

## FUNDAMENTOS DEL DERECHO EUROPEO (DERECHO ROMANO-CIENCIA DEL DERECHO- DERECHO EUROPEO)

**Armando Torrent Ruiz**

*Catedrático de Derecho romano. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid*

### RESUMEN:

La pretensión de establecer un nuevo Derecho común europeo, sentida con especial intensidad en las últimas décadas, ha provocado la necesidad de introducir una serie de cambios en los planes de estudio de la Licenciatura universitaria en Derecho. Con la finalidad de poder formar nuevos “juristas europeos”, que se encuentren convenientemente preparados para poder aplicar en un contexto desnacionalizado ese *ius commune europaeum* que se está gestando, resulta necesario proceder a realizar una “refundación” de la ciencia jurídica europea. Con tal finalidad, se hace preciso replantear en una época como la nuestra –caracterizada por el vulgarismo jurídico– problemas de método y contenido, intentando evidenciar cuales son los fundamentos constitutivos del Derecho común europeo, y los principios jurídicos comunes a los Estados miembros, tratando de comprender las lógicas internas y los criterios operativos que conducen a aquellos, vertebrando conjuntamente Historia y Dogmática como vertientes fundamentales del saber jurídico. Para hacer frente a estos retos actuales, no exentos de notables problemas y dificultades, y obtener una formación jurídica de calidad, no centrada en fines exclusivamente utilitaristas o meramente pragmáticos, resulta necesario retornar, en la búsqueda de esa común cultura jurídica, al estudio del Derecho romano, reconstruyéndolo y exponiéndolo didácticamente no solo en su lógica interna y devenir propio, sino también de manera integrada y coordinada con la Historia del Derecho intermedio y moderno -incluidos los períodos pre y postcodificador, hasta los Tratados fundacionales de la Unión Europea-, intentando comprender en ese estudio, en la medida de lo posible, el método, las razones y los vínculos que, en una diversidad de contextos históricos y territoriales heterogéneos, se encuentran en la base de las soluciones aportadas primero por los juristas romanos, después por los medievales, y, finalmente, por los modernos, al enfrentarse con la realidad jurídica de su momento. Y todo ello, en el caso del derecho romano, sin pretensiones neopandectistas, ni de “Aktualisierung” de los estudios históricos realizables al modo de Savigny, es decir, procurando evitar una excesiva abstracción, ya que la misma inevitablemente conduciría a felsear la propia interpretación historiográfica.

**Palabras clave:** Derecho romano – Ciencia del Derecho – Nuevo Derecho común europeo – Fundamentos y principios jurídicos comunes de derecho europeo – Metodología jurídica docente y de investigación – Formación jurídica – Historia jurídica – Dogmática jurídica.

**ABSTRACT:**

In recent years, the aspiration to establish a new European common law has led to introduce some changes in the university legal education. In order to train adequately new “European lawyers” able to bring into force this new non-national *ius commune europaeum*, it is necessary to carry out a “refoundation” of the European legal science. To reach this aim in our time –so characterized by legal vulgarism as it is-, there is a need to get into a new discussion on methodological and substantial problems concerning the deep foundations of the European common law and the common principles to the European states, by connecting history and legal doctrine as essential columns of the legal science. To cope with these present, complex challenges and to provide the law students with an education of excellence, being not reduced to only utilitarian or pragmatical scopes, but looking for the roots of a common legal culture, it seems to be necessary to return to the study of Roman law. This study should rewrite and explain it didactically, not only within its internal development and logic, but also in its connections with the history of law in Middle and Modern Ages –up to the European Community treaties-, and try to comprehend the methods, reasonings and intellectual links which founded the different solutions proposed by the Roman jurists, and then by the Medieval and Modern ones, in order to cope with their contemporary legal situations in various historical and territorial contexts. This study should also avoid any neo-pandectist temptation and a sort of “Aktualisierung” of historical arguments *à la Savigny*, which would lead to an excessive abstraction and to falsify the very historical interpretation.

**Key words:** Roman law – Legal Science – New European Common Law – Foundations and Common Principles of European Law – Legal Teaching and Research Methods – Legal Education – Legal History – Legal Doctrine.

## ***Fundamentos del Derecho Europeo (Derecho romano-Ciencia del Derecho-Derecho europeo)\****

### **I. PLANTEAMIENTOS GENERALES.**

#### **1. La enseñanza del Derecho ante las anunciadas reformas universitarias.**

El empeño para la renovación de la enseñanza universitaria exigido por la Declaración de Bolonia en 1999 de los Ministros de Educación de la UE, afectará a todos los saberes impartidos en los centros superiores de formación dada la aspiración a crear un espacio común europeo con similares planes de estudio en todas nuestras Universidades. En este contexto las reformas anunciadas parecen traer negros nubarrones y ya se está produciendo una gran polémica en lo que atañe a los saberes jurídicos. Desde hace años venimos experimentando fatigosamente en España una serie de reformas y contrarreformas de las enseñanzas universitarias relacionadas con los cambios en la vida jurídica derivados del evidente impacto de los procesos de unificación europea sobre los ordenamientos particulares de los Estados miembros. La aspiración a un derecho común europeo y correlativamente a una enseñanza homogénea del saber jurídico en la Europa comunitaria (EEES = Espacio Europeo de Enseñanza Superior) ha suscitado enormes discrepancias, y me temo que los Acuerdos de Bolonia ni las hagan desaparecer ni traigan la pacificación (por no hablar de un cierto desánimo ultrapiresino que se detecta en la aplicación de dichos Acuerdos) en cuanto una norma emanada por la autoridad legislativa de la Comisión y Parlamento Europeo es difícil que encuentre aplicación uniforme si los juristas nacionales no parten de una cultura jurídica común europea<sup>1</sup>.

---

\* Presento los primeros resultados de una investigación iniciada hace tres años sobre derecho europeo que he ido redactando en España, Italia (en la Universidad de Roma "La Sapienza"), y en Alemania (Universidad de Munich) a lo largo de estos ultimísimos años. Sobre todo en el campo de las conexiones derecho romano-ciencia del derecho-derecho europeo la romanística italiana ha generado una amplísima bibliografía específica sacándonos muchas leguas de ventaja a la española obviamente por ser Italia país fundador de los Comunidad Económica Europea -actual Unión Europea-, mientras que nosotros sufrimos un retraso de treinta años y hubo que esperar a la recuperación de los valores democráticos una vez extinguida la dictadura franquista. Mi actual intento se dirige por una parte a acortar de algún modo aquella distancia; por otra a suministrar desde la romanística española puntos de vista que entiendo pueden contribuir a un conocimiento más cabal del derecho europeo y a robustecer la formación de nuestras futuras promociones de juristas (si llegan a puerto las reformas anunciadas de los planes de estudio en las Facultades de derecho).

<sup>1</sup> Vid. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *I fondamenti storici di un diritto comune europeo*, en *Index 30* (2002) 163 ss.; M. TALAMANCA, *Relazione conclusiva*, en F. MILAZZO (coord.) *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea*, (Napoli 2004) 364. Desde otro punto de vista, pero que también afecta a un tema esencial de la unificación europea como es la armonización contable, campo que conozco especialmente por los cursos que desde hace algunos años imparto sobre Auditoría de Cuentas, éste es el problema que plantea la introducción de las NIIF (Normas Internacionales de Información Financiera que fundamentalmente son un marco conceptual, no un plan contable propiamente dicho), que con el loable propósito de lograr una presentación homogénea de los estados financieros de las empresas europeas y proteger a inversores, el patrimonio empresarial, procurar la comparabilidad de las cuentas y la máxima transparencia para todos los usuarios de la información financiera, su aplicación está encontrando notables dificultades debido a la distinta cultura contable de los Estados miembros; cfr. TORRENT A. / RIVERO MENÉNDEZ J.A. / A.LVARADO RIQUELME M., *Comités de Auditoría*, en *Revista de Derecho Mercantil*, 250 (2003) 1665 ss.

Estos cambios plantean nuevos retos a las Facultades de derecho, y no se trata simplemente de una mas o menos amplia reorganización de nuestros periplos curriculares, o de reequilibrios entre las diversas áreas de conocimiento (llamadas hasta hace poco asignaturas) en función de itinerarios orientados a diversas salidas profesionales que las autoridades políticas<sup>2</sup>, con clara ignorancia de lo que ha significado la ciencia del derecho en la formación de Europa, quieren unificar en función de una inmediata y similar preparación práctica de cada estudiante al terminar su período académico. Pero si la unificación jurídica europea es un objetivo deseable, la preparación que se pretende ofrecer en las Facultades de derecho desde mi punto de vista va en detrimento de una sólida formación teórica que permita a los alumnos enfrentarse con toda clase de problemas jurídicos; en este sentido y entre otros ejemplos que podría ofrecer, no queda claro la función de los cursos de Doctorado (art. 35 de la Ley Orgánica 4/2007 de 12 de abril; BOE de 13 de abril) en posible competencia o concurrencia con los masters; también la anunciada proliferación de masters que aparte de encarecer extraordinariamente los costes de formación para cada estudiante, por su propia índole sólo pueden tener una dimensión específica dirigidos inmediatamente a la experiencia práctica, cuya implantación en las Universidades públicas españolas durante el curso 2006-2007 podría decirse que no han tenido el éxito que se esperaba de tales master.

La solución del problema implica notables dificultades y no se resuelve de un modo reduccionista recortando años y contenidos en las Facultades de derecho, y sin embargo esto es lo que se desprende del documento de trabajo propuesto sobre la organización de las enseñanzas universitarias en España elaborado por el Ministerio de Educación y Ciencia de 26 de septiembre de 2006<sup>3</sup>, porque sin duda es un problema de mucho mayor calado a la luz de los Tratados fundacionales de la UE y del número creciente de sentencias de la Corte Europea de Justicia en las que late el problema de la fundamentación de la ciencia jurídica europea, problema que nos atañe a todos (romanistas, historiadores del derecho, positivistas), una ciencia del derecho básica para la construcción (más bien reformulación) del nuevo *ius commune europaeum*, tesis defendida vigorosamente por Capogrossi Colognesi<sup>4</sup> que considera la experiencia de la tradición jurídica europea como construcción de dimensión científica en el ámbito exigido por los tratados fundacionales de la UE<sup>5</sup> para lograr un sistema jurídico unitario que

---

2 Con inaceptable demagogia dice L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Gli insegnamenti storico-giuridici e gli orizzonti europei*, en *La nuova Giurisprudenza civile commentata* 19 (2003) 1.

3 No me atrevo a pronosticar cuales puedan ser sus consecuencias finales; lo que si sé es que los países europeos mas avanzados están muy satisfechos con sus actuales y hasta ahora eficientes planes de estudio, y mi impresión es que no están por la labor de hacer amplias reformas de los mismos; por el contrario en España que siempre hemos sido mas papistas que el papa podría suceder que por el afán de cambio del Gobierno de este momento nuestros planes puedan acabar siendo los mas dispares dentro de la pretendida armonización universitaria europea, porque por lo que se va sabiendo, no parece haber gran entusiasmo en territorios ultrapirenaicos de la eficacia que pretende derivarse de la aplicación de los Acuerdos de Bolonia. En España, al menos a nivel ministerial parece que hubo gran entusiasmo hasta mediados del 2006, luego se enfrió este entusiasmo, que de nuevo parece reencenderse (insisto, a nivel ministerial, no tanto a nivel científico, pero hay que contar con el dato incontestable de que sólo el Gobierno dispone del BOE).

4 Vid. además de otros trabajos suyos ya citados, CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni su i "fondamenti del diritto europeo": una occasione da non sprecaire*, IVRA 51 (2000, pero publicado en 2003) 1 ss., cuyas perspectivas comparto.

5 En los días en que estoy acabando este trabajo celebramos el cincuenta aniversario del Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957. La Comunidad Económica Europea (actual UE) que nació con seis Estados fundadores (hoy veintisiete en espera de confirmarse mas adhesiones), ha creado un marco de estabilidad y prosperidad difícilmente imaginable en la Europa dividida posterior a la II Guerra mundial. Gracias al tesón y clarividencia de políticos como Jean Monnet, Robert Schuman, Alcide de Gasperi, Konrad Adenauer y otros más, puede decirse que la idea de una Europa unida ha jugado un papel clave en la expansión de las

supera el derecho nacional de cada uno de los Estados miembros. Esta finalidad de unificación representa desde el plano jurídico institucional uno de los grandes eventos recurrentes (lo que llamo cuarto reencuentro con el derecho romano y la tradición romanística) en la experiencia jurídica europea, que Gallo<sup>6</sup> de alguna manera asimila a lo que significó en Roma la codificación del Edicto pretorio y la posterior codificación justinianea, hechos a su vez determinantes en la formación del *ius commune* bajomedieval en conexión con el renacimiento de los estudios jurídicos a partir del s. XI, estudios esenciales en la configuración de los Estados nacionales, en las codificaciones modernas, en las constituciones de los Estados singulares y hasta en las mismas convenciones internacionales sobre los derechos del hombre; en todos estos eventos ha sido determinante la aportación de la Ciencia jurídica que sigue siendo indispensable para el éxito de la nueva operación unificadora en marcha.

Por lo que este movimiento tiene de incidencia en las Universidades europeas, la idea central de la reforma va por la reducción del período de la Licenciatura en derecho (parece incluso que en España perderá este nombre para pasar a llamarse grado) a cuatro o incluso tres años<sup>7</sup>; obviamente habrá que reducir los programas, eliminar alguna asignatura de las tradicionales e introducir otras nuevas; por citar algunos ejemplos que considero válidos sobre todo en España en cuanto en otros países ya se están cursando

---

democracias, en la transformación de los países del antiguo bloque europeo situado bajo la órbita soviética, y logrado que un grupo importante de países haya cambiado su moneda nacional por el euro (que comportó una importante subida de precios; que la inflación subsiguiente fuera o no un daño colateral se sigue discutiendo entre los economistas) hoy líder en emisiones internacionales empezando a sustituir al dólar. Pero siguen habiendo grandes asimetrías (en materia de imposición fiscal, inmigración, política única de defensa y otras más que podrían añadirse). El voto negativo a la Constitución europea de Francia y Dinamarca en el 2005 ha ralentizado los avances necesarios para lograr una Europa más próspera, moderna, competitiva, innovadora, viva para sus ciudadanos, que alguna vez pueda llegar a igualarse con el gigante económico USA, aunque los gigantes asiáticos emergentes (China, India) van a ser pronto grandes competidores de la UE. También se deben estos problemas a la notable ausencia de líderes capaces de transmitir a los ciudadanos ilusión por el proyecto europeo. Podría decirse incluso que muchos políticos votan por Europa para aparentar ser progresistas pero puertas adentro levantan todos los obstáculos posibles al mercado único, y mientras no se venzan aquellas asimetrías será difícil reavivar la llama del proyecto europeo y no es extraño que empiecen a abundar euroescépticos, en mi opinión con una visión muy cortoplacista que no tiene en cuenta las inmensas posibilidades de Europa unida; entiendo demasiado pesimista la visión de algún destacado político francés que ha llegado a decir que la UE es la suma de debilidades de los Estados miembros. Un ejemplo de este euroescepticismo en orden especialmente a la unificación jurídica lo ofrece A. GUARINO, *Capitale Amauote*, en *A l'Europe du troisième millenaire. Mélanges Gandolfi*, I (Milano 2004) 317 ss. que no cree que con la unificación europea vayan a desaparecer todas asimetrías existentes, aún sin compartir la tesis de algún relevante autor italiano (no dice el nombre) sostenedor de que con la unificación los mismos Estados se convertirán en superestructuras inútiles y por tanto condenados a desaparecer en ventaja de una Europa cada vez menos dividida, siempre menos federalista, siempre más (y solamente) regionalizada. Por el contrario A. TRABUCCHI, *E necessario andare avanti per questa strada dell'unificazione?*, ibid. 515-517 no solamente considera útil esta unificación en el campo jurídico, sino incluso necesaria, al menos en el campo de los contratos, lo que a mi modo de ver encierra una consideración demasiado restringida de los problemas del derecho europeo.

6 F. GALLO, *Rifondazione della scienza giuridica premessa primaria per la formazione del diritto europeo*, en *Bacheca romanistica (Rivista di diritto romano)* website: [jedonline.it/rivistadirittoromano](http://jedonline.it/rivistadirittoromano). A propósito del uso de la informática ya contamos con revistas electrónicas consultables por Internet, y cada vez es más evidente que el uso de los medios de información electrónicos se impondrá arrolladoramente (ya es así en las jóvenes generaciones) sobre el soporte papel; vid. A. MURILLO, *La influencia de las nuevas tecnologías en el estudio del Derecho romano*, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías* (Burgos 2005) 491-507.

7 Por el contrario en Italia, el D. de 25 de noviembre del 2005 del Ministerio de Universidades e Investigación Científica establece que por su singularidad los estudios de derecho tengan un ciclo único de cinco años, anulando la sistematización restringida a un trienio (laurea in Scienze giuridiche) y otro de dos (laurea specialistica in Giurisprudenza). Posteriormente el Tribunal Administrativo Regional del Lazio en sentencia de 26 de septiembre del 2006 ha anulado parcialmente aquel Decreto por excluir del área de conocimientos jurídicos el derecho de la navegación.

(siempre vamos con cierto retraso en el terreno práctico y hasta ideológico), Fundamentos del derecho europeo<sup>8</sup>, derecho comunitario, derecho urbanístico, derecho medioambiental, derechos humanos<sup>9</sup>, que por su incidencia en la formación del jurista actual en principio parece que no deben tener cabida en los masters que por su propia índole deben versar sobre aspectos muy singulares que exigen una formación básica previa que probablemente será deficiente con los nuevos planeamientos reduccionistas. Este nuevo tipo de enseñanza tiene el riesgo de dejar de lado una amplia preparación jurídica para caer en una minúscula especialización<sup>10</sup>, y deja en el aire muchos problemas en la era de globalización que estamos viviendo. En esta sede quiero avanzar algunas reflexiones sobre el valor formativo de nuestras enseñanzas tradicionales y contribuir a las futuras reformas de nuestros planes de estudio, que tal como van anunciándose parecen aspirar a formar un nuevo tipo de jurista (o nuevos tipos según sus especializaciones) en un contexto que ha cambiado profundamente a lo largo de estos últimos años desde la incorporación de España a la UE en 1985 (en vigor desde el 1 de enero de 1986); nos encontramos ante la pretensión de formar un “jurista europeo”, expresión reconocida en Italia en el Decreto Ministerial de 25 de noviembre del 2005 en la descripción de los objetivos formativos de la “laurea in giurisprudenza” equivalente a nuestra licenciatura (casi debería decir antigua licenciatura a tenor de las reformas anunciadas en España) que delinea al graduado universitario en materias jurídicas como persona que desarrolla actividades en derecho comparado, internacional y comunitario, concepción demasiado reduccionista que parece volver a la visión lege-céntrica dominante en los dos últimos siglos postcódigos con una metodología hoy superada, porque al primar las materias citadas no tiene en cuenta que todavía (y creo que durante bastante tiempo) va a seguir imperando una potente presencia de los ordenamientos internos, lo que permite pensar que la pretendida unificación jurídica sea por ahora un *desideratum*; por el contrario en otros campos se han hecho avances fundamentales sobre todo a nivel económico y financiero de lo que el ejemplo mas evidente es la introducción del euro como moneda común (y tampoco están adheridos todos los países comunitarios siendo la excepción mas relevante el Reino Unido).

