, quien refiere el supuesto de mutuo inferior al documentado, no expone ninguna justificación al respecto, e incluso el apoyo textual es escaso). Tampoco se repara en el hecho de que la mayor parte de las referencias textuales al mismo provengan no del Digesto, sino del Código, y sean, en consecuencia, no detalladas soluciones jurisprudenciales, sino respuestas de los emperadores a consultas concretas que les dirigen los particulares, en las que rara vez se menciona el supuesto de hecho ni los argumentos jurídicos que motivan la decisión imperial. Ahora bien, sí que llevados por su identificación del Derecho romano con el justiniano destacan las previsiones de dicho emperador respecto de este mecanismo procesal y, especialmente, aquella que convierte al documento en que se reconoce la deuda, pasados los dos años, en inatacable.

Efectivamente, ya hemos destacado cómo el elemento común a todos los trabajos de los pandectistas al tratar de ese mecanismo procesal del Derecho romano que es la *exceptio non numeratae pecuniae*, es la previsión justiniana en la que se establece que pasado un período de dos años sin que se haya defendido el deudor con la mencionada excepción en caso de ser demandado, o no haya intentado él anticiparse a la pretensión de la parte actora ejercitando, en el mismo plazo de dos años, la *querella non numeratae pecuniae*, el documento

en que se reconoce la realidad del préstamo deviene incontestable y, en consecuencia, elemento constitutivo de la relación obligatoria. La causa de dicha obligación se encuentra, a partir de este momento, no en la entrega efectiva del dinero, sino en el compromiso escrito del deudor que reconoce dicha entrega asumiendo el deber de restituir la cantidad prestada. Se establece la ficción legal de que la *datio* ha acontecido efectivamente, sin que sea posible, como lo era antes de los dos años, contestar esa circunstancia a través de cualquier otro medio de prueba distinto del documento.

El hecho de entresacar de las diversas previsiones del Derecho romano relativas a la *exceptio non numeratae pecuniae*, esta disposición de Justiniano, ya supone un paso para la construcción dogmática; dogmática a la que procede la Pandectística en muchos aspectos del Derecho privado a partir de las fuentes romanas.

Así, su interés por la *exceptio non numeratae pecuniae* no va a estar en el hecho de que se trate ésta de un mecanismo con el que se pudo mejorar la posición procesal de aquellos deudores cuya precaria situación económica les llevó a reconocer por escrito la existencia de un préstamo antes de que se produjese efectivamente la entrega, o a reconocer, incluso, más de lo que habían recibido realmente, respondiendo el excedente a unos intereses abusivos que la abstracción de la *stipulatio* permitía ocultar. La *exceptio non numeratae pecuniae* podría haber servido, asimismo, para hacer que emergiese la verdadera causa existente tras la abstracción funcional del negocio estipulatorio (*stipulatio* de mutuo), circunstancia ésta a la que tampoco hacen mención alguna los autores pandectistas que en sus obras tratan de este singular mecanismo procesal.

En definitiva, que de cuanto se desprende de sus trabajos, para estos autores, el presupuesto social o económico que pudo determinar la aparición de la *exceptio non numeratae pecuniae* en el Derecho romano, resulta irrelevante. Así como no atienden a la oportunidad de mantener un mecanismo procesal con las características de la *exceptio non numeratae pecuniae* en la Alemania de su tiempo a partir de este tipo de consideraciones.

En sus tratados de Pandectas estos autores ponen el acento en el valor que el documento en que se reconoce una deuda adquiere como fuente de la obligación pasados dos años sin que haya sido impugnado su contenido. De ahí a hablar del documento como fuente de una obligación hay sólo un paso, es decir, de ahí a crear una nueva categoría de contratos, o mejor, a resucitar, según la mayoría de los autores, la categoría de los contratos *litteris*⁶³ que inicialmente el Derecho romano había identificado con los *nomina trascripticia* y categoría

⁶³ Hablamos de *obligatio litteris* para hacer referencia a aquellos supuestos en los que el documento (*instrumentum*) es considerado respecto de negocio jurídico que se pretende realizar (*negotium*) como constitutivo del mismo, es decir, el documento es generador por sí mismo de la obligación. En este sentido, se puede decir que la forma (escrito) da lugar al negocio; sin ésta el negocio no existe, y basta la forma para que exista sin necesidad de otro requisito (*forma dat esse rei*).

que, una vez desaparecidos éstos a finales de la época clásica, había quedado vacía de contenido⁶⁴, hay un paso, y este paso lo va a dar la Pandectística.