Actualmente dada la experiencia (me atrevería a llamar negativa) en la gestación de la política jurídica comunitaria, y siendo evidente el rol de las Universidades en la formación del nuevo “jurista europeo”, debemos reflexionar sobre la didáctica de este nuevo derecho que en mi opinión debe partir de unas bases distintas de las que hasta el momento han constituido el sustrato de las potentes burocracias tecnocráticas comunitarias ancladas en reflejar las relaciones de poder (hasta ahora dominantes Francia y

---

8 Su enseñanza en las reformas en Italia a partir de 1997 (D.L. 398/1997; D.M. de 21 de diciembre de 1999) se ha atribuido *ex auctoritate* a los romanistas por la convicción del fundamento romanístico (en su sentido mas amplio abarcando derecho romano y tradición romanística) del derecho europeo, lo que trae el peligro anticipado por L. LABRUNA, *Diritto romano e diritto europeo*, en *Labeo* 40 (1994) 161 ss. de explicar en tal materia un derecho romano neodeshistorificado. Vid. con lit. F. MERCOGLIANO, *Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo*, en *Index* 33 (2005) 83 ss.

9 Constituyen el ejemplo mas evidente de globalización pues el reconocimiento de los derechos humanos implica el agotamiento del viejo principio de Estado territorial en cuanto el individuo singular se convierte en protagonista de una nueva especialidad sin confines geográficos cuyas reglas deben aplicarse universalmente, llevando a la obsolescencia los viejos principios de personalidad y territorialidad de los Derechos internos porque en nuestra época y en estas materias concretas domina el principio de universalidad; cfr. P. BARCELONA, *Diritti umani e “nuovi diritti”*: *governo della globalizzazione e desocializzazione del diritto*, en *AFDUDC* (Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña) 10 (2006) 93 ss.; vid. C.-W. CANARIS, *L’incidenza dei diritti fondamentali sul diritto privato tedesco*, en *Mél. Gandolff*, cit. I, 21-43.

10 Que ya había sido denunciada por E. BETTI, *Osservazioni critiche sul progetto di riordinamento delle facoltà di Giurisprudenza*, en *Riv. giur. umbro-abruzzese*, 36.6 (1960) 320, adelantándose medio siglo al profundo desconcierto que implican las actuales reformas curriculares.

Alemania) en el seno de la UE, teniendo en cuenta que habrá que formar un tipo de jurista que poco a poco se va a ir desnacionalizando para aplicar el nuevo *ius commune europaeum*.

Esta comunidad de principios jurídicos a la que apelan los Tratados fundacionales parece incidir en un movimiento recurrente en la historia de la jurisprudencia europea que de nuevo se reencuentra con el derecho romano<sup>11</sup> y la tradición romanística<sup>12</sup>, exigiendo un nuevo modo de estudio de las materias histórico-jurídicas y en especial del derecho romano que a partir de los códigos había sido reducido a una función esencialmente histórica (y por ello relegado frente al pragmatismo positivista), propedéutica, y de alguna manera ancilar respecto a otras materias<sup>13</sup> (particularmente derecho civil) aunque ninguno negaba la honda raíz romanística de los grandes Códigos europeos<sup>14</sup> que se presentaban como el producto último y más excelso de la *ratio scripta*<sup>15</sup>, un Derecho de la razón reformulado por la Ciencia jurídica europea del XVIII y XIX a caballo entre giusnaturalismo y pandectística. Por supuesto nadie duda que el *Corpus iuris civilis* justinianeo es un elemento constitutivo del patrimonio lingüístico<sup>16</sup>, expresivo y argumentativo de la cultura jurídica europea, y en nuestros días después de dos siglos de códigos que han llegado a un punto tal de agotamiento que se cuestiona hasta la misma idea de la codificación, la aspiración unificadora de la UE obliga a plantear una adecuación de la docencia de todas las materias jurídicas a estos nuevos planteamientos<sup>17</sup>.

11 Cfr. J. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht* (Zürich 1976).

12 G. CRIFÒ, *Prospettive romanistiche per l'Europa unita*, en J. MICHEL, *Droit romain et identité européenne* (Bruxelles 1994) 125 ss. = RIDA (suppl.) 41 (1994); G. NEGRI, *Tradizione romanistica e diritto europeo*, en L. MOCCIA (cur.), *I giuristi e l'Europa* (Roma-Bari 1997) 21 ss.; CAPOGROSSI COLOGNESI, *Luci e ombre del processo di integrazione giurídica europea*, ibid. 91 ss.; GALLO, *Per un rinnovamento della cultura giurídica*, ibid. 120 ss.; L. LABRUNA, *Ius europaeum commune. Le matrici romanistiche del diritto europeo attuale*, en *Quaestiones iuris. Festschrift für Joseph Georg Wolf* (Berlin 2000) 151 ss.

13 Fenómeno visible en Italia donde se cursa la asignatura "Istituzioni di diritto privato" que en las reformas españolas a veces coincide con algunos programas de "Teoría del derecho" y otras con "Introducción al derecho" que suelen impartir filósofos del derecho y civilistas, y tengo la impresión que en ambos casos parten de metodologías equivocadas, especialmente cuando la imparten civilistas que dada su formación solo piensan en materias civiles descuidando que el alumno de las Facultades jurídicas aspira a unos conocimientos que exorbitan sensiblemente el ámbito civilístico que se ha ido reduciendo sensiblemente en los últimos tiempos. Una sensible particularidad española es el abandono del derecho canónico con notable olvido de sus fuentes históricas, y hasta la misma asignatura ha cambiado de nombre para denominarse derecho eclesiástico del Estado (en mi opinión grave error científico que implica una visión lege-céntrica olvidando la aportación fundamental del *ius canonicum* en la experiencia jurídica medieval (*Decretum Gratiani*, *Extravagantes*, cánones conciliares) y moderna (piénsese en la fecundísima cantera de teólogos-juristas del Siglo de Oro español, o que el padre Vitoria como ha demostrado Feenstra fue el padre del moderno derecho internacional) y por ende en la formación del derecho europeo.

14 Por ello mismo y desde que a partir de los Códigos se impuso la consideración lege-céntrica o quizá mejor código-céntrica del derecho, de alguna manera el derecho romano fue visto en posición ancilar respecto a otras materias quizá en mayor medida en Italia, donde contemporáneamente se imparte un curso de "Istituzioni di diritto romano" y otro de "Istituzioni di diritto privato", lo que llevó a U. VINCENTI, *Appunti sul rinnovamento della didattica del diritto romano*, en *SDHI* 67 (2001) 451 ss., a hablar de duplicación de estas Instituciones respecto a las de derecho romano que dejan a los estudiantes la misma impronta que las de derecho privado vigente dado que es idéntica su estructura sistemática pandectística (yo añadiría idéntica raíz) en la mecánica expositiva de ambos tipos de Instituciones; la duplicación por tanto es actualmente criticable desde un punto de vista sistemático e igualmente criticable la duplicación de detalles del régimen normativo privatístico como denuncia MERCOGLIANO, *Recenti opinioni* 85. Y sin embargo esta duplicación también empieza a verse en España al impartirse en el primer año materias históricas hondamente formativas y a la vez materias positivistas que se solapan a aquéllas.

15 F. CASAVOLA, *Diritto romano e diritto europeo*, en *Labeo* 90 (1994) 163.

16 Vid. P. GORI, *Il latino nella Giurisprudenza europea*, en *Studi in on. di Cesare Grassi* (Prato 1994) 69 ss.; S. SCHIPANI, *Intervento di sintesi. Traduzione del Digesto, riflessioni sui fondamenti del diritto in Europa*, en F. SINI y R. ORTU, *Scientia iuris e linguaggio nel sistema giurídico romano* (Milano 2001) 236

## 2. Nacionalización de los derechos internos a partir de los códigos.

La publicación de los códigos implicó una nacionalización de los derechos internos de cada país amalgamando reglas derivadas de una experiencia jurídica multiseccular, más las particulares improntas nacionalistas de todo tipo: jurídicas, políticas, culturales, ideológicas<sup>18</sup>, etc., algo que está muy claro en el C. c. español de 1889 que inspirado en el francés, significó un afianzamiento del derecho tradicional castellano<sup>19</sup>. Desde el aspecto de la técnica jurídica fue muy criticado por su imperfecta sistemática: no fue un código hecho por técnicos sino por prácticos y abogados en ejercicio que supieron redactarlo con una técnica sencilla y asequible para todos. Incluso ha dicho Albaladejo que jurídicamente se encuentra por encima del derecho positivo que se hace hoy en España, idea en la que abunda Díez-Picazo al destacar su evidente valor literario, muy superior al de los demás textos legales de su tiempo e incluso de los posteriores. Desde el plano de la política legislativa es indudable que nuestro C.c. vino a poner cierto orden en la confusión legislativa anterior aunque no pudo superar la finalidad esencial de la codificación que aspiraba a la unidad legislativa de la Nación, pero si no pudo llenar las exigencias técnicas y sistemáticas que podían esperarse de sus redactores, sin duda significó un gran progreso en la vida jurídica española<sup>20</sup>. Desde un plano general son acertadas las consideraciones de R. Bercovitz al señalar que nuestro C.c. es el heredero principal de toda la dogmática jurídica que procedente del derecho común fue trasvasada al derecho moderno precisamente a través de los textos codificados, y no esconde su admiración por el C.c. manifestando que en sus artículos se encuentran encarnados ejemplarmente la mayor parte de los dogmas, figuras, técnicas y conceptos frutos de la tradición y de la doctrina que constituyen el acervo común de los juristas; al mismo tiempo de alguna manera intuía la decadencia de las codificaciones privatísticas al decir que el abandono del código supondría la dilapidación de ese conjunto de conocimientos que entendía esencial para un desarrollo armonioso del derecho privado e incluso del derecho en general. Pues bien, ese abandono está llegando o ha llegado ya, y aquel arsenal de conocimientos hoy hay que plantearlos con otras angulaciones dentro de la tarea actual de construcción o reformulación de la ciencia del derecho en Europa, sobre todo a raíz del Tratado de Maastricht que propugna la unificación del derecho privado europeo incardinada sobre tres ejes fundamentales: 1) Unificación; 2) Armonización y coordinación de los sistemas jurídicos; 3) Integración y cooperación<sup>21</sup>, y a ello obedece que el Parlamento europeo haya propuesto un código de derecho privado de la UE que por el momento ha cuajado en un Proyecto de código de los contratos.

---

ss.; F. STURM, *Lingua latina fundamentum et salus Europae*, en *A l'Europe du troisième millenaire. Mélanges Gandolfi I* (Milano 2004) 443 ss.

17 D. MANTOVANI, *El Derecho romano después de Europa. La historia jurídica para la formación del jurista y ciudadano europeo*, en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija = CIAN 9* (2006) 365.

18 Cfr. G. TARELLO, *Le ideologie della codificazione del secolo XVII*, I (Genova 1967).

19 TORRENT, *Instituciones de Derecho privado. I,1 Derecho civil. Parte general* (Zaragoza 1994) 40-41.

20 En 1994 escribía "a mi modo de ver, y a pesar de todos los ataques que ha sufrido, los últimos desde un plano mas general negando la eficacia de la codificación, incluso proclamando la "muerte" de los códigos que deberán ser sustituidos por leyes especiales, nuestro C.c. sigue aportando un papel fundamental en nuestra vida jurídica". Hoy diría un papel cada vez menos fundamental, tanto por la incidencia del derecho supranacional europeo como por el traslado de normas del C.c. a las leyes procesales a lo que hay que añadir la creciente constitucionalización de muchas instituciones privatísticas que van disminuyendo el contenido del código y hasta variando su arquitectura sustituida por nuevos microsistemas desarrollados en leyes especiales; esto unido a que como seguimos arrastrando desde la Reconquista la singularidad de los derechos forales, a la vista de la superior normatividad europea habrá que revisar igualmente las compilaciones de las regiones con derecho civil especial (como se denomina ahora a lo que cuando yo era estudiante en la Universidad de Salamanca se llamaban derechos forales).

21 Cfr. M. PANEBIANCO, s.v. *Unione europea*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, XXXII (Roma 1994) 6 ss.



Está claro que el derecho positivo nacido de los códigos sufrió el riesgo (y en gran parte se hundió en él) de subsumirse en un puro pragmatismo que llegó a plantear a partir de la II Guerra Mundial (época de enorme pesimismo una vez conocidas las consecuencias de la barbarie nazi que produjo un cierto sentimiento de inutilidad del derecho ante la violencia de los mismos hechos bélicos) hasta la conveniencia de tener códigos. En este contexto de pragmatismo el derecho codificado (hablo en sentido amplio, tanto el recogido en códigos como en leyes especiales) asumió un papel de primer orden en las enseñanzas universitarias relegando el derecho romano al puro ámbito histórico para reducir todo el saber jurídico de un modo simplista a la norma<sup>22</sup> positiva y/o sentencias judiciales, reduccionismo simplista y excluyente en estos momentos en que la convergencia hacia la unificación descansa en la convicción de la identidad europea basada en una cultura jurídica común, por lo que la ciencia del derecho no puede reducirse exclusivamente al estudio de lo que el legislador estatal del momento considere como norma<sup>23</sup>; con esto quiero decir que para formular con mayores ambiciones científicas el nuevo derecho europeo debemos romper con los estudios exclusivamente código-céntricos que han sido dominantes en la tradición occidental<sup>24</sup> en estos últimos doscientos años postcódigos. Mi impresión es que volvemos a recorrer un sentido inverso, y ante la fragmentariedad y diversidad de los derechos internos que plantean serios obstáculos para el logro de un derecho europeo común, aspiración del Tratado de Roma de 23 de marzo de 1957 reconfirmada por el Tratado de Maastricht de 1992, el de Ámsterdam de 1997, y buscando una cierta homogeneización del derecho de los Estados miembros, se intenta desvelar unos principios comunes en la experiencia jurídica europea que diversas sentencias de la Corte de Justicia comunitaria encuentran en el derecho romano y en la tradición romanística.

Como ya he dicho antes y desde una amplia perspectiva histórica creo que esta pretensión supone un nuevo reencuentro (el cuarto históricamente) con el derecho romano<sup>25</sup>. El primero se habría producido en el s. XI con el redescubrimiento de las

---

22 No comparto la teoría que considera el Derecho exclusivamente como norma a mi entender insuficiente para explicar toda la compleja fenomenología jurídica: TORRENT, *Conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico romano* (Salamanca 1973) 9. La consideración monopolística código-céntrica de la norma que desde el Code Napoléon vino centrada en la ley, creo que es totalmente insuficiente para entender el Derecho tal como en su día formuló Santi ROMANO, *L'ordinamento giuridico* 2ª ed. (Firenze 1949; reed. Firenze 1962) en la llamada teoría institucional del Derecho. Para mí, y la experiencia romana es suficientemente elocuente, el estudio del Derecho ni debe reducirse a un mero discurso persuasivo (en cuyo caso sería pura retórica) ni tampoco a meros enunciados normativos; las normas al fin y al cabo son proposiciones verbales que raras veces encuentran justificación en sí mismas ni pueden ser aplicadas sin un bagaje conceptual que es fundamentalmente histórico. Por eso el Derecho es esencialmente un producto histórico, y su "ser" está contenido en "lo que ha sido". Al respecto parece clarividente la reflexión planteada desde un punto de vista filosófico por Emilio Lledó: "ser", esencialmente, es "ser en la memoria", punto de vista que me parece elemento fundamental en la actividad cognoscente del estudioso de la Ciencia del Derecho europeo.

23 Vid. una crítica al reduccionismo positivista actual en W. WALDSTEIN, *Elementi pre-positivi dell'ordinamento nel diritto romano*, en A. CORBINO (cur.) *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giurimanisti contemporanei. Antologia* (Padova 1995) 373; cfr. también WALDSTEIN, *Das römische Recht als Grundlage für die europäische Rechtskultur*, en D. CASTELLANO (coord.), *L' "anima" europea dell'Europa* (Napoli 2002) 39 ss.;

24 Vid. VINCENTI, *I paradigmi della legge nel diritto occidentale (introduzione)*, en VINCENTI (coord.), *Inchiesta sulla legge nell'Occidente giuridico* (Torino 2005) 1 ss.; *La legge occidentale tra passato e presente*, ibid. 21 ss.

25 Parafraseando *-servata distantia-* a Marcel Proust ("à la recherche du temps perdu"), algunos plantean este problema como ir al encuentro de una "identidad perdida" que obviamente constituye parte esencial de los "Fundamentos del Derecho europeo"; cfr. A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta. La parabola del Diritto romano in Italia*, en SCHIAVONE (cur.) *Stato e cultura giuridica in Italia dell'Unità alla Repubblica* (Roma-Bari 1990) 278 ss.

Pandectas de Justiniano que trajo lo que Vinogradoff<sup>26</sup> llamó una segunda vida del derecho romano mas allá del pueblo que lo vio nacer engendrando un fenómeno tan relevante como la afirmación del *ius commune*, de un *ius commune* que con nuevos y distintos planteamientos (políticos, ideológicos, científicos), pero no tan distantes, hoy se pretende revitalizar; el segundo a partir del s. XVI con la imposición del *mos gallicus* sobre el *mos italicus* en la comprensión del derecho unido a otros fenómenos culturales propios del Renacimiento que duró toda la Edad Moderna<sup>27</sup> y parte de la Contemporánea; el tercero con la recepción culta alemana de finales del XVIII y principios del XIX que cristalizó en la fecundísima tarea de la Pandectística que sobre bases romanas supo plasmar toda la compleja fenomenología jurídica en conceptos abstractos de los que seguimos siendo tributarios todos los juristas incluidos en el modelo continental europeo (y en este terreno conceptual también incluidos en gran medida los juristas del *Common Law*); el cuarto sería el preconizado actualmente. Es obvio que en todos estos reencuentros han habido distintos planteamientos en el entendimiento del derecho romano y de la tradición romanística, y que su adecuado enfoque exige la comprensión de una experiencia multiseccular que ineludiblemente tenemos que plantearnos los romanistas del s. XXI.

### 3. Inadecuado planteamiento de la declaración de la ELFA.

Con lo que acabo de decir es evidente que entiendo rechazable la Declaración de la Asociación Europea de Facultades de Derecho (ELFA en sus siglas inglesas) *For a European Space of Legal Education* de 31 de mayo del 2002<sup>28</sup>, porque de modo contradictorio si por un lado excluye totalmente cualquier referencia al derecho romano y a la historia del derecho ni siquiera “a título ornamental”<sup>29</sup>, por otro considera necesario separar en dos fases la formación del estudiante de derecho: una en la que debe estudiar su derecho nacional, y otra dedicada al derecho comunitario como si fueran planos totalmente desconectados entre sí derecho comunitario y derecho interno, porque los arts. 85 y 86 del TCE señalan diversas normas de las que son destinatarios directos los sujetos de derecho de los Estados miembros; los Reglamentos son de obligatoriedad directa, y las Directivas comunitarias (art. 189 TCE) imponen la obligatoriedad de sus fines aunque dejan libertad a los Estados miembros en el modo de conseguir los objetivos<sup>30</sup>, diluyendo lo que tiene de Derecho interno la aplicación de normas comunitarias. La miopía de la ELFA al prescindir de materias históricas además se contradice técnicamente en cuanto es inútil su pragmatismo desaforado al ignorar el arsenal técnico que ha ido construyendo históricamente la jurisprudencia europea, porque aún cuando se entienda como dice Diliberto<sup>31</sup>, que los resultados de la investigación en derecho romano no deben necesariamente formar parte del bagaje cultural y estrictamente técnico del jurista europeo, el propio Diliberto no excluye que están “bien vivas” las instituciones de derecho romano. Refiriéndose al derecho español Vallet de Goytisoló<sup>32</sup> ya había

26 P. VINOGRADOFF, *Roman Law in medieval Europe* (Oxford 1912); trad. ital. de Salvatore Riccobono (Palermo 1914) 4.

27 C.A. CANNATA, *Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo*, en *Studi Impallomeni* (Milano 1999) 47 ss. considera esencial para llegar al *topos* del jurista europeo el conocimiento desde métodos histórico-comparativistas de la experiencia del Derecho común entre los s. XV al XVIII.

28 Website: <http://elfa.bham.ac.uk>.

29 Esta precisión es de F. CUENA, *Derecho romano y Dogmática*, en *CIAN* 9 (2006) 329.

30 TORRENT, *Derecho civil*. I,1, 84.

31 O. DILIBERTO, *Sulla formazione di un giurista (a proposito di un saggio recente)*, en *Riv. Di dir. civile* 51 (2005) 109 ss.

32 J. VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología jurídica* (Madrid 1988) 753.

dicho que “todo cuanto tenemos no deteriorado del derecho civil y sin necesitar continuos retoques, lo hemos recibido del derecho romano tal como nos lo dejaron los autores del *ius commune*; después no hemos hecho sino compilar, codificar, conceptualizar, clasificar, sistematizar y fabricar dogmas jurídicos”. Esta afirmación del ilustre notario de Madrid es extraordinariamente sugerente: no señala a los juristas romanos sino a los autores del *ius commune* medieval, pero éstos obviamente no habrían podido realizar aquella portentosa tarea que cristalizó en la *Magna Glossa* acursiana sin el *Corpus iuris civilis*, porque aún con todos los significados y tonalidades que se quieran predicar del *ius commune* en el que tuvo un rol relevante el naciente *ius canonicum*<sup>33</sup> (y de ahí su citación como derecho romano-canónico), no dejaba de ser una aplicación de Gayo 1,1 (=I. 1,1,9; 1,2,1) cuando definía el *ius gentium* como *commune omnium hominum*<sup>34</sup>, adquiriendo el término *ius commune* un valor funcional en la descripción del renacido Derecho romano, incluso explicado entonces en términos de algún modo teológicos como advierte Labruna<sup>35</sup> en el obispo Otón de Frisingia: *quare unius urbis imperium totum orbem subici, unius urbis legibus totum orbem informari Dominus orbi voluerit*<sup>36</sup>, derecho que se desarrolló específicamente en las nacientes Universidades europeas y en la Curia. Mi tesis va por el camino que la construcción (o reconstrucción) de una ciencia jurídica europea con evidentes raíces comunes tiene que contar con el derecho romano (esencialmente el justiniano que es el que llegó a la Europa medieval), la experiencia del derecho intermedio y moderno, el racionalismo abstracto pandectista, más los dos siglos de experiencia postcódigos que parece haber llegado a un punto de agotamiento superado por el nuevo derecho europeo. Porque se quiera o no se quiera entenderlo así, como ha expresado Fernández Barreiro<sup>37</sup>, el valor cultural que el derecho ha alcanzado en el modelo occidental de ordenación de la sociedad constituye el resultado histórico de la fuerza expansiva que experimenta el fenómeno jurídico a partir del hecho constituido por la aparición de la figura del jurista en la cultura política latina<sup>38</sup>.

#### 4. Problemas de la pretendida renovación de un *ius commune europaeum*.

La armonización exigida por los Tratados fundacionales de la UE hacen que el derecho europeo además de plantear un arduo programa de unificación jurídica, debe ser esencialmente producto de la experiencia jurídica que no puede ser sino histórica en el sentido de constituir un elemento capaz de expresar la complejidad de los procesos

33 H. BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, (trad. ital. Bologna 1998) insiste en que la *renovatio Ecclesiae* gregoriana debe tener un sitio de honor en los orígenes de la tradición jurídica occidental. Vid. para las conexiones *Corpus iuris civilis-Corpus iuris canonici*, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale* (Roma-Bari 1997) 227. Para el esplendoroso renacimiento jurídico medieval vid. F. CALASSO, *Introduzione al diritto comune* (Milano 1951); id. *Medio Evo del Diritto. I. Le fonti* (Milano 1954); R. ZIMMERMANN, *Diritto Romano e unità giuridica europea*, en *Studi di storia del diritto* 1 (1995) 5 ss.

34 Vid. WALDSTEIN, *Ius gentium und das europäische ius commune*, en *Index* 26 (1998) 453 ss.

35 LABRUNA, *Ius europaeum commune* 153.

36 MGH *Script.* XX (reed. 1963) 170.

37 A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *Consideraciones sobre algunos factores histórico culturales del proceso formativo del espacio jurídico común europeo*, en *Estudios en memoria de B. Reimundo*, I (Burgos 2000) 220 cfr. también del mismo autor *El factor jurisprudencial como elemento de identidad de la cultura jurídica europea* (Santiago de Compostela 1998).

38 Vid. sobre el nacimiento de la jurisprudencia en Roma como instrumento técnico de mediación con una terminología y metodología propias que van profesionalizado el saber jurídico y a la vez convirtiendo el Derecho en objeto de razonamiento científico, A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza* (Napoli 1977); F. WIEACKER, *Altrömische Priesterjurisprudenz*, en *Iuris professio. Festgabe für M. Kaser* (1986) 347 ss.

históricos, porque como dice Grossi<sup>39</sup> la reflexión histórica sirve fundamentalmente para producir “momentos dialécticos” útiles para hacer mas compleja, y por tanto mas rica, la reflexión del jurista de nuestros días. Desde luego que hay que huir de la ingenua y simplificadora pretensión de buscar en el pasado modelos para la solución de los problemas actuales<sup>40</sup>. A mi modo de ver no es suficiente aunque sí extraordinariamente relevante el mero conocimiento histórico; entiendo que es también necesaria la dogmática, en especial en el campo del derecho privado; es decir, para lograr la armonización no basta con el conocimiento histórico (y comparado) de los ordenamientos nacionales, sino que como dice Canaris<sup>41</sup> es quizá mas importante acercar los “modos de pensar”, y esto es función de la disciplina que llamamos dogmática a la que corresponde la sistematización conceptual de un determinado ordenamiento interno; del mismo modo la armonización transnacional del derecho necesita una profunda dogmática sin la cual cabe el gran riesgo de confusiones conceptuales y contradicciones teleológicas.

Ante la formulación de un renovado *ius commune europaeum* (que aparentemente parece volver a recorrer caminos ya trillados<sup>42</sup>) que no puede prescindir de la tradición romanística son muy pertinentes los puntos interrogativos que formula Mantello<sup>43</sup>: ¿Estamos convencidos que esto sea posible a condición que el jurista europeo esté marcado a fuego por perspectivas que por el hecho de ser romano-céntricas serían la única garantía y el único baluarte para nuestra europeización?, ¿No es iluso romanticismo seguir sosteniendo la infinita efectividad del derecho romano? Sin duda son muy incisivas estas preguntas formuladas desde una cierta visión pesimista en cuanto Mantello observa demasiado conceptualismo -si no *Begriffsjurisprudenz*- en las posiciones de una nueva ola de romanistas preocupados por estos temas, como si aquel derecho romano y la tradición romanística propuestas como modelo, momento de verificación y piedra de parangón, no tengan tras de sí luchas, contrastes, ideologías, condicionamientos económicos, políticos, como si bastase tenerlos presentes como hechos solamente técnicos -asépticamente técnicos- para contribuir a una “europeización” de por sí buena y justa. Criticando tanto a los defensores de la “continuidad” del derecho romano como a los que intentan una aproximación a la ciencia del derecho europeo desde ángulos histórico-comparativistas<sup>44</sup>, Mantello, que parte del obvio presupuesto que europeización no deja de significar un patrimonio de conceptos jurídicos comunes, sin embargo le parece que muchos se contentan con participar en la individualización de estos conceptos olvidando que junto a su relieve técnico existe también un trasfondo ideológico, que su determinación sobre el plano genérico y su misma utilización exegetico-aplicada no son un hecho ni neutral ni indiferente respecto a la realidad que vivimos, sus tensiones, sus contrastes, sus valores<sup>45</sup>.

39 P. GROSSI, *Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo*, en *Riv. di dir. civile* 42 (1996) 281-286.

40 En este sentido M. MECCARELLI, *Corti supreme e armonizzazione del diritto privato nella percezione della scienza giuridica tra otto e novecento*, en O. TROIANO – G. RIZZELLI – M.A. MILETTI, *Harmonisation involved History? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, (Milano 2004) 118.

41 CANARIS, *L'incidenza* 21.

42 Son muy sintomáticas al respecto las reflexiones que muy gráficamente titula GROSSI, *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro*, en *Quaderni fiorentini* 31 (2002) 39-57.

43 A. MANTELLO, *Ancora sulle smanie romanistiche*, en *Labeo* 48 (2002) 26.

44 Problema enfocado esencialmente a las relaciones entre el *Common Law* inglés y el *Civil Law* continental europeo, que como veremos mas adelante, a la luz de las ultimas investigaciones de Gorla desde un plano general, y Zimmermann desde otro particular, no son tan distintos ni distantes como se les ha querido presentar.

45 MANTELLO, *Smanie* 27.

Son estos problemas de los que voy a ocuparme compartiendo con Capogrossi Colognesi que debemos plantearnos los siguientes temas de reflexión: ¿Hasta qué punto es adecuado un modelo de formación con raíces tan antiguas como el nuestro? ¿Hasta qué punto aquellos programas didácticos inciden en la formación de un estudiante que a su vez también es muy distinto del que frecuentaba las aulas universitarias veinte años atrás?, o como plantea Murillo<sup>46</sup> ¿Qué aporta el estudio del derecho romano a la experiencia jurídica contemporánea? ¿Qué aporta al jurista actual? También me preocupa la siguiente reflexión: ¿Los nuevos planes de estudios tal como se van diseñando garantizan una formación de calidad de las futuras promociones de juristas? Advierto que estos interrogantes no son problemas que afecten exclusivamente a la disciplina que cultivo profesionalmente, derecho romano, sino también a otras áreas cercanas y en general a todas las disciplinas jurídicas incluidas obviamente las de derecho positivo, porque no debe olvidarse nunca lo que entiendo característica principal del ordenamiento jurídico: su unidad sustancial<sup>47</sup>.

Tengo claro que los planteamientos de las autoridades educativas de la UE van a requerir una importante renovación de todas las asignaturas, y por lo que se refiere al derecho romano de cuya crisis<sup>48</sup> se viene hablando desde la publicación del BGB en 1900, obligará a renovar sus contenidos didácticos<sup>49</sup> y al menos parcialmente en conexión con la nueva asignatura “Fundamentos del derecho europeo” exigida por la pretendida unificación del derecho comunitario, sus mismas líneas de investigación; ya no se podrá enseñar simplemente una historia externa del derecho romano, o una visión pandectística<sup>50</sup> entendida como conceptos generales válidos universalmente extraídos de los juristas romanos, ni exponer exclusivamente el derecho clásico como paradigma de perfección al que deba referirse esencialmente toda consideración romanística<sup>51</sup> dado que el derecho que se expandió en Europa a partir del s. XI fue fundamentalmente el justinianeo<sup>52</sup>, ni exponerlo con pretensiones actualizadoras al modo de Savigny (aunque algo de esto pretenden Zimmermann y una corriente de romanistas actuales encuadra-

46 A. MURILLO, *Fundamentación romanística en la formación del jurista europeo*, en *Estudios de Derecho romano en memoria de B. Reimundo*, II (Burgos 2000) 42.

47 Son solamente las limitadas capacidades intelectivas del estudioso individual las que nos han ido obligando a dividir y subdividir el ordenamiento para poder llegar a captar una pequeña parte de su contenido, algo que a su vez ha comportado el problema de sobrevalorar parcelas concretas (normalmente el derecho positivo postcódigos) que no se entenderían cabalmente sin la comprensión de su devenir histórico y su entronque con la globalidad del ordenamiento. Con ello quiero decir que lo importante es el sustantivo derecho, y lo contingente los adjetivos: penal, civil, hipotecario, laboral, administrativo, procesal, mercantil, etc.

48 Sobre la pretendida crisis del Derecho romano a partir de 1900 vid., con lit. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes* (Zaragoza 2002) 25-32.

49 Ya decía hace muchos años Ch. APPLETON, *Notre enseignement du droit romain, ses ennemis et ses défauts*, en *Mélanges Cornil* 1 (Paris 1926) 46 que es dañino un exceso de erudicción ofrecido a los estudiantes.

50 De la que fatigosamente se ha ido alejando la romanística a partir de la publicación del BGB abandonando la deducción de conceptos generales válidos universalmente para centrarse en una reconstrucción más fiel del pensamiento jurídico romano, especialmente del derecho clásico con una implacable caza a las interpolaciones que remitió a partir de 1950; vid. S GAGNER, *Zur Methodik neuerer rechtsgeschichtlicher Untersuchungen*, I (Ebelsbach 1993), con observaciones muy interesantes sobre Wieacker (1 ss.) y Koschaker (41 ss.).

51 Vid. agudas consideraciones sobre el valor de lo “clásico” en M. TALAMANCA, *Il diritto nelle epoche postclassiche*, en *Collatio iuris romani. Etudes Ankum*, II (Ámsterdam 1995) 535 ss.; cfr. M. BRE-TONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea* (Bari 1999) 188 ss. = trad. esp. *Derecho y tiempo en la tradición europea* (México 1999).

52 Tiene razón TALAMANCA, *Il “Corpus iuris” giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, en *Studi M. Mazziotti di Celso*, (Padova 1995) 771-772, al exponer que el *Corpus iuris* como todas las grandes obras de la historia es bifronte: tiene una vertiente dirigida al pasado y otra al futuro, por no hablar de su impronta en la época en que fue compilado.

bles dentro de un cierto neopandectismo<sup>53</sup>), sino que deberá plantearse su enseñanza en otras perspectivas que reflejen mejor la identidad del derecho romano en cuanto historia de saberes y métodos científicos y no presentado al servicio de otros intereses (dejando definitivamente de lado su visión “ancilar” respecto a otras materias jurídicas), siendo evidente al decir de Mercogliano<sup>54</sup> que la historia del derecho romano constituye todavía la materia por excelencia que puede adiestrar a los estudiantes de nuestras Facultades en el conocimiento crítico de las fuentes del derecho, esencial también para sostener la convicción que justicia e igualdad son valores absolutamente fundamentales para la comprensión del derecho, derecho que es historia por sí mismo<sup>55</sup>. En realidad, como ha dicho Talamanca<sup>56</sup>, el verdadero legado de la Antigüedad al mundo actual está representado por la experiencia jurídica romana que ha transmitido a la Europa occidental el inestimable valor del *ars iuris* como modelo de vivir el derecho, válido mas allá de contenidos contingentes y de necesidades condicionadas por la coyuntura histórica, residiendo el valor esencial del modelo ofrecido por el derecho romano como “Juristenrecht” en reafirmar el principio de la racionalidad del ordenamiento, ante todo como una garantía mas o menos efectiva según las circunstancias históricas contra la irracionalidad, el arbitrio, el abuso del legislador nacional o europeo.

Entiendo que con los parámetros actuales en los que la ciencia del derecho en Europa está por hacerse o por lo menos reformularse, habrá que exponer la didáctica del derecho romano (disciplina madre de la historiografía jurídica) dentro de nuevos planteamientos en línea con la renovación metodológica de la romanística posterior a los años sesenta del s. XX, en que como vió Ferrajoli<sup>57</sup> abandonó definitivamente la vieja aproximación pandectística y “actualizante” en el estudio del derecho romano para orientar sus investigaciones hacia los desarrollos jurisprudenciales de la experiencia jurídica, más sus conexiones con la economía, modos de producción, vida social y política romana<sup>58</sup>. En la perspectiva de los fundamentos del nuevo *ius commune* la ciencia del derecho europeo deberá abarcar asimismo la historia del derecho intermedio y moderno<sup>59</sup> y en general todas las disciplinas enseñadas en las Facultades de derecho, que

53 Tema del que había comenzado a discurrir G. DIOSDI, *Conversazioni sul metodo*, en *Labeo* 19 (1973) 57 ss.; *Contract in Roman Law* (Budapest 1981) 144.

54 MERCOGLIANO, *Recenti opinioni* 84.

55 MERCOGLIANO, *Breve appunto romanistico a proposito di Ferrajoli “Scienze Giuridiche”*, en *Index* 25 (1997) 582. Me parece demasiado arriesgada la consideración de la “Normativität der Rechtsgeshichte” que plantea H. TAPANI KLAMI, *Confessiones methodologicae*, (Turku 1981) 14-16.

56 TALAMANCA, *L’Antichità e i “diritti dell’uomo”*, en *Convenzione del Consiglio di Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali in onore di Paolo Barile. Atti dei Convegni Lincei* (Roma 2001) 43.

57 L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento* (Roma-Bari 1999) 67.

58 Podría citar muchos ejemplos de estudios del tipo reseñado como los ya citados de CAPOGROSSI COLOGNESI; add. LABRUNA, *Evoluzione sociale e mutamenti giuridici nella circolazione dei beni dall’età arcaica alla fine della Repubblica*, en *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo I* (Napoli 1997) 403 ss.; TORRENT, *Moneda, crédito y Derecho penal monetario en Roma*, en curso de publicación en *SDHI*.