Dicho de otro modo, que lejos de ocuparse los pandectistas por el interés práctico que la *exceptio non numeratae pecuniae* pudo tener entre los romanos, e incluso en el Derecho vigente en Alemania en el siglo XIX en orden a los problemas que podían aquejar a las personas que intervenían en negocios de préstamo dinerario (o en otro tipo de negocio que se presentase bajo este aspecto, lo cual era posible por la abstracción de la *stipulatio*), lejos de esto, la atención de los pandectistas va a recaer en el aspecto dogmático. Concretamente orientarán sus investigaciones al campo de las construcciones conceptuales formuladas con fines escolásticos.

Nos estamos refiriendo, en particular, a las categorías contractuales y, en especial, a la creación, o mejor, «resurrección», de los contratos literales.

Efectivamente, a partir de la *exceptio non numeratae pecuniae* y su prescriptibilidad, muchos de estos autores van a reformular la clásica clasificación gayana de los contratos como clasificación cuatripartita (*verbis, litteris, re, consensu*)⁶⁵.

⁶⁴ El conocimiento que se tiene de los *nomina transcripticia* es muy escaso, y se basa fundamentalmente en las referencias que a ellos hace el jurista Gayo en sus *Instituta* (Gayo III, 128-130). Del texto gayano se desprende que éstos implicaban la existencia de un *Codex accepti et expensi* en el que el pater familias registraba su contabilidad. En ellos se podía anotar una *expensilatio* sin indicación de la causa que la determinaba (mutuo, compraventa, sociedad), haciendo nacer para el deudor el deber de pagar por el solo hecho de la inscripción. Entendemos que a dicha anotación sólo se habría podido proceder con el consentimiento del deudor, aunque expresamente sobre ello las fuentes no se pronuncian. Vid. H. F. JOLOWICZ, *Historical introduction to the study of roman law*, Cambridge, Cambridge at the University Press, 1939, pp. 295 y 431. En opinión de M. KASER, *Das römische Privatrecht, zweiter Abschnitt (Die nachklassischen Entwicklungen)*, Zweite, Neubearbeitete Auflage mit Nachträgen zum Ersten Abschnitt, München, C. H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, 1975, p. 382, § 263 «Litteralkontrakt», los *nomina transcripticia* habrían desaparecido a finales de la época clásica.

⁶⁵ Es frecuente, quizá por su utilidad con fines docentes, exponer la materia relativa a las obligaciones derivadas de contrato siguiendo la clasificación de los contratos que recoge el jurista clásico Gayo en sus *Instituta*. Según Gayo (III, 89-90), las obligaciones pueden derivar de la celebración de un contrato, o de la comisión de un hecho delictivo. Dentro de las primeras, las hay de cuatro géneros, «*aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu*». Ahora bien, la clásica clasificación gayana de los contratos ha sido objeto de numerosas críticas; especialmente significativas son las de A. D'ORS para quien entre los clásicos no hay más contratos que los sancionados por acciones de buena fe. La distinción para él se establece entre préstamos, estipulaciones y contratos. Vid. A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1997, pp. 420 ss.; del mismo autor: «Re et verbis», en *Atti del congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto* (Verona 27, 28 y 29 de septiembre de 1948), vol. III, Milán, 1951, pp. 267 ss.; «La formación histórica de los tipos contractuales romanos», en *Anuario academia matritense del notariado*, 1950, pp. 247 ss.; «*Creditum* y contratos», *AHDE*, 1956, pp. 183 ss.; «*Creditum*», *AHDE*, 1963, pp. 345 ss.; «De nuevo sobre *creditum*», *SDHI*, núm. 41 (1975), pp. 205 ss. También por parte de J. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Madrid, Marcial Pons, 1992, pp. 297 ss., merece críticas esta clasificación «por reunir en un mismo esquema figuras contractuales tan dispares como la estipulación, pura forma contractual –que por tanto no deja adivinar su contenido económico-social–, y contratos como la compraventa, que ofrece una coincidencia entre su estructura jurídica y su función económico-social».

Si bien todos los trabajos de los autores analizados apuntan de una u otra forma (implícita o expresamente)⁶⁶ en esta dirección al tratar de la *exceptio non numeratae pecuniae*, la obra pandectística en la que más claramente se aprecia esta derivación dogmática a propósito de la *exceptio non numeratae pecuniae* y su prescriptibilidad es la de Alois Brinz, a cuyo trabajo nos vamos a referir con más detenimiento en el siguiente epígrafe.

Esta toma de posición respecto a nuestro mecanismo procesal en particular está quizá en conexión con la que es una de las características más llamativas de esta escuela de pensamiento: su rechazo a incluir entre las competencias del jurista las consideraciones éticas, políticas o económicas. Su negativa a aceptar que la ciencia del Derecho deba servir a intereses morales, sociales o económicos. En palabras de Wieacker⁶⁷, «se tiene la impresión de que estos juristas consideran metodológicamente incorrecto, incluso contrario a la ética, a la objetividad, y a la imparcialidad de la ciencia, no sólo el intento de justificar con intereses sociales y económicos sus construcciones y sus elecciones, sino incluso hablar de éstos».

No deja de ser sorprendente esta postura de toma de distancia respecto de las condiciones político-sociales si tenemos en cuenta que hablamos de una ciencia jurídica que desarrolla su actividad en el seno de una sociedad que está experimentando profundos cambios, pues vive en plena revolución industrial, y de unos juristas que no permanecen ajenos a dichas transformaciones tal y como se desprende de la trayectoria vital y profesional de muchos de ellos. Sabemos que Savigny, en Prusia, fue ministro para la legislación en 1842, en 1847 accedió al cargo de Presidente del Consejo de Estado prusiano, y en 1861 formó parte de la comisión que elaboraría el Código de Comercio alemán. Además de que su procedencia de una noble familia franca⁶⁸, determinó que fuese administrador de un notable patrimonio personal⁶⁹. Recordemos cuanto hemos dicho en páginas anteriores acerca de la actividad de Keller como juez en Suiza. Windscheid, entre otras importantes funciones prácticas, integró la comisión encargada de la redacción del BGB.

Aun admitiendo la existencia de dicha clasificación como cuatripartita, hay que decir que ésta fue experimentando en el propio Derecho clásico profundos cambios, aunque de éstos no siempre exista reflejo en los textos. El ejemplo más significativo lo tenemos en las transformaciones sufridas por la *stipulatio*, prototipo de las formas *verbis* de obligarse. En referencia al Ordenamiento jurídico español, la existencia de esta clasificación como cuatripartita deja de tener sentido a partir del año 1340 y en virtud de la Ley única del título 16 del Ordenamiento de Alcalá, al decantarse nuestro Ordenamiento en esta materia por un principio espiritualista que hace prevalecer, respecto de cualquier otra, la categoría consensual de los contratos. El acuerdo de voluntades se erige, así, en principio rector de los modos de obligarse jurídicamente.

⁶⁶ Vid. § 298 de las Pandectas de Keller que viene precisamente encabezado por Inst. 3.21 (*De litterarum obligatione*).

⁶⁷ Vid. en este sentido F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale* (trad. de G. Liberati de la versión alemana de 1974, «*Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung*»), Edizione scientifica italiana, Napoli, 1983, pp. 84 ss.

⁶⁸ Vid. G. WESENBERG-G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 270.

⁶⁹ Vid. F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, op. cit., p. 87.

Este rechazo hacia consideraciones de carácter ético, político o social y clara propensión a servirse de las fuentes romanas para abordar singulares construcciones dogmáticas, se aprecia de forma clara en Aloys Brinz, al que Wesener-Wesenberg califican de autor genial y singular personalidad, que procede siempre basándose en una elaboración propia de las fuentes, y en cuya obra se percibe, como decimos, una clara tendencia a abordar el estudio de las fuentes jurídicas romanas como presupuesto para la dogmática, más que por el interés que en sí mismo pueda tener el estudio de este Derecho histórico⁷⁰.