59 Entre nosotros pienso que la historia del derecho medieval español, y especialmente sus conexiones con el derecho romano cada vez más va siendo competencia de los romanistas (como se comprueba, por señalar una muestra, en los trabajos de J.M. Sáinz-Ezquerro, J.A. Obarrio, A. Calzada, C. Lázaro, F.J. Andrés Santos, E. Osaba) dado que mayoritariamente nuestros historiadores (con excepciones muy notables pero circunscritas fundamentalmente al derecho catalán: Font Rius, Iglesia Ferreirós) han ido abandonando el medievalismo mas preocupados por temas de la Edad Moderna y Contemporánea (también para la Edad Moderna un romanista, F. Cuena, ha abierto una interesante línea de investigación referida al Derecho indiano poniendo en claro que las capitulaciones de la monarquía española para la América recién descubierta no se entenderían cabalmente sin la experiencia jurídica anterior de tradición romanística), e incluso diría por la historia jurídica posterior a los Tratados fundacionales de la UE, fenómeno que no es solamente español

tal como viene diseñada la reducción explícita de los cursos universitarios acabarán convertidos en meras exposiciones notablemente simplificadoras a modo de inducir en el alumno (si es que lo logra) un mero mecanicismo intelectual o un mero tecnocratismo (dominante en los burócratas de Bruselas que se ocupan de la “política” del derecho comunitario), que a mi modo de ver ni hará progresar la ciencia del derecho ni ayudará a mejorar la formación de nuestros estudiantes.

## 5. “Fundamentos del derecho europeo”.

Entiendo que en la próxima reforma de los planes de estudio es imprescindible introducir una nueva asignatura: “Fundamentos del derecho europeo”, cuya enseñanza Italia ha encomendado sabiamente a los romanistas, buenos conocedores de los temas de unificación jurídica, en primer lugar por el mismo papel unificador del derecho romano en el Mundo Antiguo<sup>60</sup>, y desde el s. XI con la difusión del derecho romano justinianeo desde el redescubrimiento del *Corpus iuris civilis* que dio lugar al portentoso laboreo de Glosadores y Comentaristas. Que esta nueva asignatura “Fundamentos del derecho europeo” se impondrá como novedad curricular en los planes de estudio *in fieri* no es predicción temeraria; precisamente los cultivadores de los saberes romanísticos nos hemos puesto en primera línea y casi diría que exclusivamente (en consonancia con el *descriptor* de la asignatura en la última formulación *ex auctoritate* de los planes de estudio en las Facultades de Derecho: “Derecho romano y su recepción en Europa”) en la afanosa investigación de sus principios básicos, las raíces comunes, los fundamentos sobre los que ha de construirse el nuevo derecho europeo, con la particularidad esencial que las nuevas referencias se buscan ante todo en el campo iusprivatístico<sup>61</sup>, particularidad muy significativa pues fue fundamentalmente la materia privatística sobre la que se acentuó la primera gran recepción del romanismo desde los primeros glosadores del s. XI (el primero históricamente de los cuatro grandes reencuentros con el derecho romano, siendo el último el inducido por los Tratados fundacionales de la UE en su intento de buscar los fundamentos jurídicos comunes del derecho europeo).

El intento de ir hacia un derecho europeo cual nuevo *ius commune*<sup>62</sup> es ciertamente complejo y a priori de muy complicada articulación, porque apuntando una simplificación con pretensión homogeneizadora de las relaciones jurídicas, de la economía en los tráficlos internacionales, de los procesos, de las garantías para la parte más débil, por poner ejemplos muy concretos pues la aspiración hacia la unificación jurídica se proyecta también al campo penal y policial (espacio Schengen), procesal (aplicación de sentencias transfronterizas), y jurisdiccional, hace difícil poner de acuerdo a los actua-

---

en cuanto también puede predicarse de otros países de nuestro entorno; casi lo mismo podría decir de los canonistas de las Universidades públicas españolas (no así de las pontificias, especialmente Salamanca donde brilla con luz propia la labor de A. García) que en España han sustituido la enseñanza del *ius canonicum* por derecho eclesiástico del Estado (criticable visión lege-céntrica), porque para intentar una reconstrucción del derecho medieval (y por ende de la formación histórica de la ciencia del derecho europeo) no se puede avanzar sin conocer las aportaciones de la otra gran vertiente del *utrumque ius*: el *ius canonicum*.

60 Vid. TALAMANCA, *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, en *Studi Impallomeni* (Milano 1999) 405 ss.

61 V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, en *Europa e diritto privato*, fasc. 2 (2005) 378.

62 Cfr. J.L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit* (Paris 1999) 195-196 que destaca el valor de la reflexión histórica para llegar a este nuevo *ius commune europaeum*; cfr. también del mismo autor *Droit comparé et histoire du droit*, en *Quaderni fiorentini* 30 (2001) 806-808.

les 27 países miembros de la UE, dificultades acaso mayores en materias privatísticas<sup>63</sup> (mas conservadoras como decía D. Federico de Castro por ser las mas unidas a la conciencia íntima de cada nación) que en las publicísticas. Que esta tarea de desentrañar los “Fundamentos del derecho europeo” deban desempeñarla los romanistas parece evidente, sobre todo desde la óptica del derecho privado que tradicionalmente no ha suscitado la atención de los historiadores del derecho intermedio, debido según Talamanca<sup>64</sup> a que a partir del hito compartido por romanistas e historiadores del *ius commune*, los historiadores dejaron de lado investigaciones sobre institutos de derecho privado para volcarse en la tarea de reconstruir críticamente el patrimonio de fuentes, con tendencia a un exasperado aunque inútil filologismo que se acompaña frecuentemente de un biografismo interesado solamente en los datos externos de la vida de diversos personajes mas o menos importantes. Escasean consiguientemente investigaciones de base para presentar una síntesis sobre las diversas metodologías seguidas en las diferentes épocas, y por tanto para construir la ciencia del derecho en Europa hay que reformular los estudios medievales y modernos que la Pandectística del XIX también habían dejado de lado olvidando siglos y siglos de elaboración doctrinal y práctica del derecho romano para tratar de alcanzar formulaciones dogmáticas universales, y por ello mismo, antihistóricas.

Hoy en día todos tenemos claro que en las Facultades de derecho de la UE debe enseñarse derecho asumiendo una dimensión transnacional que supera los particularismos internos<sup>65</sup>, y esto que se ha convertido en un axioma sin embargo frecuentemente está vacío de contenido concreto, o esconde contenidos y métodos bastante diversos y divergentes, en que como señala L. Vacca<sup>66</sup> la misma noción de derecho europeo o “derecho común europeo” expresa conceptos y proyectos diferentes, y a veces hasta incompatibles manifestándose en líneas de aproximación diversas según los casos, que son: 1) Su formación legislativa, en particular la legislación comunitaria; 2) Su formación histórica y doctrinal con una nueva valoración del *ius commune europaeum* como ciencia jurídica, eje básico de la tradición romanística y por tanto del derecho vigente en la mayor parte de los países europeos; 3) Su formación científica en sentido amplio de nueva ciencia del derecho que permita un conocimiento del derecho de dimensión auténticamente transnacional a través de los instrumentos propios de la historia y de la comparación. Añade Vacca<sup>67</sup> que estas divergencias sobre el concepto y contenido del derecho europeo y sobre el método mas idóneo para su mas completa formulación, son frecuentemente debidas a una opción de fondo sobre los modos de producción del derecho según que se quiera privilegiar el derecho “legislativo”, el derecho “jurisprudencial”, o el derecho “profesoral”, que sintetiza en la construcción normativa del derecho, la construcción casuística, y la construcción científico-dogmática.

Son certeras estas afirmaciones, pero habría mucho que matizar: el derecho legislativo no parece tener gran proyección dado el fracaso de los códigos y la experiencia

63 Las evidentes dificultades en el campo privatístico son un grave obstáculo para alcanzar soluciones comunes; vid. con lit. Chr. BALDUS, *Metodología del Derecho privado comunitario: problemas y perspectivas en cuanto a la interpretación literal e histórica*, en AFDUDC 10 (2006) 77 ss.

64 TALAMANCA, *Il Corpus iuris tra dir. rom e dir. vigente* 793.

65 Que no son solo sustantivos sino también didácticos y curriculares; basta para cerciorarnos de ello la lectura de los trabajos aparecidos en *L'insegnamento del diritto oggi. Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza. Università di Genova*, (Milano 1996), hasta el punto señalado por M. HORSPOOL, *L'istruzione legale nel Regno Unito*, ibid. 123 que el estudio del derecho en los diferentes países comunitarios es tan diferente que parece difícil concebir que se trate del estudio de la misma materia.

66 L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, en *Harmonisation* 38.

67 VACCA, *Cultura giur.* 39.



reciente de los diferentes modos de ver –y aplicar- la norma comunitaria en cada uno de los países miembros, a lo que se une la enorme dificultad de traducción de la norma a cada una de las lenguas nacionales que en sí mismo ya es causa de importantes disfunciones. El derecho jurisprudencial es el que se sigue en Reino Unido, pero los juristas europeos continentales muestran cierta desconfianza hacia el particularismo del *case Law* presionados por los dos siglos de tradición codicística, y la misma Comisión Europea da a entender que prefiere un código (ya se ha llegado a redactar el de la contratación<sup>68</sup> aunque no ha sido promulgado). Y si el nuevo derecho debe plasmarse en un código se plantea el problema de qué tipo de código, si redactado por los políticos y burócratas de Bruselas o por expertos en la ciencia jurídica europea, que es el sistema que me parece preferible y utilizado en su actual redacción,

No hace falta insistir en que el camino para llegar a un *ius commune europaeum* está lleno de dificultades, tanto históricas como particulares de los ordenamientos internos de cada Estado miembro de la UE, obstáculos advertidos por los Tratados fundacionales que confiando alcanzar soluciones satisfactorias decidieron superar poniendo de relieve las raíces comunes de los distintos ordenamientos nacionales para lograr normas homogéneas referidas tanto a derechos fundamentales como a la globalización de los mercados o las nuevas relaciones contractuales y laborales, por no hablar de sectores con gran impacto ideológico –en sectores tradicionalmente más estables- como familia (matrimonio, filiación, adopción, tutela) y sucesiones (sucesión necesaria, libertad de testar). Siendo de alabar los fines políticos perseguidos, sus resultados frecuentemente se topan con notables contradicciones<sup>69</sup> en cada uno de los Estados miembros<sup>70</sup>, por lo que el carácter burocrático y tecnocrático de Directivas y Reglamentos comunitarios suscita grandes dificultades para su aplicación inmediata y uniforme en cuanto deben enfrentarse –como advirtió Cascione<sup>71</sup>- con los particularismos nacionales, la falta de preparación de los órganos administrativos y políticos que deben aplicarlas y las resistencias no siempre injustificadas de la praxis. En el actual contexto en que el derecho europeo es en gran parte producto de compromisos entre los diversos Estados miembros fatigosa y a veces oscuramente reformulados por los burócratas de Bruselas –y de ahí las dificultades para su inteligencia- se hace preciso volver los ojos a una pretendida (y para mí evidente) común cultura jurídica; en esta búsqueda no es inocuo que los abogados generales de la Corte Europea vuelvan sus ojos a las soluciones romanas, que aunque sólo fuera por presentarlas como *exempla* de soluciones jurisprudenciales ello mismo es un indicio claro de aquella metodología científica que ya había sido repropuesta por medievales y modernos. Esto no quiere decir que debamos volver a los planteamientos de Iriero y la Escuela de Glosadores que desde el s. XI volcaron su atención por el derecho romano no ciertamente por el deseo intelectual de comprender sus orígenes y desarrollo, sino para su utilización como refinado producto de la

68 Vid. mas adelante & 9 *Principios de la cultura jurídica europea*.

69 Presentan asimismo notables dificultades no sólo los problemas terminológicos (la terrible dificultad de interpretación y traducción de las normas comunitarias en cada una de las lenguas de los países miembros) sino también los epistemológicos, como se desprende de las sentencias de la Corte Europea de Justicia; vid. F. ANDRES SANTOS, *Epistemological Value of Roman legal Rules in European and Comparative Law*, en *European Review of Private Law*, 3 (2004) 347 ss.

70 E. SCODITTI, *Integrazione comunitaria e collisioni fra ordinamenti*, en *Harmonisation*, cit. 216, sostiene que una UE con más de 20 Estados no tolera una rígida homogeneización de los ordenamientos, y por tanto, la integración se convierte en integración “flexible”, por lo que flexibilidad y diferenciación son los modernos paradigmas no solo de las políticas institucionales de los órganos de gobierno europeos, sino también de este peculiar ordenamiento jurídico.

71 C. CASCIONE *Romanistica e metodo storico-giuridico*, en *Index 33* (2005) 1; *Consapevolezza giuridica per la nuova Europa: la laurea internazionale in “Ius civile dell’Europa comune”*, en *Index 33* (2005) 105.

Antigüedad clásica notablemente superior a los toscos ordenamientos de los pueblos bárbaros que se habían enseñoreado de Europa.

Ha dicho acertadamente Casavola<sup>72</sup> que en aquellos momentos el derecho romano no tenía nada que ver con fronteras de reinos y feudos ni con jurisdicciones territoriales, sino que se ponía como racionalidad universal por encima de culturas y tradiciones locales enseñado no diversamente que la teología y la filosofía como saber intelectual que hacía posible buscar y encontrar la justicia, cultivado por profesores y estudiantes pertenecientes a cualquier nación europea para quienes el latín era la *lingua franca* a quienes no interesaba conocer o reconocer lo que pensaban los juristas romanos, sino hacer propios su vocabulario y sus conceptos para resolver racionalmente cualquier problema jurídico, vocabulario y conceptos que fueron apropiados igualmente por los teólogos de forma que en la sinergia de cristianismo y derecho romano se basó la estructura constitutiva de la historia de Europa, y sobre el universalismo cristiano y la universalidad del derecho se modeló el ideal europeo de justicia<sup>73</sup>. De esta manera la reducción del derecho romano a su racionalidad intemporal se inició en la escuela de los glosadores entre los siglos XI y XIII, mientras que en los s. XIV y XV la vigencia del derecho romano se fundó sobre la *communis opinio doctorum* que lo alejaba de los textos justinianos a los que se apelaba para problemas escolásticos nacidos en la praxis comercial e internacional según el método llamado mas tarde *usus modernus Pandectarum*<sup>74</sup>. Fueron precisamente los glosadores quienes con los métodos propios de la Escolástica comenzaron a penetrar en el núcleo del derecho romano recién descubierto con unas técnicas que, como dice Labruna<sup>75</sup>, consintieron la apropiación intelectual de aquellos textos, que si puede parecer estéril respecto a un acercamiento filológico, todavía asombra en nuestros días en que nos abruma la elaboración electrónica de datos por la amplitud y profundidad de su conocimiento; no debemos olvidar que los *Digesta* son una compilación de fragmentos de juristas clásicos cuya sistemática interna no corresponde a una lógica fácilmente perceptible, y todavía, todo el saber jurídico llegado a través de las Pandectas, los conceptos, reglas, fundamentos del sistema y tipologías argumentativas, se mostraron superiores a los derechos consuetudinarios de la época, de modo que la racionalización del derecho reintentada por los glosadores siguiendo huellas romanas significó la romanización de la *scientia iuris*, y en este contexto el derecho romano conquistó Europa. Esta inmensa aportación que significó el derecho romano lo ve Labruna en el brocardo procesal medieval *ius Romanum allegans fundatam habet intentionem* de manera que sólo con proponer al juez una ley romana demostraba el fundamento de la posición jurídica sustantiva.

Tampoco debe pretenderse una “Aktualisierung” del derecho romano al modo de Savigny<sup>76</sup>, que por otra parte se mostraba contrario a las ideas codificadoras que se iban imponiendo a finales del XVIII en los länder alemanes aún no lograda su unidad política dentro de un contexto en que se había producido la segunda gran recepción en

72 CASAVOLA, *Dir. rom. e dir. europ.* 162.

73 CASAVOLA, *Dir. rom e dir. europ.* 163.

74 Vid. R. STINTZING / E. LANDSBERG, *Geschichte der deutsche Rechtswissenschaft* (Leipzig 1889, reed. Aalen 1957); F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2ª ed. (Göttingen 1967) = trad. ital. de V. Santarelli y S.A. Fusco, *Storia del diritto privato moderno* (Milano 1980) 305 ss.; A. MAZZACANE, *Pandettistica*, en *ED* 31 (1981) 592 ss.; CASAVOLA, *L'educazione del giurista tra memoria e ragione*, en *Index* 19 (1991) 319 ss.

75 LABRUNA, *Ius europ. comm.* 155.

76 F.K. von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, 8 vols. (Berlin 1840-1849), que como es sabido era contrario a toda idea de codificación; vid. S. GAGNER, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung* (Uppsala 1960) 40.

Alemania del derecho romano justiniano, que al decir de Windscheid era uno mismo con el derecho nacional alemán (lo que llamo tercer reencuentro con el derecho romano), y donde la aversión de Savigny (en notable controversia con Thibaut) a ver reducido el derecho a los códigos, o como señala Casavola<sup>77</sup> la subordinación del derecho a la ley, quería decir subordinación no sólo del saber jurídico a la voluntad de soberanos y cámaras políticas, sino de todos los particulares al Estado.