2. EL HISTORICISMO COMO PRESUPUESTO PARA HACER DOGMÁTICA JURÍDICA: CONSIDERACIONES A PARTIR DE LO CONCRETO (TRATAMIENTO DE LA *EXCEPTIO NON NUMERATAE PECUNIAE*)

2.1 Aloys Brinz

Lo más llamativo en la obra de Brinz (1820-1887)⁷¹, es que la exhaustiva información que este autor aporta acerca de la *exceptio non numeratae pecuniae* no la encontramos, como cabría esperar, en el § 296 de su *Lehrbuch der Pandekten* (*zweiter Band* elaborada entre 1860-1871)⁷² dedicado al contrato de préstamo como prototipo de contrato real, sino que se encuentra en el apartado que dedica a los contratos literales, entre éstos, el que surge a partir del documento en que se reconoce una deuda (§ 311 «*aus Schuldschein*»).

¿No se está sirviendo este autor de un instrumento que le brinda el Ordenamiento jurídico romano (la prescriptible *exceptio non numeratae pecuniae* vinculada al documento en que se deja constancia de un préstamo) para hacer dogmática?

Concretamente, a partir de la previsión justiniana relativa a la prescriptibilidad de la *exceptio* y consiguiente inatacabilidad del documento de reconocimiento de deuda, está gestando de forma explícita, o quizá resucitando, una categoría jurídica como la de los contratos *litteris*. Así sería para quien acepte la existencia de los contratos *litteris*, ya en el Derecho romano a partir de la figura de los *nomina transcripticia*.

Como decimos, Brinz no se queda en la relación entre *exceptio non numeratae pecuniae* y posible carácter constitutivo del documento en el que se reconocía una deuda derivada de préstamo o mutuo cuando transcurre el plazo establecido sin que el documento haya sido impugnado, sino que directamente establece la conexión entre *exceptio non numeratae pecuniae* –clasificación de

⁷⁰ G. WESENER, G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, *op. cit.*, p. 289.

⁷¹ Vid. R. STINTZING, E. LANDSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, *op. cit.*, pp. 842 ss.

⁷² A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten* (*zweiter Band*), Verlag von Andreas Deichert, 1882, pp. 567 ss.

los contratos, e introduce en la sistemática de su obra, junto con la categoría de los contratos reales, verbales y consensuales, la categoría de los contratos literales. Es en relación con estos últimos donde se refiere a la *exceptio non numeratae pecuniae* y a sus singularidades probatorias y plazo de prescripción.

2.2 Otto Bähr

Ahora bien, si se trata de resaltar el modo en que los autores pandectistas dirigen su mirada al Derecho romano con la finalidad de servirse del mismo para llevar a cabo sus particulares creaciones dogmáticas, centrando por tanto su atención en aquellos aspectos de dicha normativa que le sirven a este fin (en relación con la *exceptio non numeratae pecuniae*, su vinculación al documento de reconocimiento de deuda y el carácter constitutivo de dicho escrito por el transcurso del tiempo), el mejor ejemplo de construcción dogmática realizada a partir de las fuentes romanas, si bien en este caso orientada a dar respuesta a necesidades de la práctica, lo tenemos en la construcción de la promesa y el reconocimiento documentado de deuda realizada por el también pandectista Otto Bähr⁷³.

Este autor pertenece junto con los ya citados Bernhard Windscheid, Ludwig Arndts, Aloys Brinz y otros como Heinrich Dernburg (1829-1907), a la segunda generación de los discípulos de Savigny cuya tarea científica se desarrolla en la segunda mitad del siglo XIX en Alemania. En dicha actividad va a dar un importante paso en esa construcción del «Derecho actual» sirviéndose del precedente ofrecido por las fuentes jurídicas romanas.

Destacamos la figura de Otto Bähr porque este autor, tomando como base una vez más el Derecho romano, concretamente ese compromiso escrito de restituir que asumía el mutuario aun antes de haber recibido, va a crear unos medios jurídicos como la promesa y el reconocimiento de deuda, contratos que, al independizar la promesa obligatoria de su causa jurídica, resultaban especialmente idóneos para dar respuesta a las demandas de una sociedad inmersa en la revolución industrial y, en consecuencia, necesitada de medios aptos a dotar de agilidad y seguridad al tráfico crediticio. A diferencia, pues, de los autores pandectistas a los que nos hemos referido hasta ahora, su labor científica va a venir condicionada por las circunstancias económico sociales del momento, circunstancias que Otto Bähr, un «Praktiker» del Derecho, como lo denominan Wesener-Wesenberg, entre cuyas funciones estuvo la de consejero de la corte suprema del Reich⁷⁴, conoce bien.

Bähr va a destacar porque, sin renunciar en absoluto al historicismo, ya que parte de las fuentes jurídicas romanas y a ellas permanece fiel durante todo el desarrollo de su doctrina, es capaz de ver en ellas algo más que un precedente

⁷³ Sobre Otto Bähr, vid. R. STINTZING, E. LANSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft...*, op. cit., pp. 639 ss.

⁷⁴ Vid. G. WESENER, G. WESENER, *Historia del Derecho privado moderno en Alemania y en Europa...*, op. cit., p. 289. Asimismo, F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, op. cit., p. 87.

respecto del que haya que determinar el sentido o no de su vigencia actual. El trabajo de Bähr pone de manifiesto que es posible dar un paso más y utilizar ese precedente, independientemente de su aplicabilidad actual o no, por su *auctoritas* científica. Autoridad que permite a partir de él proceder a nuevas construcciones jurídicas. Como si el respaldo ofrecido por el Derecho romano aumentase el valor intrínseco de las propias construcciones conceptuales; como si no se concibiese otra forma de hacer Derecho que no consistiese en un Derecho históricamente entendido⁷⁵.

En este sentido Bähr es un significado representante de, en palabras de Cappellini⁷⁶, el filón de «pandectistas prácticos» que comienza a perfilarse a partir de los años cincuenta del ochocientos, entre cuyas funciones se encuentra la de sondear a fondo la naturaleza del Derecho vigente, para lo cual es indispensable «dominar una masa casi ilimitada de erudiciones anticuarias, pero sin perder de vista que la verdadera ciencia del Derecho ha de tender a una aplicación directa e inmediata de este Derecho (“*die echte Wissenschaft des Rechtes hat es immer nur mit dem Unmittelbar anzuwendenden zu tun*”))⁷⁷.

En la singular construcción dogmática llevada a cabo por Bähr confluyen, pues, dos circunstancias: su condición de jurista práctico que le hace percibir la necesidad que la sociedad de su tiempo presenta de independizar las promesas obligatorias de su causa jurídica para facilitar con ello el tráfico crediticio y, por otra parte, su procedencia de la Escuela Histórica del Derecho, con la carga de respeto por la historicidad de los fenómenos sociales y jurídicos que ello comporta.

Veamos de qué modo se concreta en la obra de Otto Bähr esa armoniosa convivencia entre historicismo y dogmática, clave sobre la que ha de girar la labor de la Ciencia jurídica. Labor consistente en contribuir a gestar los medios jurídicos idóneos para dar respuesta a las necesidades de la práctica a partir de las pautas o guías que le aporta la tradición.

Efectivamente, en el seno de una sociedad fuertemente mercantilizada como era la de Alemania en 1850, se hacía necesario dotar al Ordenamiento jurídico de mecanismos que permitiesen escindir la obligación de su causa jurídica, es decir, del fin objetivo típico que le servía de fundamento. Este tipo de obligación que podríamos llamar «abstracta desde el punto de vista funcional», contribuía a agilizar el tráfico mercantil, pues exoneraba al acreedor de la prueba de la causa en el momento de hacer exigible la obligación («abstracción pro-

⁷⁵ Esta idea aparece referida por G. G. ARCHI, «Due riflessioni per una rilettura di Savigny», *Quaderni fiorentini*, núm. 9 (1980), pp. 369 ss. A propósito del trabajo de Savigny acerca de la posesión publicado en 1802 (*Recht des Besitzes*), dice Archi: «lo scritto non intendeva illustrare la storia del possesso entro il diritto romano. Savigny non aveva inteso scrivere un'opera di storia del diritto, ma aveva voluto elaborare diritto storicamente inteso». La misma afirmación entendemos que es aplicable al trabajo de Otto Bähr.