Tampoco debe volverse a un pretendido neopandectismo<sup>78</sup> que de ningún modo puede entenderse a la base de los evidentes puntos comunes en la ciencia del derecho logrados con gran esfuerzo por la experiencia jurídica europea que no puede prescindir de la tradición romanística, fundando una tradición que arranca desde el s. XI en las Universidades y en la curia, tradición que cuando se superaron los avatares medievales de las Escuelas de Glosadores y Comentaristas será retomada desde nuevas aproximaciones en el Renacimiento por la llamada Escuela Culta en Francia<sup>79</sup> y Elegante en Holanda<sup>80</sup> con notables aportaciones de instrumentos filológicos e históricos, iniciándose las primeras ediciones protocríticas<sup>81</sup> del *Corpus iuris*. Con el giusnaturalismo de los s. XVII y XVIII ya se puede hablar de un renovado carácter científico en el estudio del

77 CASAVOLA, *Dir. rom. dir. europ.* 166.

78 Con notable confusionismo no exento de soberbia intelectual señala CUENA, *Der. rom. y Dogmat.* 333 nt. 22: “no me resisto a señalar que en España o desde España no procede hablar siquiera de neopandectismo, pues la producción de la romanística nacional supuestamente interesada por los problemas que nos ocupan consiste demasiadas veces en una especie de redivivo *mos italicus* que a su innecesario carácter y a la carencia de rigor filológico y de sentido histórico suma una completa falta de reflexión metodológica, con el resultado en definitiva de una inutilidad esférica”. Esta crítica me parece falsa injusta y contradictoria en cuanto el propio Cuenca (pero no lo dice) debe incluirse entre los criticados (y no veo autoflagelación) dado el contenido de la mayoría de sus trabajos. Tampoco ha entendido la extraordinaria fecundidad que para la ciencia del derecho supuso el *mos italicus*, ni ha comprendido que desde que a partir del BGB el derecho romano se convirtió en histórico los romanistas se despreocuparon de su vertiente práctica tratando de lograr una reconstrucción más perfecta de su sistema y principios siguiendo esencialmente el método histórico-crítico o si se quiere, histórico-dogmático, y esto no es neopandectismo; no pretende descubrir conceptos de valor universal sino un conocimiento más perfecto del derecho que nació, vivió y sirvió para regular las relaciones sociales en Roma. Tampoco parece que Cuenca entienda bien qué es neopandectismo porque el romanismo a lo largo del s. XX fundamentalmente sobre textos del *Corpus iuris* justiniano ha tratado de reconstruir la experiencia jurídica romana, bien que ciertamente por la presión interpolacionista (que ha llevado a exageradas deformaciones muchas veces basadas en un no menos exagerado filologismo) dió primacía al derecho clásico, y esta vía es la que se ha seguido en España (incluido el propio Cuenca) y en Europa; por otra parte, y contra la opinión de Cuenca, creo que en España y sobre todo en estos últimos decenios los estudios romanísticos han alcanzado un nivel muy digno, y no nos hacen falta justicieros sin conocimientos globales suficientes en todos los campos del derecho romano para actuar como tales. Podría haber tenido en cuenta Cuenca (pero no los cita) los trabajos muy ponderados y constructivos de P. FUENTESECA, *Un tren-tenio de derecho romano en España: reflexiones y perspectivas*, en *Estudios Ursicino Alvarez* (Madrid 1978) 137 ss., y *Observaciones sobre el futuro del derecho romano en España*, en *Estudios Hernández-Tejero*, II (Madrid 1994) 205 ss. cuya lectura podría haberle ayudado a no tener una consideración tan despreciativa de la romanística española. Tampoco me parece adecuada la labor que pretende realizar otro pretendido justiciero hispánico (manifestado no tanto en sus trabajos monográficos –que no son de gran relieve– sino en recensiones), J. Paricio, del que pueden predicarse amplias zonas de ignorancia, que además desde un punto de vista administrativo actúa ilegalmente en cuanto reiteradas sentencias y resoluciones de la Audiencia Nacional, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional declaran que no es catedrático de Universidad, aunque el rector de la Universidad Complutense (D. Carlos Berzosa) se empeñe en no ejecutar las sentencias dando un pésimo ejemplo de desprecio por el Estado de derecho.

79 Analizada por G. ASTUTI, *La giurisprudenza culta e l'interpretazione del Corpus iuris*, (Milano 1940) recogida en la “raccolta di scritti” realizada por G. Diurni, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica* I (Napoli 1984) 421 ss.; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano* 3ª ed. (Bologna 1987) 202 ss.

80 J.C. VAN OVEN, *Le droit romain aux Pays-Bas*, en *ACIB* 2 (Pavia 1935) 23 ss.; A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I (Milano 1982) 434 ss.; ORESTANO; *Introduz.* 86 ss.

81 CASAVOLA, *Dir. rom. e dir. europ.* 163.

derecho romano, época en la que al decir de Casavola<sup>82</sup> el derecho privado se convierte en una construcción racional que tiene su núcleo en la figura abstracta del derecho subjetivo, una ciencia como la matemática o la geometría entretejida de evidencias axiomáticas, teoremas, demostraciones, cálculos; en definitiva operaciones de la razón, no de autoridad<sup>83</sup>, y al ser una materia exclusivamente racional que ya no coincide como en la época de los escolásticos medievales con la ley divina, aquella tradición romanística entra en las sociedades políticas europeas para las que no bastaba la sustancia transnacional del derecho privado romano como derecho universal conforme a la razón y a la naturaleza del hombre propia de la Edad de las Luces, porque ahora tenía que enfrentarse con la emersión del derecho público que hasta ahora se limitaba a prácticas de policía, administrativas y procesales, y donde las reglas de derecho público no eran justificables *imperio rationis* sino exclusivamente *ratione imperii* afectas a la nueva positividad estatal que en las materias iuspublicísticas empezó a prescindir del derecho privado romano con pretensión universalista, aunque de alguna manera seguía utilizando conceptos traídos de la experiencia privatística, ahora en el ámbito de nuevos planteamientos y experiencias europeas como la nueva relación entre ciudadano y Estado<sup>84</sup>.

Con todo esto quiero decir que en aquellos momentos ya no se podía apelar al traslado de soluciones romanas que desembocaría en una simplificación de problemas a favor de una superficial (e inútil añadido) comparación diacrónica<sup>85</sup>; en nuestros días la labor que nos incumbe es poner de relieve los logros de la ciencia del derecho europeo con el dominio de unas técnicas particulares que en el romanista exigen congruencia entre la exigencia de no perder su propia especificidad de jurista y no renunciar a asumir junto a aquélla, su condición de historiador<sup>86</sup>.

## 6. Derecho romano disciplina histórica a partir del BGB.

Si el Derecho romano hasta la publicación del BGB en 1900 había sido en gran medida Derecho vigente, no tanto directamente sino en su fundamentación conceptos y reglas, y por ello los romanistas del XVIII y XIX eran al mismo tiempo positivistas<sup>87</sup>, esta función se perdió con la publicación del BGB que convirtió el Derecho romano en disciplina histórica, asumiendo los ordenamientos nacionales un rol esencial que hasta

82 CASAVOLA, *Dir. rom. e dir. europ.* 164.

83 Vid. a propósito C. VASOLI, *Enciclopedia, pansofia e riforma "metodica" del diritto nella "Nova methodus" di Leibniz*, en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2 (1973) 37 ss.; G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. I. Assolutismo e codificazione del diritto* (Bologna 1976) 133 ss.; CAVANNA, *Storia del dir. mod.* 319 ss.

84 CASAVOLA, *Dir. rom. e dir. europ.* 165.

85 Los problemas de diacronía/sincronía y sobre todo de diacronía/sistema se presentan igualmente en la exposición didáctica del Derecho romano en relación con las distintas etapas de su desarrollo histórico; vid. TALAMANCA, *Le "Istituzioni" fra diacronia e sistema*, en *Index* 18 (1990) 25-36.

86 Como ejemplo de lo que acabo de decir, cabe citar a modo de ejemplo, los luminosos y rigurosos trabajos de ilustres romanistas como Th. MAYER-MALY, *Isidor-Gratian-Thomas: Stationen einer allgemeinen Rechtslehre*, en *ZSS* 80 (1994) 490 ss.; *Resultate, Probleme und Aufgaben der Rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum*, en *TR* 62 (1994) 47 ss.; *Antike Elemente in der allgemeinen Rechtslehre des "Decretum Gratiani"*, en *Ricerche Gallo* III (Napoli 1997) 211-216; y CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, (Napoli 2005). Para la evolución española y específicamente para una región muy particular, vid. J.A. OBARRIO, *De iustitia et iure Regni Valentiae: la tradición de las fuentes jurídicas romanas en la doctrina valenciana*, (Madrid 2005).

87 En Italia dejaron de ser marginales las materias de Derecho positivo (privado) con el Código civil de 1865; de algún modo proféticamente a finales del XIX llegó a decir B. BRUGI, *Istituzioni di diritto privato giustiniano*, (Verona-Padova 1897) 13 ss. que las doctrinas romanas que parecen muertas guardan el germen de futuras reformas de nuestro derecho.

ese momento había sido marginal en las Universidades europeas en las que el Derecho por antonomasia era el Derecho romano entrando los Derechos nacionales como materia de enseñanza en un momento muy tardío: en Suecia (Uppsala) en 1620, en Francia (La Sorbona) en 1679; en Alemania (Wittenberg) en 1707, en España (Madrid) en 1741; en Inglaterra (Oxford) en 1758<sup>88</sup>. Todavía los Derechos nacionales anteriores a la codificación procedían en gran medida de tradiciones locales<sup>89</sup>, mientras que la codificación, elaborada con mayor altura científica, se realizó con gran influencia de las bases y sistemática romanísticas (mas acentuada en el Código Napoleón de 1804 que en el italiano de 1865); sustancialmente los códigos recogieron el derecho común tal como venía siendo elaborado por la doctrina, la jurisprudencia y los movimientos iusnaturalistas y racionalistas de los s. XVII y XVIII, mas los particularismos nacionales oportunos.

Pero si los códigos relegaron el derecho romano al rincón de la historia, este hecho a su vez provocó una reacción vigorosa caracterizada por la exaltación de su carácter científico desligado de toda afán práctico inmediato, como asimismo la exaltación de su “juridicidad” que quizá en estos ultimísimos decenios se haya atenuado en muchos trabajos que retoman una fuerte componente historicista, orientados no tanto a la historia institucional como a la historia política y la misma historia de la cultura; en este sentido puede decirse que desde hace algunas pocas decenas de años los estudios romanísticos tratan de profundizar la realidad cultural, política, social<sup>90</sup>, ética y económica sobre la formación de estructuras organizativas y comportamientos jurídicamente institucionalizados, hasta llegar a plantearse -como dice Burdese<sup>91</sup>- el problema de la eventual incidencia reflejo de tal proceso de institucionalización de aquella realidad, y sin embargo me parece que precisamente la sustancial juridicidad y científicidad del derecho, que fue la tarea incommensurable de los juristas romanos, es lo que hace que el derecho romano siga siendo traído a colación en las sentencias de la Corte Europea que apelan a reglas romanas, como también en la reciente reforma italiana que atribuye a los romanistas la asignatura “Fundamentos del derecho europeo”<sup>92</sup> aparentemente destacando el derecho privado romano, lo que al decir de Capogrossi Colognesi lleva implícita la tesis que la verdadera roca fuerte romanística son las instituciones de derecho privado<sup>93</sup>, instrumento consolidado en la formación de tantas promociones de juristas, a veces enseñadas con perfiles absolutamente dogmáticos sin tener en cuenta la evolución del derecho romano<sup>94</sup> en sus veintiocho siglos de vigencia (convencionalmente

88 Vid. R. DAVID, *I grandi sistemi giuridici contemporanei* (Padova 1980) 34 ss.

89 CASAVOLA, *Dir. rom. e dir. europ.* 162.

90 Por citar un ejemplo en el campo del derecho privado, LABRUNA, *Evoluzione sociale e mutamenti giuridici* 403 ss.; en el campo del Derecho público, MANTOVANI, *Iuris scientia e honores. Contributo allo studio dei fattori sociali nella formazione giurisprudenziale del diritto romano*, en *Ricerche Gallo*, I (Napoli 1997) 617 ss.

91 A. BURDESE, *Diritto romano e interpretazione del diritto*, en *Ricerche Gallo*, cit. I, 61.

92 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni* 1 ss.

93 Aún con todos los problemas inherentes al planteamiento institucional; vid. TALAMANCA, *Ist. fra diacronia e sistema*, 25 ss.

94 Vid. con lit. A. SANTOS JUSTO, *A evolução do Direito romano*, en *Boletim da Faculdade de Direito. Volume comemorativo* (Coimbra 2002) 1-22, que sólo se detiene (como es corriente en las exposiciones de “Storia del diritto romano”) en su evolución interna distinguiendo las tradicionales etapas republicana, clásica y postclásica-justiniana. Siempre es interesante la relectura de S. RICCOBONO, *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, en *Mélanges Cornil* 2 (Paris 1926) 235-309. Los dos trabajos citados se refieren a la evolución interna del derecho romano hasta llegar a Justiniano, y éste es otro punto discutible porque ¿sólo debe enseñarse esta evolución, o seguir sus vicisitudes medievales y modernas hasta llegar al derecho positivo? ¿No es más cierto que el derecho positivo tiene una fundamentación esencialmente histórica? ¿Que el derecho no es lo que “es” sino el “modo” en que “ha sido”? ¿Que la norma positiva no nace *ex nihilo* sino de una

desde el 754 a.C. fecha de la fundación de Roma hasta el BGB de 1900). Esto debe llevarnos a los romanistas del s. XXI a explicar el Derecho romano no sólo en su lógica interna y devenir propio<sup>95</sup>, sino también su devenir en las etapas intermedia y moderna incluido el período pre y postcodificador hasta los tratados fundacionales de la UE que postulan un nuevo derecho, un *ius commune europaeum* aún *in fieri* que exige un renovado esfuerzo de la clase de juristas que desde siempre ha sido depositaria de saberes y métodos científicos; es por ello que el conocimiento de la ciencia del derecho asume un primer plano que permita que la discutibilidad y dificultad de aplicación de la norma comunitaria pueda superarse por el sustrato cimentador de unos principios comunes entre los juristas europeos. En esta perspectiva ha visto Valditara<sup>96</sup> que el derecho romano representa precisamente la superación de desencuentros y disputas nacionalistas que son el verdadero obstáculo para la creación de un sistema jurídico realmente común en que el derecho romano y la posterior tradición romanística aparecen como el referente cultural mas adecuado en la construcción de la ciencia del derecho en Europa.

Todo esto postula que el romanista de nuestros días no sólo debe tener una profunda formación histórica y a la vez una sólida formación exegética que ha sido nuestra sólida aportación profesional desde la Edad Media, porque de no ser así no será útil ni aún como historiador<sup>97</sup>; para ser un buen historiador de un campo del conocimiento, sea Derecho Biología Matemáticas o Química, se debe conocer profesionalmente la propia rama de cada saber; de otro modo solo se enseñaría el Derecho romano como historia “externa” de juristas o de problemas técnico-jurídicos<sup>98</sup>, distinción que se remonta a Savigny que de alguna manera ha privilegiado la historia de los doctos respecto a la de los dogmas<sup>99</sup>, aunque en estos últimos tiempos los dogmas se estén tambaleando perdiendo la pretensión pandectística de validez absoluta en aras de una aproximación histórica de sus contenidos y de su incidencia (o aspiración a incidir sobre la realidad), pero tampoco el derecho romano debe limitarse al estudio de problemas culturales con incidencia recíproca sobre comportamientos jurídicamente institucionalizados, porque aunque sustancialmente esta institucionalización es una de las vertientes estructurales del derecho, y ciertamente la romanística de los últimos 80 años ha procedido por la vía de investigar la influencia de corrientes filosóficas y técnicas retóricas sobre el pensamiento jurídico romano<sup>100</sup> y de relaciones dialécticas entre la disciplina singular y su contexto cultural y social, esto es algo distinto de hacer una historia de los acontecimientos de un saber científico y de sus desarrollos.

Es implacable y certero Capogrossi Colognesi al destacar que no debemos refugiarnos en fáciles juicios de valor enrocándonos en la exaltación de un pasado que por

---

experiencia histórica que diversas exigencias imponen su acomodación a nuevas realidades sociales, políticas o económicas? ¿Que la norma no es otra cosa que un precipitado histórico? ¿Que su interpretación no puede alcanzarse sino a través de experiencias y conceptos del pasado a cuya luz se hace posible su aplicabilidad?

95 En esta labor destaca C.A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea*. I. *Dalle origini all'opera di Labeone*, (Torino 1997); vid. también sus *Materiali per un corso di Fondamenti del diritto europeo*, I (Torino 2005).

96 G. VALDITARA, *Note per un diritto del XXI secolo*, en *Index* 33 (2005) 9.

97 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni* 5; *Insegnamenti* 1.

98 Cfr. TORRENT, *Derecho romano: ¿derecho de doctos o historia de problemas técnico-jurídicos?* en *BIDR* 100 (1997) 165 ss.

99 De ahí el interés de la obra aunque limitada a una única época histórica y a sectores concretos del ordenamiento de E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune (diritti reali e diritti di obbligazione)* (Padova 1937).

100 BURDESE, *Dir. rom. e interpret. del dir.* 61.

otra parte es irrecuperable<sup>101</sup>, y es evidente que el jurista no debe necesaria y obtusamente permanecer anclado en la tradición; el derecho es un hecho humano, un producto racional histórico y mutable; y por lo que respecta a su enseñanza universitaria ya no será posible explicar un derecho romano en su dimensión interna que es lo que se ha hecho hasta el momento; si queremos aportar nuestra ciencia para la construcción del nuevo derecho europeo debemos ser conscientes de los impulsos operantes en la profunda transformación de los estudios jurídicos que tienden en nuestros días a exaltar aspectos inmediatamente empíricos, y que tal como se deduce de los intentos de reforma universitaria parecen tener la pretensión (implícita) de convertir las Facultades de derecho de la Europa continental en *Schools of Law* anglosajonas en un sentido totalmente opuesto a la tradicional andadura universitaria continental adoptada en España desde el s. XIX con la célebre ley Moyano, mas tarde con el plan de estudios de derecho de 1953 reformado en estos ultimísimos años dividiendo los cursos en cuatrimestres, las asignaturas en troncales y obligatorias con materias optativas y de libre configuración, asignando un número de créditos que necesariamente deben alcanzarse para finalizar los estudios, que en las anunciadas reformas se reducirán además de modo notorio en medio de un panorama de reformas y contrarreformas que generan confusiónismo en profesores y estudiantes, y a la vez envilecen la formación universitaria<sup>102</sup>.

Este problema no es sólo de España porque también afecta a la enseñanza del derecho (y no sólo el romano) en todos los países de la UE; da la impresión además que España (país de los frutos tardíos como clamaba D. Quintiliano Saldaña) se presenta con un retraso mas o menos amplio en este proceso de transformación estructural. De este mismo retraso se lamenta Capogrossi Colognesi<sup>103</sup> para Italia, entendiendo por lo que se refiere a la formación universitaria que nuestros sistemas están muy lejos de haber resuelto satisfactoriamente los problemas planteados por el gran crecimiento cuantitativo de la demanda de formación superior posterior a los años 70 del pasado siglo, demanda que para los estudios jurídicos en España ha caído desde 1997 aunque parece que empieza a repuntar, especialmente cuando se combina con otro tipos de estudios (Derecho y Periodismo, Derecho y Administración de Empresas, Derecho y Criminología, Derecho y Ciencias del Trabajo). Estas transformaciones estructurales trajeron una tendencia bastante generalizada que el legislador entendía dirigidas a favorecer una simplificación de los procesos formativos con la pretensión de lograr una mejor articulación de los mismos que no parece haberse alcanzado. A todo esto hay que añadir una serie de innovaciones didácticas como el sistema ECTS que trata de sustituir la lección magistral tradicional por trabajos tutelados y horas de trabajo del alumno controladas por el profesor, sistema que con mi experiencia personal en la Universidad Rey Juan Carlos (Madrid) puedo decir que los alumnos se resisten a seguirlo.