⁷⁶ P. CAPPELLINI, *Systema iuris*, vol. II, «Dal sistema alla teoria generale», Milano, Giuffrè Editore, pp. 110 ss.

⁷⁷ Son éstas palabras literales que P. CAPPELLINI extrae de J. A. SEUFFERT, *Civilistische Erörterungen. Ein Programm*, Würzburg, 1820, p. 7.

cesal»), así como mejoraba su posición en la medida en que sólo podían oponérsele las excepciones derivadas de la validez del título, y no las objeciones relativas a la causa (negocio subyacente).

La clave para dar respuesta a esta necesidad que Bähr percibe en la sociedad de su tiempo se la va a dar su profundo conocimiento del Derecho romano, y a él va a acudir como argumento de autoridad para apoyar su singular construcción científica (promesa documentada de deuda relativa a dinero y otras cosas fungibles, y reconocimiento de deuda emitido con base en una liquidación). Construcciones dogmáticas de las que se hará eco el Código Civil Alemán (§§ 780 y 781 BGB)⁷⁸.

Efectivamente, el Ordenamiento jurídico romano había conseguido esa finalidad de desligar las atribuciones patrimoniales de su causa a través de la *stipulatio*, contrato solemne y verbal que se caracterizaba por su «abstracción funcional», dada la ausencia de indicación de la causa que motivaba el na-

⁷⁸ La promesa y el reconocimiento de deuda suelen referirse a prestaciones pecuniarias, si bien pueden concluirse también sobre prestaciones de otra índole. La promesa de deuda es un contrato que contiene una promesa de prestación independiente, es decir, que no recoge la causa de la obligación. Generalmente existe un convenio sobre la causa de la obligación, pero no forma parte del contrato, sino que, de acuerdo con la voluntad de las partes, el contrato está escindido, abstraído del convenio causal. En la mayoría de los casos la promesa de deuda tiende a dar seguridad contra toda duda, a facilitar la fundamentación de la demanda y, consiguientemente, la prueba, si bien puede servir a otros fines como para la novación o para la constitución de obligaciones entre personas vinculadas por relaciones no causales. El reconocimiento de deuda es el contrato por el cual se reconoce una deuda en el sentido de querer considerarla como existente contra el que la reconoce. El reconocimiento de una deuda puede tener lugar con distinto sentido: puede tener como objeto exclusivo dar a la otra parte un medio de prueba, o para comprometerse a no exigir a la otra parte prueba alguna de la deuda. *Vid.* L. ENNECERUS, *Derecho de obligaciones, vol. II, Doctrina especial, 2.ª parte*, decimoquinta revisión por H. LEHMANN, 3.ª ed., Barcelona, Casa editorial Bosch, 1947 (trad. española con anotaciones de B. Pérez González y J. Alguer por I. Ferrandis Vilella).

En lo que al Ordenamiento jurídico español se refiere, hay que decir, que nuestro código no contiene una regulación específica de los contratos abstractos de promesa y reconocimiento de deuda, si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido admitiendo su posible existencia a partir del artículo 1.277 en el que se sanciona la eficacia de todo contrato aun cuando en éste no se exprese la causa que, en todo caso, se presume existente. Así, la doctrina sobre el reconocimiento de deuda es, en gran parte, jurisprudencial. Admitida la posibilidad del reconocimiento de deuda como negocio jurídico atípico al amparo del principio de autonomía contractual (art. 1.255), se le somete, rigurosamente, a las reglas de todos los negocios, particularmente, del contrato. Sólo así se permite la entrada, con eficacia obligatoria y vinculante, al mismo. *Vid.* M. C. GETE-ALONSO Y CALERA, «Reconocimiento de deuda –Derecho civil–», en *Enciclopedia jurídica civitas*, tomo IV, pp. 5501 ss. Según esta autora, por reconocimiento de deuda hay que entender la admisión por parte de la posición jurídica pasiva de la relación obligatoria (el deudor), de la existencia del deber jurídico de la prestación (la obligación). Entendido en sentido amplio, el reconocimiento es el medio que sirve para identificar una relación jurídica y puede utilizarse para distintas finalidades (renunciar, transigir, novar o interrumpir la prescripción). En sentido estricto, el reconocimiento es el acto jurídico voluntario, causado, llevado a cabo por quien está obligado en una relación obligatoria preexistente, válida y no extinguida, a través del cual se determina aquella y en el que se persigue la creación de un nuevo vínculo obligatorio que actúe como garantía (refuerzo) de la misma, sin modificarla ni novarla.

cimiento de la obligación, lo que hacía, por otra parte, que la estipulación sirviese de cobertura a cualquier causa, y negocio abstracto, asimismo, desde el punto de vista procesal, pues no era preciso que el acreedor probase la existencia de la causa para hacer exigible la obligación; bastaba la prueba de concurrencia de la promesa y su emisión conforme a las formalidades exigidas (en un principio formalidades verbales: *¿spondenes mihi x dare—Spondeo*). Incluso negocio abstracto desde el punto de vista material, ya que en una primera época de la historia del Derecho romano, cuando el formalismo imperante hacía de los *verba* una formalidad *dat esse rei*, la validez del negocio estipulatorio era independiente de la existencia y validez de una causa jurídica. La concurrencia de las palabras solemnes hacía nacer por sí misma el vínculo obligatorio.

Ahora bien, la *stipulatio* experimentó a lo largo de las distintas épocas del Derecho romano importantes cambios. Cambios que afectaron tanto a su forma como a su contenido. Así, el negocio que inicialmente había sido verbal y del que sólo con la finalidad de facilitar su prueba en un momento posterior se solía dejar constancia escrita (*cautio* estipulatoria), se convirtió en un negocio en el que el documento llegó a sustituir en la práctica totalmente a la ceremonia verbal, y ello a través de la argucia de incluir en él una cláusula (*«et stipulatus spondeo»*) por medio de la cual se quería significar la celebración de un rito verbal que, aunque necesario según el Derecho romano, en realidad no había tenido lugar. Esto en lo que a forma se refiere, ahora bien, también en cuanto al contenido experimentó cambios la *stipulatio*, ya que el negocio que inicialmente se entendía abstracto, pues la causa, cualquiera que fuese, lícita o no, verdadera o ficticia, existente o inexistente, no afectaba a la validez del vínculo —lo que hacía nacer el vínculo era el intercambio de pregunta y respuesta solemne—, se convirtió en eventualmente abstracto, pues se hizo posible que el deudor invocase a la causa de la obligación, primero con la *exceptio doli*, asumiendo él la carga de la prueba, más tarde (a partir del s. III d. C.) con la *exceptio non numeratae pecuniae*, excepción que, invirtiendo el tradicional *onus probandi*, hacía recaer la prueba sobre el acreedor.

El seguimiento de esas transformaciones experimentadas por la *stipulatio* que de contrato verbal pasó a ser, al menos en la práctica, un contrato escrito (aunque esta transformación de la estipulación de *obligatio verbis* a *obligatio litteris* nunca fue objeto de sanción legislativa) y, sobre todo, la previsión del emperador Justiniano según la cual la posibilidad de oponerse el deudor a la reclamación del acreedor por la inexistencia o invalidez de la causa con la *exceptio non numeratae pecuniae*, está limitada en el tiempo, de modo que no habiendo sido impugnado el documento en el que se reconoce la deuda en el plazo establecido (dos años), decae definitivamente la posibilidad de contestar su contenido (imposible alegar la *exceptio non numeratae pecuniae* ni tampoco la *exceptio doli*), adquiriendo dicho escrito valor constitutivo de la obligación. A partir de estas transformaciones, decimos, Otto Bähr va a idear dos mecanismos jurídicos como el reconocimiento documentado de deuda emitido

con base en una liquidación, y el documento abstracto de deuda relativo a dinero y otras cosas fungibles. En ambos casos se trata de modos abstractos de obligarse, en virtud de los cuales el deudor, que reconoció la deuda por escrito, ha de pagar en todo caso. Eso sí, sin perjuicio de que en otro procedimiento pueda repetir a través de la *condictio indebiti*, siempre y cuando pueda probar que la atribución patrimonial carece de causa, o que ésta estaba de algún modo viciada (principio *solve et repete*).