Comparto con Capogrossi Colognesi que la impresión que se desprende de los nuevos procesos de crecimiento cuantitativo en los sistemas universitarios de los países avanzados (aunque se está refiriendo especialmente a Italia sus consideraciones son extrapolables a la situación española), es que estos sistemas parten de una consideración inmediatamente utilitarista dirigida al desarrollo económico-social proyectada hacia una formación práctica con la finalidad de integrar rápidamente a los estudiantes en el sector productivo, y además con la pretensión mas o menos confesada de disminuir los costes de una formación selectiva con excesiva pérdida de alumnos a lo largo de sus estudios (en España fenómeno dramático tanto en la enseñanza media como en el peri-

---

101 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Rifless.* 5.

102 TORRENT, *Diccionario de Derecho romano* (Madrid 2005) 5.

103 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Rifless.* 7.

plo universitario con altísimos índices de abandono en ambos casos: alrededor de un 30% en el año 2006). Probablemente una de las causas de esta altísima tasa de abandono venga provocada por el contenido de saberes cada vez mas empobrecidos que se advierte en los alumnos que llegan a la Universidad, para quienes la deficiente formación que traen de la escuela secundaria dificulta el proceso cognoscitivo de la enseñanza superior (que en el caso de la enseñanza del derecho romano topa con el escaso por no decir nulo conocimiento de las lenguas clásicas). Tampoco es casual que a partir de los años 70 y a lo largo de los 80 del siglo pasado en todos los países europeos se hayan llevado a cabo procesos de reforma que han acentuado la autonomía de los centros universitarios con la no siempre explícita finalidad de mejorar la relación entre inversiones y productividad del sistema, mientras bastante más explícitamente (téngase en cuenta la reforma realizada por la Sra. Thatcher en Inglaterra, y la que estamos viviendo en España en estos años de reformas y contrarreformas a lo que hay que añadir el creciente protagonismo de las Comunidades Autónomas con su pretensión de exclusividad competencial en el planeamiento de la enseñanza a todos los niveles, y por supuesto en la Universidad) han intentado introducir mecanismos de premio en función de la productividad didáctica, entre nosotros notablemente devaluada respecto a la investigadora minusvalorando una de las misiones fundamentales de la Universidad: crear (investigación) y transmitir (didáctica) conocimiento, primando la actividad investigadora cuyo reconocimiento entre nosotros lleva a cabo un organismo administrativo como la Comisión Nacional Evaluadora de la Investigación Científica y Técnica nombrada digitalmente por la Secretaría de Estado de Universidades e Investigación (de la que yo mismo formé parte en la sección de Derecho avanzado los 90), cuyos informes están siendo últimamente muy discutidos, cuando no abiertamente rechazados.

En España (también en otros países de la UE) la prima a la investigación se propone especialmente en función de sus aplicaciones tecnológicas; entre nosotros es corriente que los incentivos a la investigación se ofrezcan únicamente o en modo preponderante a los proyectos de I+D que favorecen los sectores tecnológicos mas orientados en sentido práctico en detrimento de sectores con saberes mas sedimentados como los jurídicos. Estoy de acuerdo con Capogrossi Colognesi en que parece evidente que uno de los posibles efectos (no sin embargo necesarios) de tal tendencia sea el aumento de información sobre todo práctica a impartir a los estudiantes, con la correlativa debilitación de los perfiles básicos mas hondamente formativos en los que prevalecen fuertes dosis de conceptualismo. También es cierto que las últimas tendencias en Pedagogía van por la eliminación del tan denostado estudio memorístico, en mi opinión muchas veces sin razón porque si no se tienen previamente en la mente una serie de conceptos (adquiridos con esfuerzo sin duda; nadie dice que los años de Universidad sean de ocio), mal se podrán desarrollar ulteriores argumentos. En esta línea se sitúa lo que puede llamarse “banalización” (o desde otro punto de vista posición “ancilar”) de las disciplinas ampliamente formativas como el derecho romano y otras materias básicas que acaban por convertirse en meras informaciones de conceptos asimismo reducidas a una mera historia externa de saberes, hechos lejanos, y así expuestos, insignificantes<sup>104</sup>. Mucho mas aterrador me parece la reducción de las materias de Lengua, Literatura e Historia en los planes de estudio de enseñanza media; creo que todos estaremos de acuerdo en que la capacidad de comprensión, la agilidad intelectual, la amplitud de horizontes culturales, la cognoscibilidad de lo abstracto, no la da únicamente el conocimiento de la Matemática o en general de las ciencias de la Naturaleza!

---

104 Y dañosos hasta provocar dolor de cabeza dice A. GUARINO, *Conoscere il diritto romano* (Napoli 1987) I ss., citando tantos ejemplos de instituciones que los positivistas consideran de invención moderna, y que sin embargo ya se encontraban en derecho romano como vemos en las discusiones de los juristas del Mundo Antiguo.



## 7. Transformación de las Facultades de Derecho al compás de los cambios profundos en la categoría “Derecho”.

Hay un dato incontrovertible en la andadura de las Facultades de derecho al compás de los cambios de fondo derivados de la transformación en nuestra época de la misma categoría “derecho”, categoría que de alguna manera se va envileciendo como igualmente parecen ir cayendo en descrédito las mismas profesiones jurídicas debido a la creciente complejidad de los ordenamientos nacionales (y del propio derecho comunitario), sentencias contradictorias, presencia contemporánea de fenómenos normativos ajenos a la tradicional identificación de la soberanía estatal con el poder normativo y jurisdiccional; Capogrossi Colognesi pone como ejemplo determinados procesos que tienden a desengancharse de algunos presupuestos que hasta ahora se habían entendido fundamentales para el funcionamiento de los ordenamientos nacionales como el criterio del “juez natural”, la relación entre sujetos de derecho y estatalidad territorial hoy sometidos fuertemente a la presión de compañías multinacionales, todo el delicado tema de los derechos “humanos” que trasciende la mera normativa interna, y por ceñirnos a la situación española las diferentes competencias normativas de las Comunidades Autónomas que van difuminando el Estado (la exclusividad legislativa del Estado central) con una incidencia trascendental sobre la seguridad jurídica hondamente afectada por conflictos de competencia entre Estado central y CCAA. que por ejemplo en el sector financiero están poniendo en quiebra un principio económico tan esencial como la unidad de mercado, y no me refiero dentro de la UE donde algunos Estados siguen anclados en miopes nacionalismos económicos<sup>105</sup>, sino dentro de España que con las diferentes reglas entre las distintas CCAA no es que rompen la unidad de mercado europeo, sino la unidad de mercado española interna. Todos estos movimientos conectados íntimamente entre sí debilitan extraordinariamente la relación entre “sistema jurídico” y principio de soberanía estatal, y dan cuenta de la superación de una idea normativa que descansaba sobre el carácter fundamental de los códigos<sup>106</sup> con la consiguiente excesiva y excluyente pulsión lege-céntrica. No puedo entrar en esta sede a discutir si se trata de una descodificación del derecho positivo, simplemente de su desestatalización, o de su completa superación por el nuevo derecho europeo<sup>107</sup>, entendiendo en una proyección de futuro que es mas cierta esta ultima consideración.

---

105 Afloran en algunos Estados miembros de la UE y en especial en los económicamente mas potentes conceptos erróneos y devastadores para la construcción de una Europa unida, como la defensa de “campeones nacionales”, idea acomodada a un exegerado nacionalismo excluyente que les impulsa a asumir una defensa numantina de sus empresas internas (y algunas de gran capitalización aún no totalmente privatizadas) poniendo dificultades de todo tipo a fusiones y OPAS transfronterizas; ejemplos: en el sector energético las trabas puestas por el Gobierno de España a la OPA de E.ON sobre Endesa, el nacionalismo francés poniendo zancadillas a la adquisición de Suez por la ENEL italiana forzando la fusión de Suez con Gas de France; en la industria bancaria el fracaso del intento de adquisición del BBVA español sobre la BNL obstaculizado por el Gobierno de Italia y el Banco central italiano que se cobró la dimisión del gobernador Antonio Fazio ante las críticas implacables de las autoridades económicas comunitarias, o las dificultades finalmente superadas en la OPA del holandés ABN Amro sobre la italiana Banca Antonveneta (a su vez actualmente ABN Amro sujeto a una OPA por el consorcio Barclays-Fortis-Santander) por no hablar de las actuales desavenencias entre Francia y Alemania en la gestión de EADS que están poniendo en grave peligro la industria de construcción aeronáutica europea (otra de las que llamo compasivamente asimetrías; cfr. *supra* nt 5). Estos casos y otros más que podría citar son antagonicos con las reglas europeas de mercado único vulnerando principios esenciales como la libre circulación de personas, capitales, bienes y servicios, y el principio de libertad de establecimiento, temas fundamentales para la construcción europea que al ser obviados alejan tanto la convergencia interior como la deseada convergencia con USA.

106 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Rifless.* 7.

107 Significativa al respecto la reflexión de P. CARONI, *Una historia para después del código*, en *CIAN* 9 (2006) 297-318.

Inciden en estas transformaciones otros factores que afectan igualmente a los elementos constitutivos de nuestros sistemas, como el principio de jerarquía de las fuentes del derecho y el carácter central de la norma respecto a su interpretación y aplicación por los tribunales, contexto en el que la ciencia jurídica europea debe afrontar problemas nuevos y en todo caso la ponen en la obligación de repensar íntegramente su propia tradición. A esta multiplicación y yuxtaposición de procesos normativos, conjuntos de reglas, instancias jurisdiccionales, fuentes de producción del derecho, crecimiento exponencial de reglas de derecho de todo tipo que han venido sustituyendo la antigua arquitectura de los códigos<sup>108</sup>, nuestras Facultades han dado una primera respuesta en términos de adquisición de conocimientos asociados (Economía, Sociología, Criminología, Periodismo, Contabilidad, Dirección y Administración de empresas), y es comprensible que esta difusión de conocimientos haya trascendido desde la esfera de la elaboración científica al campo de la didáctica.

Comparto con Capogrossi Colognesi que todavía no parece que hasta ahora haya venido emergiendo una honda reflexión sobre estos problemas, no ya considerados como secundarios (y por algunos hasta degenerados), sino como elementos estructurales de un sistema en profunda transformación. Nuestras Facultades -y no sólo en España- no parecen en modo alguno todavía estar en grado de afrontar adecuadamente el conjunto de problemas planteados por las perspectivas del nuevo derecho europeo que está gestándose, lo que implica una situación de debilidad condenando por el momento a la ciencia jurídica de la que constituyen nuestras Facultades sede privilegiada a un puesto relativamente secundario, más clasificando y tomando conciencia de lo que es efectivamente el derecho europeo que participando en su vertebración suministrando sus bases e instrumentos. Sigo al docto colega de “La Sapienza” al advertir que esta apertura de perspectivas estimulada por la exigencia de abrir nuestra reflexión científica y nuestras enseñanzas a una dimensión europea, es una ocasión que no debemos perder (“occasione da non sprepare”), que por lo que se refiere a nuestras disciplinas históricas puede sustanciarse no ya en una mera búsqueda de las raíces romanísticas del derecho positivo vigente en Europa, sino en otra cosa. Se trata a mi modo de ver, y creo que esto es lo que late en las recientes sentencias de la Corte Europea, de captar un núcleo fundamental propio de la experiencia jurídica en la formación de la ciencia del derecho europeo evidenciando sus fundamentos constitutivos<sup>109</sup>. Esto significa trabajar especialmente sobre la naturaleza peculiar de la experiencia jurídica que se identifica y está ligada con el derecho romano como construcción de dimensión científica, y a la vez, como modelo caracterizado por una elevada racionalidad<sup>110</sup>. De hecho este modelo es el que desde la Edad Media y gracias al trabajo de muchas generaciones de

---

108 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegn.* 2.

109 Pondré como ejemplo de lo que vengo diciendo la aplicación en las actuales garantías bancarias de la *exceptio dolis generalis* en las excusiones fraudulentas, figura claramente anclada en reglas romanas; vid. L. GAROFALO, *Le garanzie bancarie nell'ordinamento italiano*, en L. VACCA (coord.) *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino 2001) 246-255. Muy significativo en este sentido Th. MAYER MALY, *Die Wiederkehr der Reschtsfiguren*, en *Juristenzeitung* 26 (1971) 1-3, que destaca el *arbitrium boni viri*, el *mandatum ad agendum in rem suam*, la *fiducia cum creditore contracta*; trad. ital. de F. MARINO con el título *Figure giuridiche che ritornano in Diritto e Società* (1999) 531-542.; M.F. CURSI, *Alle origini delle "accidentalia negotii". Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematische dei giuristi romani*, en *Index* 20 (2001) 301 ss. Yo podría añadir otras figuras como el *ius protimeseos* ampliamente utilizado actualmente en los mercados financieros para las opciones de compra y venta en los contratos “call” y “put” como medio de apalancamiento de todo tipo de inversiones (y de deuda estructurada) ampliamente difundidos en la vida mercantil, que desde originarias y singulares prácticas privadas han pasado a una amplísima y diaria negociación en el MEFF (Mercado Español de Futuros Financieros) dentro del holding BME (Bolsas y Mercados Españoles).

110 La racionalidad del Derecho romano es un tema al que apelan -con razón- constantemente Talamanca y Capogrossi Colognesi.

juristas ha guiado, canalizándola, la multiplicidad de las formas jurídicas de la Europa fragmentada que nació del núcleo medieval, y que solo a través de una larga y tormentosa historia había coagulado en la moderna identidad de los Estados nacionales, cuya evolución jurídica se había basado en las fuentes romanas hasta que se rompió el monopolio de la enseñanza romanística en los siglos XVIII-XIX<sup>111</sup>.

Estos datos deben llevarnos a una reflexión a romanistas y a todos los docentes de cualquier asignatura jurídica en estos momentos en que sobre los derechos nacionales se está superponiendo el nuevo derecho europeo (que por ejemplo pulveriza el derecho internacional privado dentro de los países comunitarios) aspirando a unificar las reglas jurídicas de todas las materias, especialmente en el mundo de la contratación, y de hecho ya hay intentos de un código europeo de la contratación (¿retornamos a la visión lege-céntrica?) Esta aspiración a un nuevo *ius commune* plantea la incógnita de sus fundamentos, incógnita que los abogados generales del Tribunal de Justicia comunitario encuentran en el sustrato común de la ciencia jurídica europea sobre una evidente base romanística con todas las vicisitudes atravesadas en las épocas intermedia y moderna, es decir, encuentra esa base común desde y en una base histórica, y la pregunta que suscita esta convicción se traslada entonces a analizar el mismo significado y trascendencia de las materias históricas en nuestros actuales (y reformables) planes de estudios, reflexión que constituye un necesario punto de partida no tanto para la defensa de estas materias<sup>112</sup>, sino para tratar de proyectar un modelo elevado de formación jurídica en formas compatibles con las nuevas exigencias universitarias, que insisto, afectan tanto a las materias históricas como a las positivas.

¿Qué sentido podría tener en el futuro inmediato la persistencia de una dimensión histórica en el itinerario formativo del estudiante en el que siguieran inmutables las tendencias historicistas predominantes hasta el momento presente? No parece que este problema pueda ser resuelto con meras reducciones o simplificaciones de los programas de cada asignatura; además la experiencia española después de tantas reformas y contrarformas es que permanecen sustancialmente invariables. Sin duda hay que tener en cuenta que con las reformas introducidas en nuestro sistema universitario (materias troncales, obligatorias, optativas –inducidas con mayor o menor coactividad– de libre configuración<sup>113</sup>, etc.) y el nuevo sistema de “créditos” (importado del mundo anglosajón), parece hacer imposible tanto continuar con las formas tradicionales de nuestra didáctica cuanto hacer una reducción meramente cuantitativa de las páginas de nuestros manuales; ambos fenómenos coexisten en una materia clave como las instituciones de derecho (privado) romano; es cierto que continúan publicándose manuales cada vez mas amplios y a la vez manualitos (“Elementos”) resumen o poco más de los primeros, frente a la tendencia anterior a 1970 de acudir sólo a manuales de quienes habían lle-

111 Vid. referido a nuestra nación L. RODRÍGUEZ ENNES, *La ruptura del monopolio de la enseñanza del Derecho romano en las Universidades españolas del siglo XVIII*, en *RIDA* 43 (1996) 346-394.

112 Que conste que no trato de hacer una defensa numantina del Derecho romano que sin duda es un componente fundamental de la experiencia jurídica europea; no actúo *pro domo* por decirlo en terminología ciceroniana, sino que mi alegato se dirige a proponer una reflexión sobre porqué entiendo necesaria una profunda reconversión de todas las materias que se enseñan en las Facultades de Derecho por una parte, y por otra sobre la tarea científica que necesariamente nos atañe a los romanistas para desvelar los fundamentos del Derecho europeo aportando nuestra contribución para su construcción.

113 Yo mismo imparto un curso de Auditoría de Cuentas en el que pueden inscribirse alumnos de todos los grados y licenciaturas ofertados por la Universidad Rey Juan Carlos en el que se matriculan mayoritariamente alumnos de ciencias económicas, en menor medida alumnos de empresariales, relaciones laborales, gestión y administración pública, y a veces (muy pocas) alumnos de derecho, en mi opinión algo paradójico porque la Auditoría de Cuentas cuya base esencial es la contabilidad, también tiene una gran componente de derecho contable, mercantil y fiscal, amén de organización de empresas, estrategia empresarial, conocimientos del sector económico de la empresa que se esté auditando, etc.

gado a la cima académica, fenómeno que hay que poner en conexión con la creciente transformación del sistema universitario dirigida a potenciar la autonomía de una Universidad descentralizada, autonomía que Capogrossi Colognesi<sup>114</sup> con cierta entonación peyorativa, o en todo caso pesimista, entiende que en el terreno científico parece coincidir con una cierta “localización” de los procesos formativos, carreras científicas y circulación de ideas y culturas que constituye el lado negativo, el peligro inherente a este mismo proceso; casi podría decirse, al menos para el caso español, que con aquella descentralización no sólo se ha llegado a una Universidad provinciana sino incluso aldeana, que con la creciente autonomía del planeamiento universitario por parte de cada Comunidad Autónoma, da la impresión que se van perdiendo de vista los valores generales del ordenamiento jurídico, cada vez mas cuarteado desde todos los puntos de vista (por poner un ejemplo citaré las posibles 17 leyes del suelo, 17 tribunales de la competencia, las diferentes regulaciones autonómicas de la provisión de jueces, notarios, registradores, etc.) De este modo cualquier materia se irá alejando de principios generales válidos en cualquier parte del territorio español (por ejemplo habrá 17 derechos administrativos (donde se entrecruzan competencias estatales, autonómicas y municipales) dado el vaciamiento de competencias del Estado central, y diversos derechos civiles en los hasta hace poco llamados territorios forales). Ante tanta dispersión entiendo que la enseñanza del derecho romano (obviamente mostrado con otros contenidos y aproximaciones distintos de los tradicionales) en sí mismo y en sus conexiones con otros campos de los saberes jurídicos puede recuperar su valor formativo estando en grado de ofrecer al estudiante aquellas categorías generales de referencia que para muchas generaciones han sido el resultado de la doble iniciación constituída por el derecho romano (público y privado, aunque en la mayoría de las Universidades españolas con un énfasis especial en el privado).