Prueba de lo que decimos es el índice de la obra de Otto Bähr *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund*⁷⁹, cuya primera edición data de 1855, si bien la versión que aquí reproducimos es de 1867. En ella se procede a la construcción dogmática del reconocimiento y promesa de deuda, pero sirviéndose del precedente que ofrece el Derecho romano como Derecho histórico; historicismo y dogmática.

Así, la mencionada obra se compone de dos partes: una primera dedicada al Derecho romano (*erster Teil –römischen Grundlagen–*), y una segunda al Derecho «Actual» (*zweiter Teil –heutiges Recht–*). A éstas se suma una *addenda* (Anhang) que contiene un detenido estudio sobre la *exceptio non numeratae pecuniae* de los romanos, planteándose respecto de ella todas aquellas cuestiones relativas a cómo, cuándo y por qué de su aparición, cuestiones que habíamos visto estaban ausentes en los tratados de pandectas analizados hasta ahora.

En la primera parte de la obra se procede al análisis de las transformaciones experimentadas por la *stipulatio* a lo largo de seis capítulos (*Charakter der Stipulation, Verhältniss der Stipulation zu ihrer causa, Einfluss der causa auf die Wirksamkeit der Stipulation, Der Stipulation verwandte Rechtsgeschäfte, Verbergang der Stipulation in die Schuldurkunde, Ansechtung der Urkunde*). En la segunda se trata de los documentos de reconocimiento de deuda en el Derecho alemán en el momento en que Bähr escribe (*Natur der heutigen Verträge, Der Anerkennungsvertrag, Die Anerkennung als Grund der Ausschliessung einer Exception, Die Anerkennung in anderen als obligatorischen Beziehungen, Formen des Anerkennungsvertrag*).

De esta construcción dogmática relativa al reconocimiento y promesa abstracta de deuda a la que procede Otto Bähr tomando como base las fuentes romanas, queda constancia en los protocolos de la segunda comisión encargada de elaborar el BGB⁸⁰, pues en la misma se ve la respuesta a la acuciante necesidad de configurar una pretensión del acreedor fácilmente realizable y, a la vez, transmisible a terceros. Terceros adquirentes que tienen la seguridad de que al actuar con base a dicho título no se les pueden oponer excepciones relativas al negocio subyacente.

⁷⁹ Vid. O. BÄHR, *Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund (Civililtische Abhandlung)*, Georg Wigang, Göttingen, 1867.

⁸⁰ Vid. F. WIEACKER, *Diritto privato e società industriale...*, op. cit., p. 98 (n. 45).

IV. LA PANDECTÍSTICA COMO *RECHTSWISSENSCHAFT*

Después de analizar la construcción científica llevada a cabo por Otto Bähr creemos que cobra pleno sentido la afirmación de Orestano para quien la denominación de la ciencia jurídica alemana del XIX como *Rechtswissenschaft* no es casual ni gratuita, sino que está en consonancia con el particular quehacer de esta corriente científica, con su función que no es otra que la de hacer Derecho científicamente entendido⁸¹.

En este sentido, dice Orestano, la sustitución de los términos *Jurisprudenz*, *Rechtsklugheit*, *Rechtsgelehrsamkeit*, *Rechtsgelehrtheit* (correspondientes a doctrina, conocimiento, aprendizaje) por el de *Rechtswissenschaft* para hacer alusión a la ciencia jurídica alemana que partiendo del *usus modernus Pandectarum* tiene en el *Corpus Iuris* justiniano su eje conductor, no es casual, «ni responde al deseo de enriquecer una terminología ya abundante», responde a la necesidad de identificar a esta escuela de pensamiento con el que es su verdadero cometido y el que la distingue de otras, cometido que no es sólo el de saber o conocer, sino «conocer científicamente». Visión histórica unida a sentido sistemático o filosófico.

Ahora estamos en mejores condiciones para concretar la fórmula con la que se podría definir a la ciencia Pandectística. A los dos ingredientes ya mencionados (estudio del Derecho romano justiniano, desde una perspectiva actual), habría que añadir un tercer elemento, de modo que la fórmula quedaría así:

Pandectística = estudio del Derecho romano justiniano + con una perspectiva actual + persiguiendo un «conocimiento científico».

CONSUELO CARRASCO GARCÍA

⁸¹ Vid. R. ORESTANO, *Introducción al estudio del Derecho romano*, op. cit., pp. 259 ss.