## 8. Incidencia de la enseñanza del Derecho público romano.

Los cursos de derecho público romano, que en las Facultades españolas se suelen denominar historia del derecho romano, considero que en general su exposición se ha reducido al mínimo, no en mi cátedra que hago especial énfasis en el *ius publicum*, y en esto me reconozco tributario de tendencias de escuela siguiendo las pautas marcadas por mi maestro en la Universidad de Salamanca, prof. Pablo Fuenteseca, que al respecto considera<sup>115</sup> que en España el curso único que se se imparte de derecho romano (también echa en falta con gran razón un curso de derecho común) ha venido minimizando la importancia del derecho romano principalmente desde dos aspectos: de un lado reduciendo al mínimo la constitución política romana, y de otro, desconectando al derecho romano de la tradición europea, sin enseñanza del derecho común ni una suficiente información sobre la Escuela Histórica y el movimiento codificador europeo; por el contrario se acentuó la particularidad histórica del derecho español de tal modo que al iniciar sus estudios los estudiantes han venido recibiendo dos informaciones aparentemente divergentes de la historia jurídica: derecho español y derecho romano como dos mundos independientes y desconectados<sup>116</sup>. Entiendo que entrar a conocer el derecho

---

114 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Diritto romano, diritti europei, storia della scienza giuridica e la didattica nelle nostre Università*, en *BIDR* 101-102 (1998-1999) 743.

115 FUENTESECA, *Observaciones* 213.

116 Esta visión sigue estando patente para el consejo de redacción del AHDE que no acepta publicar lo que llama trabajos dogmáticos de derecho romano, no entendiendo que el estudio de las instituciones romanas es parte esencial de la historia del derecho español sin las cuales ésta no se entendería sustantivamente para caer en una mera historia externa de acontecimientos, o mera erudición sobre los singulares textos históricos. Parece que los historiadores del derecho español y en general casi todos los historiadores del derecho

romano mediante el derecho público: formas políticas, articulación de las magistraturas, asambleas populares y senado, función del pretor en el campo procesal y paraprocesal (remedios pretorios), labor absorbente de la cancillería imperial, libertad republicana frente al posterior absolutismo imperial, descripción del sistema de fuentes, es una componente esencial de la labor unificadora del derecho romano en el Mundo Antiguo y facilita grandemente al estudiante su acceso al mundo universitario con un sistema de conocimientos totalmente nuevos del que nada había visto en la enseñanza secundaria, de forma que el conocimiento del derecho público romano entiendo que le permite adentrarse en ese conjunto de saberes tan específicos propios de la ciencia del derecho cuyos resultados serían impenetrables sin captar su esencia histórica, y evitaría el desconcierto advertido por Fuenteseca en la exposición de los períodos históricos básicos como la España romana, cuya historia jurídica requiere un planteamiento desde la cada vez mas rica perspectiva de las nuevas fuentes (*lex Irnitana*), y por lo que se refiere a la historia del derecho español se pregunta con gran acierto ¿Puede hacerse la historia jurídica de España (yo añadiría la de cualquier país europeo) prescindiendo de la historia del derecho europeo cuya columna vertebral fue el derecho romano? Con una consideración muy pesimista Fuenteseca entiende que el curso único de derecho romano en España ha servido principalmente para que los iusprivatistas colocasen una introducción histórica en cada tema, en especial en las instituciones de derecho civil; frecuentemente las exposiciones civilísticas se conforman con presentar unas gotas de derecho romano dando un salto histórico portentoso desde Roma al código civil sin tener en cuenta toda la evolución preirmeriana, glosadores, comentaristas, decretalistas, humanismo jurídico a partir del XVI, Escuela Histórica alemana, y hasta los dos siglos de experiencia postcódigos.

También admite críticas la enseñanza del derecho público en las Universidades europeas, y al respecto me parece clarividente la reflexión de Capogrossi Colognesi cuando señala que el modo en que generalmente es estudiado el derecho público en nuestros manuales, raramente ofrece una guía para la comprensión de la naturaleza intrínseca de los fenómenos estudiados: sabemos todo o casi todo sobre la pareja consular, el tribuno de la plebe, la relación entre senado y magistraturas, el Principado de Augusto, el absolutismo del Bajo Imperio, el pensamiento político de Justiniano, y poco sobre el porqué han sido puestos en práctica ciertos mecanismos institucionales y consiguientemente cual fuera la naturaleza y la lógica de fondo del diseño constitucional, siendo precisamente estos aspectos los que mejor pueden ayudar al estudiante para una mas cabal comprensión de los fenómenos contemporáneos. También debemos plantearnos si aquella dimensión historicista de los estudios jurídicos hasta que asumieron un papel predominante las materias de derecho positivo, no partiera de un factor ideológico en la búsqueda de nuestras propias raíces<sup>117</sup>, factor que ha vuelto a revivir en los planteamientos del nuevo derecho de la UE para el que Talamanca<sup>118</sup> augura que se encaminará mas bien hacia grandes principios legislativos evitando los peligros del excesivo carácter analítico de las normas o lo demasiado genérico de los principios, visión acaso demasiado elíptica (que de alguna manera persuade a Mercogliano<sup>119</sup>). Talamanca va mas lejos, porque entiende que el nuevo modelo legislativo europeo debe diferenciarse

---

en el entorno europeo, como ha dicho Talamanca se han conformado con lo que en terminología alemana se llama "Aussergeschichte" (personajes, ediciones de fuentes, incidencias políticas) sin captar el auténtico meollo en la evolución del derecho: las instituciones de derecho privado que dirigen la vida diaria de los ciudadanos, siendo éstas sobre las que la Comisión Europea carga el acento de una pretendida codificación comunitaria como pivote para lograr la ansiada armonización jurídica

117 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 4.

118 TALAMANCA, *Relazione conclusiva* 359.

119 MERCOGLIANO, *Recenti opinioni* 90.

tanto del modelo judicial de *common law* como del modelo típicamente romano jurisprudencial del *ius controversum*, aunque el propio Talamanca declara<sup>120</sup> que ante la opción de un cuerpo de *regulae* con valor de principios en un sistema abierto, o de normas en un sistema cerrado, el romanista tiende simpatéticamente por el primero.

¿Qué interés tiene en estos contextos un renovado estudio del derecho público romano? ¿Se pueden pedir al derecho romano materiales para una ciencia moderna del derecho público europeo? ¿Estos materiales son solamente *antiquitates iuris* y no una *scientia iuris*? Ciertamente que con criterios modernos y teniendo en cuenta la Declaración de Virginia de 1776 en aquellas colonias inglesas que acababan de declarar su independencia, la Declaración francesa de 1789 de los Derechos del Hombre, unido al constitucionalismo de los s. XIX y XX, podrían llevar a pensar en la total inutilidad de los materiales publicísticos romanos, como si el derecho romano no tuviera ninguna respuesta para estos problemas<sup>121</sup>. No estoy convencido de ello; obviamente los materiales publicísticos romanos tienen carácter histórico, pero no podemos dejar de lado la inmensa carga propedéutica de la historia, y en este sentido Roma ofrece un banco de prueba impresionante de todo tipo de sistemas políticos: monarquía-república; régimen de libertades-régimen totalitario, voto censitario y privilegiado en los *comitia centuriata* de las élites políticas y económicas en la alta República-voto mayoritario en los *comitia tributa* posteriores; tampoco debemos olvidar que un experimento medieval como el Imperio ideado por Carlomagno desde la Navidad del año 800 al ser coronado *more romano* por el papa León III cristalizó en el segundo gran intento unificador europeo (el primero fue el propio mundo romano en la Edad Antigua, pero entonces no existía el concepto de Europa más que como mero factor geográfico) constituido por lo que se llamó más tarde Sacro Imperio Romano Germánico; en la historia del derecho español no se puede prescindir de los estudios publicísticos romanos que influyeron en la aspiración al trono del Sacro Romano Imperio por parte de Alfonso X el Sabio<sup>122</sup>, ni estudiar los fueros medievales sin sus antecedentes romanos mediatizados por la Glosa postirneriana teniendo en cuenta que los grandes juristas españoles de la época iban a estudiar a Bolonia (sintomático al respecto el Fuero de Cuenca por un lado, y el Derecho aragonés y los textos legales catalanes por otro), ni analizar los problemas de la conquista de América sin planteamientos teológico-jurídicos en los que brillaron con luz propia los grandes maestros de la Universidad de Salamanca del Siglo de Oro que conocían perfectamente la tradición romanística. También es sintomático que las luchas medievales entre partidarios del emperador y partidarios del papa se basaran jurídicamente sobre unos mismos textos romanos, interpretados obviamente *pro domo sua* por cada facción contendiente, y que la misma idea de soberanía hasta hace poco entendida creación genial de Macchiavelo y Bodino, tiene una gran componente ideológica romana que ha permitido configurar jurídicamente la noción de Estado<sup>123</sup>.

Obviamente no se trata de aplicar los conceptos políticos del Mundo Antiguo a los momentos actuales, porque aún dando por sabido las diversas fases de su utilización política (en la época medieval en la lucha entre güelfos y gibelinos, y en el s. XX en la exaltación del Principado de Augusto por el nazismo; quizá también debido a esto y como reacción alérgica al totalitarismo, la emersión de una visión negativa del derecho romano desde un punto de vista político e ideológico que de alguna manera se impuso en Europa a nivel intelectual desde 1945), ya he dicho que debemos huir

120 TALAMANCA, *Rel. concl.* 366.

121 TARELLO, *Storia della cultura giur. moderna* 603 ss.; CASAVOLA, *Dir. rom. dir. europ.* 165.

122 Vid. FUENTESECA, *La recepción de la idea imperial en la Edad Media española y sus raíces romanas*, en *Estudios J. Iglesias II* (Madrid 1988) 747-777.

123 Vid. con lit. TORRENT, *Der. publ.* 233.

de considerar el derecho romano, y en este caso el derecho público romano, en clave actualizante que sería inútil y engañoso. Pero también tengo que insistir en que a nivel de reformulación de los principios de la común cultura jurídica europea, hay que contar con los hallazgos publicísticos romanos, y creo con Capogrossi Colognesi mas interesante destacar como esta perspectiva es posible por la naturaleza misma del objeto de la historiografía jurídica europea, que tanto en términos de didáctica como de investigación se ha concentrado prevalentemente sobre una tradición concretada en el saber libresco de los *doctores*<sup>124</sup> (en su pleno sentido medieval *quia docentes sunt*: enseñan y escriben libros y tratados porque previamente han dedicado mucho tiempo al estudio: en general en toda época de la historia cada avance del derecho es siempre un progreso intelectual).

No me parece que haya motivos para dudar de la importancia a nivel formativo del estudio del derecho público romano que ha recibido impulsos notables desde Mommen a nuestros días. Precisamente el derecho público nos da ejemplos impresionantes de lo que podemos llamar genérica (y acaso superficialmente) avances intelectuales, sintetizados acertadamente por Mercogliano<sup>125</sup> al señalar la superación de la organización sistemático- conceptual del *Römisches Staatsrecht* de Theodor Mommsen por la *Storia della costituzione romana* de Francesco de Martino, y si para la situación italiana Capogrossi Colognesi<sup>126</sup> defiende una “doble iniciación” para los futuros juristas con instituciones de derecho romano y de derecho privado vigente<sup>127</sup>, esta doble iniciación no me parece adecuada para la situación española, en que introducir desde el primer momento materias de derecho positivo puede ser por un lado perturbador, por otro alentador de una visión lege-céntrica en mi opinión insuficiente por sí sola para comprender toda la compleja fenomenología jurídica.

Indudablemente habrá que explicar el derecho público romano desde nuevos planteamientos<sup>128</sup>; también el privado, fundamentalmente por el carácter central de la reflexión jurisprudencial en la construcción de un sistema jurídico y normativo aunque a la riqueza de textos de la Jurisprudencia romana corresponda una muy escasa documentación de la praxis y de la misma actividad normativa, al menos hasta la época imperial. Es bien diversa la realidad de la experiencia jurídica de las sociedades europeas a partir de finales de la Edad Media. Y todavía, como reconoce Capogrossi Colognesi, también en este caso, no muy diversamente de los romanistas, para los historiadores del derecho medieval y moderno tiene un papel central la historia de los juristas y de su época, que-

---

124 Tradición profundamente arraigada en el derecho catalán en el que su normas –entre otros instrumentos- se interpretarán según la enseñanza (histórica) de los *doctores* que se decía hasta hace poco, sustituido por la apelación a la *doctrina*. Así preceptúa el art. 1 párr. 2º de la Compilación del derecho civil de Cataluña aprobada por D.L. 1/1984 de 19 de julio: “Para interpretar e integrar esta compilación y las restantes normas, se tomarán en consideración las leyes, las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina que constituyen la tradición jurídica catalana, de acuerdo con los principios generales que inspiran el ordenamiento jurídico de Cataluña”, y en el posterior Código de Sucesiones por causa de muerte en el Derecho civil de Cataluña de 30 de diciembre de 1991, se preceptúa en el Preámbulo que “no se modifican los grandes principios propios del derecho romano, tan arraigados en el derecho catalán”, entre otros el principio de necesidad de heredero en la sucesión (arts. 1; 3; 67; 102; 125; 136 y 323; tema estudiado por M.E. ORTUÑO), el principio de universalidad del título de heredero, el principio de incompatibilidad de títulos sucesorios, etc.

125 MERCOGLIANO, *Recenti opinioni* 85.

126 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Riflessioni* 8 nt. 7; *Insegnamenti* 3 nt. 5.

127 Vid. también CAPOGROSSI COLOGNESI, *Contenuti “culturali” e contenuti “positivi” nella formazione del giurista*, en V. CERULLI IRELLI y O. ROSELLI (cur.), *La riforma degli studi giuridici* (Napoli 2005) 75 ss.

128 Un punto de vista interesante G. LOBRANO, *Popolo e legge: il sistema romano e la deformazione moderna*, en *Ricerche Gallo* I, 453 ss.

dando de un modo bastante marginal, al menos durante bastante tiempo en sus estudios durante el s. XX, el derecho adoptado concretamente en los estatutos locales o forjado en las prácticas consuetudinarias, en las actas de los notarios o en las sentencias de los jueces. El modo en que nuestra tradición jurídica se ha interrogado sobre su misma historia ha privilegiado, y quizá no podía ser de otro modo, la dimensión de la cultura y la ciencia jurídica, casi identificándola con el derecho en general.

## 9. Principios comunes de la cultura jurídica europea. El código de la contratación.

Llegamos así a la paradoja deducible de los modernos planteamientos europeístas, que frente al sistema cerrado basado en los códigos<sup>129</sup> pretenda volverse a un sistema abierto, situación paradójica que supera la visión imperante en el s. XIX y gran parte del XX de que nada existe al margen de la ley (de los códigos) y que ésta es el único factor a tener en cuenta para la racionalización de los hechos sociales y resolución de conflictos. No cabe duda que en su momento frente a los fragmentados derechos nacionales, la codificación, con todos los problemas que entrañaba su estructura como sistema cerrado y la identificación codificación-nacionalismo político, implicó un avance importante aunque ello supusiera en opinión de Casavola<sup>130</sup> que la misma ciencia jurídica europea después de haber producido con la Pandectística una dogmática utilizable universalmente como control racional de la arbitrariedad legislativa, se dividiera en diversas ciencias nacionales con un creciente aislamiento cultural dentro de sus respectivas fronteras. Hoy en este tejer y destejer, avances y miradas al pasado en el que se ha venido desenvolviendo la ciencia jurídica europea, parece haber llegado a un momento en que podría retornarse a un sistema abierto<sup>131</sup> como era el de la jurisprudencia romana expresado magistralmente por Paulo D. 50,17,1: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

Si esto fuera efectivamente así y no nos detuviéramos en la mera retórica de unos balsámicos “principios comunes de la cultura jurídica europea”, para profundizar decididamente en los fundamentos del derecho europeo no parece haber otra solución que volver a los textos romanos y la subsiguiente tradición romanística. En este sentido tiene razón Talamanca<sup>132</sup> cuando destaca que el estudio de las fuentes romanas puede representar para el joven estudiante un primer contacto en su confrontación con la realidad práctica que constituye la meta de todo aprendizaje y especulación sobre la experiencia jurídica, al significar un sistema abierto que vale tanto para (enjuiciar) los códigos como para la comprensión de la nueva normativa europea; para los códigos porque

129 A pesar de todo sigue siendo atractiva la aspiración a crear ciertos códigos europeos como el de obligaciones; en contra CARONI, *Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico*, en P. CAPELLINI y B. SORDI (coords.), *Codici. Una riflessione di fine millennio* (Milano 2002) 263 ss. cfr. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice civile europeo, le tradizioni giuridiche nazionali e il neopositivismo*, en *Foro it.* 121 parte V (1998) 60 ss. = *Studi in onore di P. Rescigno I* (Milano 1998) 805 ss., que desde otros ángulos es también contrario a la idea codicística en función de factor de armonización civilística del espacio plural europeo todavía dividido entre sistemas de *common law* y *civil law*, porque tales códigos acabarían por una sobreponderación del modelo codicístico continental sobre el sistema de *common law* basado en los precedentes judiciales. Sobre este último problema vid. L. ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il ruolo del precedente giudiziale nel common law inglese*, en VINCENTI (cur.) *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea* (Milano 1998) 167 ss.

130 CASAVOLA, *Dir. rom. dir. europ.* 166.

131 Vid. sobre esta dicotomía que continúa siendo uno de los campos de batalla para el posicionamiento del nuevo Derecho europeo, VINCENTI, *Sistemi giuridici "aperti" e "chiusi"*, en *Giustizia e metodo. Contro la mitologia giuridica*, I (Torino 2005) 3 ss.

132 TALAMANCA, *Ist. fra diacronia e sistema* 27.



como dice Murillo<sup>133</sup> los códigos modernos por efecto de los progresos de la ciencia cada día tienen una forma más sintética y para su comprensión resultan indispensables los trabajos analíticos, compartiendo conmigo<sup>134</sup> que el derecho romano constituye un magnífico instrumento para la crítica del derecho positivo<sup>135</sup>. Hoy habría que añadir que no sólo para el derecho contenido en los códigos, sino también para las normas comunitarias, y no solamente válido para su crítica, sino válido también para contribuir a su elaboración partiendo de los pretendidos (e indiscutidos) principios comunes de la ciencia jurídica europea. Con un sentido distinto Somma<sup>136</sup>, refiriéndose a los modernos intentos europeos de codificación, encuadra la utilización del derecho romano dirigida particularmente a reforzar el carácter individualista del derecho europeo de los contratos<sup>137</sup>, despreciando una eventual línea de solidaridad que se advierte en ciertas obligaciones romanas y desde luego en los derechos germánicos, lo que a juicio de Mercogliano<sup>138</sup> significa una aproximación formalista en claro contraste con el pluralismo cultural sobre el que se pretende fundar el proyecto de código europeo de las obligaciones, otra paradoja actual porque en su misma formulación está implícito volver al sistema cerrado.

El intento de un futuro código europeo unificado civil y mercantil arranca de una resolución del Parlamento europeo de 26 de mayo de 1989 reiterada en 1994<sup>139</sup> invitando a los Estados a proceder a una uniformización del derecho privado. A pesar de algunas opiniones contrarias a la idea de codificación común<sup>140</sup>, ya ha producido notables consecuencias. Debido a la entusiasta iniciativa de un gran romanista y especialista en derecho europeo, Giuseppe Gandolfi, se convocó un “convegno” internacional en la Universidad de Pavia en octubre de 1990, para debatir la oportunidad de comenzar la

133 MURILLO, *Fundamentación romanística* 52.

134 TORRENT, *El Derecho romano como instrumento para la crítica del Derecho positivo*, en *Homenaje a Vallet de Goytisolo*, I (Madrid 1988) 753-764.

135 Recientemente A. SOMMA, *L'uso giurisprudenziale della comparazione nel diritto interno e comunitario* (Milano 2001) 289 ss. rechaza que el derecho romano pueda servir de instrumento de interpretación del derecho moderno, por lo que su uso por la jurisprudencia moderna (se refiere fundamentalmente a la italiana) en su opinión sólo tiene un sentido retórico, un desahogo de erudición, un uso inútil ornamental de comparativismo, subrogado de la utilización jurisprudencial del derecho extranjero. Sobre todo este último alegato, que pretende rechazar el derecho romano como instrumento de crítica me parece que logra contradictoriamente el efecto contrario, pues sitúa el derecho romano en el mismo nivel que el derecho comparado moderno (que es otra de las vías por las que se intenta penetrar en los “Fundamentos del derecho europeo”, tesis preferida por Cannata).

136 SOMMA, *Roma, madre delle leggi. L'uso político del diritto romano*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 32.1 (2002) 174 ss.

137 De alguna manera SOMMA parece participar de las tesis de T. GIARO, *Aktualisierung Europas. Gespräche mit Paul Koschaker* (Genova 2000) sobre el uso político de la romanística, que servía a Giaro para poner de evidencia las reflexiones de Koschaker (1939) como ejemplos de la confrontación entre el Occidente americanizado y el Oriente soviético, considerando a Koschaker (*Europa und das römisches Recht* cuya primera edición es de 1947, traducido al español por Santa Cruz Teijeiro y al italiano por Biscardi) como autor del manifiesto del “occidentalismo histórico-jurídico” (Giaro, *Aktualisierung* 7). En este sentido Giaro propone una distinta aproximación (y la vía política no es menos legítima que otros enfoques) al problema que nos interesa: la conexión derecho romano-ciencia del derecho-Derecho europeo planteando el uso político de la romanística: cfr. GIARO, “*Comparemus*”. *Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei*, en *Rivista critica del diritto privato* 19.4 (2001) 539 ss.; Id., *Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali*, en P.G. MONATERI / T. GIARO / A. SOMMA, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva* (Roma 2005) 77 ss.

138 MERCOGLIANO, *Recenti opinioni* 90.

139 BOCE 26 demayo de 1989 C. 158/400 y y de 6 de mayo de 1994 C. 205/518.

140 También hay quien cree que la unificación es una utopía; vid. con lit. S. SANDOZ, *L'impossible unification du Droit*, en *Mel. Gandolfi* II, 969-978, aparte de las inevitables colisiones entre ordenamientos que vió SCODITTI, *Integrazione* 216 ss.

tarea unificadora con la materia de los contratos<sup>141</sup> pensando que en este campo se encontrarían menores obstáculos para la unificación, y efectivamente esta iniciativa cristalizó en la redacción de un Código europeo de la contratación<sup>142</sup> que obliga a replantear el rol del romanismo desde el ángulo de la ciencia del derecho europeo; en este sentido es significativo el esfuerzo de Gandolfi que partiendo de textos romanos ha tratado de individualizar y confrontar los principios básicos que rigen los regímenes contractuales de los países europeos, llegando a la conclusión que el libro IV del Código civil italiano<sup>143</sup> en su opinión situado entre la tradición francesa y la alemana y acercándose desde ciertos ángulos a la experiencia inglesa<sup>144</sup>, sirve como esquema de base para una futura codificación europea sobre obligaciones y contratos. Desde aquella óptica unificadora se pensaba también que no serían tan graves las fricciones entre el *common law* británico y el *civil law* de los países continentales europeos, y el mismo Gandolfi entendía que con la experiencia del código civil italiano era posible una síntesis con el derecho francés, alemán, y con el *common law*<sup>145</sup>. Desde un punto de vista historiográfico este intento codificador parece querer retornar al sistema cerrado codicístico reabriendo el debate entre el sistema cerrado continental europeo y el sistema anglosajón que comienzan a verse no tan distantes entre sí como se pensaba hace años<sup>146</sup>, suscitando grandes controversias bien sintetizadas por Caroni<sup>147</sup> que poniendo de manifiesto la escisión lógica entre la codificación como fenómeno de larga duración y los códigos burgueses europeos de derecho privado<sup>148</sup>, al mismo tiempo se muestra contrario al código europeo aunque desde parámetros distintos a las ideas anticodificadoras de

141 Vid. F. STURM, *Un codice dei contratti per l'Unione europea. L'iniziativa dell'Accademia dei giurprivatisti europei*, en *St. Impallomeni* cit. 389 ss.

142 El trabajo de la Comisión codificadora presidida por Ole Lande ha cristalizado en avances importantes; vid. C. CASTRONOVO (cur.), *Principi di diritto europeo dei contratti. Parti I e II* (Milano 2001); O. LANDE, E. CLIVE, A. PRÜM, R. ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, (The Hague-London-Boston 2003); G. GANDOLFI (coord.), *Code européen des contrats. Avant-projet. Livre Premier* (Milano 2002).

143 GANDOLFI, *Una proposta di rilettura del quarto libro del codice civile nella prospettiva di una codificazione europea*, en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1989) 217 ss.; *Pour un Code européen des contrats*, en P. STEIN, *Incontro di studio su il futuro codice europeo dei contratti* (Milano 1993) 23 ss.

144 Peter STEIN, *Roman Law and English Jurisprudence yesterday and today* (Cambridge 1969) ya había demostrado que los juristas romanos eran mas cercanos a la jurisprudencia británica que la de los países con códigos. El mismo GANDOLFI, *La conversione dell'atto invalido* (Milano 1984-1988) ya había intentado una vía comparativa entre los ordenamientos de Italia, Francia, Alemania e Inglaterra. Vid. G. COMANDÉ, *Gestire il dialogo tra civil law e common law nel diritto privato europeo*, en *Harmonisation*, cit. 387-397.

145 Vid. F. DE MARTINO, *Considerazioni sull'unità del diritto privato in Europa*, en *Mélanges Gandolfi*, I, 231.

146 Vid. M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna* (Bologna 2005) 181 ss. que trata de esclarecer las conexiones derecho romano-common law. Cfr. también Ph. MALAURIE, *Droit romain des obligations, droit français contemporain des contrats et l'Europe d'aujourd'hui*, en *Diritto romano e terzo millennio* cit., 126 ss.

147 CARONI, *Il codice rinviato* 263 ss.

148 Es sintomático al respecto que el derecho de propiedad experimenta una regulación muy semejante en todos los códigos europeos que siguiendo los esquemas napoleónicos sobre textos romanos (desde las XII Tablas ya había una fuerte componente individualista de la propiedad), defendían una idea estática de propiedad totalmente diversa de lo que hoy entendemos como función social de la misma. La Revolución Francesa al apoyarse en los postulados abstractos de la razón universal, generalizó mediante los códigos un régimen individualista de raíz romana. Ideológicamente esto suponía un régimen paritario donde los hombres actuaban como mónadas con su propiedad absoluta, con su libertad ilimitada en calidad de pequeños mundos autosuficientes. De este modo el Code Napoléon significó el ordenamiento de una sociedad burguesa y pseudoigualitaria a la que satisfacía con su régimen fundiario y sucesorio: todos deben ser dueños y a nadie se le debe privar de su legítima en especie.

Savigny<sup>149</sup>, y no debemos extrañarnos que frente a la pretensión de un código europeo la ciencia jurídica se haya dividido<sup>150</sup> entre los que temen el autoritarismo codicístico (que además iría en contra de los defensores del *common law*), y los que por el contrario ansían dicho texto<sup>151</sup>.

## 10. Crisis de los estudios histórico-jurídicos.

Retornando a la moderna crisis de los estudios histórico-jurídicos Vicenti<sup>152</sup> considera una de sus causas no haber renovado la manualística<sup>153</sup> y la didáctica del derecho romano en conexión con la evolución de la ciencia jurídica contemporánea, porque se quiera o no confesarlo –dice Vincenti– su planteamiento sigue siendo (yo precisaría “ha sido”, porque indudablemente el panorama está cambiando) el pandectístico fundado sobre una organización sistemática de conceptos y dogmas difundido por la Escuela Histórica alemana del s. XIX que ha condicionado la estructura y epistemología hasta de las disciplinas de derecho positivo, sistemática que ciertamente no era la de los grandes juristas romanos, y que por supuesto hoy ya no es actual<sup>154</sup> y en todo caso muy limitada, pues como vió Pugliese<sup>155</sup> implicó un hiato abismal entre el derecho romano justiniano y los derechos del s. XIX salvo alguna referencia esporádica a los glosadores, omitiendo la contribución de tantas generaciones de juristas intermedios y modernos con lo que los pandectistas se ponían al margen de la tradición romanística propiamente dicha. Por supuesto que los pandectistas participaban del interés por el derecho romano, pero a la vez se dirigían a crear una tradición romanística nueva haciendo un corte neto con el pasado al conectar directamente Justiniano con la ciencia del XIX encaminada a actualizar reglas y conceptos jurídicos prescindiendo de la tradición romanística intermedia (fenómeno que se observa en muchas investigaciones civilistas (y también de algunos romanistas) que del derecho romano saltan al código civil sin solución de continuidad limitándose a aportar unas gotas de derecho romano sin mencionar para nada el derecho intermedio ni hasta las vicisitudes previas a la misma codificación). Sin criticismo alguno (sin advertir las diversas etapas del desarrollo interno del derecho romano), o con muy poco criticismo (ignoraron la crítica de interpolaciones), la magna construcción pandectística con su completa arquitectura constructiva que omitía la tradición intermedia fue tomada por los civilistas y seguida a partir de entonces en la manualística romanista y civilista, pandectística que cristalizó en una sistemática expositiva transmutada en fundamentalismo dogmático hoy superado que exige nuevos derroteros ante la disgregación conceptual por minusvaloración (y hasta desconocimiento) de principios y valores comunes que han de reencontrarse para la construcción y aplicación del nuevo derecho europeo.

149 Cfr. C. VANO, “Il nostro autentico Gaio”. *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna* (Napoli 2000) 17 ss.

150 LABRUNA, *Ius europaeum commune* 158.

151 Vid. V. ZENO-ZENCOVICH, *Il codice civile europeo* 60 ss.

152 VINCENTI, *Nota introduttiva* a TH. MAYER-MALY, *Figure giuridiche che ritornano*, en *Diritto e Società* 4 (1999) 529-530.

153 Que permite plantear diversas alternativas: si debe configurarse proponiendo *exempla* (los *Casi d'ingenuità* de E. Nardi que se remontan a 1937; los perfiles sustanciales y procesales de P. Stein de 1995), problemas (método de Viehweg), o figuras generales suficientemente amplias; de todo hay en la última manualística, sobre todo la dedicada a los “Fundamentos del Derecho europeo”.

154 En este sentido MANNINO, *Considerazioni* 370-377.

155 G. PUGLIESE, *I pandettisti tra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, en *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, en *RISG* 18 (1973) 89 ss. = *Scritti giuridici scelti*, III (Napoli 1985) 90 ss.

Otra causa de la crisis según Vincenti<sup>156</sup> está en el clima cultural contemporáneo desfavorable a las disciplinas humanísticas que privilegiando el aprendizaje de las disposiciones vigentes<sup>157</sup> deja de lado los modos de su formación e interpretación y la reflexión sobre modelos alternativos, lo que a mi modo de ver está conduciendo al derecho positivo de nuestros días a un fenómeno bien conocido por los romanistas: el vulgarismo jurídico (y entiendo que nos ha tocado vivir una época de derecho vulgar con muy poca finura en sus exposiciones). Quizá un modo de superar este vulgarismo esté en aprovechar todas las posibilidades que da el art. 288 párrafo 2<sup>a</sup> del Tratado de Roma y 188 párrafo 2<sup>o</sup> del Tratado EURATOM, al proponer como criterio hermenéutico de la legislación comunitaria (ciertamente que en un tema muy concreto pero que puede ampliarse a todas las instituciones) que la responsabilidad extracontractual se regulará “de conformidad con los “principios comunes a los derechos de los Estados miembros”, y en efecto los abogados generales en la Corte de Justicia de la UE hacen frecuente recurso al derecho romano en la fundamentación de sus argumentaciones, situación puesta de relieve por Knütel<sup>158</sup> que nos obliga a los romanistas a posicionarnos sobre las conexiones entre derecho romano y jurisprudencia comunitaria<sup>159</sup>, trascendiendo de la responsabilidad *ex lege Aquilia* a otros sectores del ordenamiento. Puede incluso decirse como dice Labruna<sup>160</sup>, que las sentencias de la Corte europea han venido formando una especie de “parte general” del derecho comunitario cuyas fuentes de referencia son los principios generales del derecho comunes a los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, que son principios del antiguo *ius commune* recibidos en mayor o menor medida en los códigos modernos, y que provienen directamente de la experiencia jurídica romana, o bien, han sido construidos sobre las fuentes romanas y canónicas en la Edad Media, a su vez reformulados en los siglos posteriores, incluso recibidos en las modernas constituciones, y por eso la búsqueda de una “lengua común” para los juristas europeos que intentan elaborar reglas “iguales” requiere que se creen las premisas para entenderse, y en este campo el derecho romano y la tradición romanística a la base del derecho común que llegó hasta los códigos tiene un puesto de honor, lo que de ninguna manera significa reproponer el derecho romano histórico como *norma iuris*, pero sí utilísimo en la creación de una nueva ciencia del derecho transnacional<sup>161</sup>. Tiene razón Labruna<sup>162</sup> en que la historia jurídica es un medio exegético irrenunciable para el intérprete y el legislador, pero no debe constreñirlos, y hoy no se puede decir con Baldo (Ad C. 7,45,13) *Romanae leges, ut ratio naturalis, omnibus imperant*.

156 VINCENTI, *Nota*, cit., 530.

157 La norma positiva, meramente la ley coyuntural del momento, visión propia del modo de estudio lege-céntrico de la época postcódigos; y si hoy parece agotado el modelo codicístico, igualmente está superado aquel modo de estudio en la construcción de la ciencia del derecho europeo.

158 R. KNÜTEL, *Ius commune und römisches Recht von Gerichten der Europäischen Union*, en *Juristische Schulung*, 9 (1996) 768-768; existe trad. española incluida a modo introductorio por G. Pereira Menaut, *Topica* (Santiago de Compostela 2001) 15-47 con el título *Ius commune y Derecho romano en los Tribunales de Justicia de la Unión Europea*; también existe trad. italiana en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, III (Napoli 1997) 522-557; add. M. RAINER, *Il diritto romano nelle sentenze delle Corti europee*, en D. CASTELLANO (coord.) *L'anima “europea” dell'Europa*, (Napoli 2002) 45 ss.

159 Vid. con lit. el trabajo de un joven y brillante discípulo mío, X. PEREZ LOPEZ, *Nuevamente acerca del Derecho romano y la Jurisprudencia comunitaria*, actualmente en prensa en *BIDR* cuyos resultados he tenido ocasión de discutir ampliamente con su autor que se apoya fundamentalmente en numerosas sentencias de la Corte Europea que no son del caso citar en esta sede.

160 LABRUNA, *Ius europ. commune* 158.

161 CASAVOLA, *Diritto romano tra passato e futuro*, en *Il diritto romano nella formazione del giurista oggi* (Milano 1989) 47.

162 LABRUNA, *Ius europaeum commune* 159.

La fuerte orientación pragmática actual deja en sombra dimensiones mas amplias de la experiencia jurídica, y se ha reflejado sin haberla tenido en cuenta de modo casi inconsciente en nuestros estudios en un modo de operar que a su vez parece expresar una ideología y una voluntad precisa de los protagonistas de la tradición jurídica antigua y moderna, que con Savigny encontró su momento de máxima clarificación como proyecto perseguido conscientemente, porque en efecto, como vió Capogrossi Colognesi<sup>163</sup>, sólo mediante un colosal trabajo de filtro y abstracción teórica, la riqueza y el desorden de la casuística y la espesura de una problemática científica prolongada a lo largo de siglos podía ser reconducida a una unidad inteligible y dominable<sup>164</sup>. De este modo, partiendo del Mundo Antiguo, ha sido posible forjar el derecho como instrumento de racionalización y abstracción de las relaciones sociales y como sistema de control de éstas totalmente distinto de otros modelos normativos de carácter formal o religioso (algo que p. ej. aún no ha sido superado en los países islámicos donde las reglas religiosas permean totalmente el Derecho). Son estos niveles de formalización y abstracción, el grado de científicidad logrado apto para estandarizar resultados y procedimientos que la sociedad romana había alcanzado con su fortísimo interés en el control social, los que fueron desarrollados ulteriormente en aquella peculiar invención europea que fueron las Universidades medievales surgidas precisamente en torno al estudio del *Corpus iuris civilis* por parte de muchas generaciones de estudiosos, seguidores al mismo tiempo de los juristas romanos y de Aristóteles.

## II. DERECHO ROMANO CUNABULA DE LA CIENCIA DEL DERECHO EUROPEO.

### 1. Ciencia del derecho historia de la dogmática jurídica.

La ciencia del derecho es ante todo historia de la dogmática jurídica, porque si es cierto que el derecho se ocupa de las relaciones del hombre en sociedad, si no se cuenta con instrumentos conceptuales mal se pueden enfocar estas relaciones, mal podrán desarrollar su labor los jueces que no podrán ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos ni éstos confiar en la bondad de unas normas que no sean explicables racionalmente. Simplificadamente puede decirse que la ciencia del derecho europeo es ante todo historia de la dogmática jurídica en Europa que nace precisamente con la reflexión de los juristas romanos sobre sus principios<sup>165</sup> y reglas de relación y durante muchos siglos después, casi diría genéricamente hasta la codificación europea, la reflexión de muchas generaciones de juristas sobre materiales romanos, obviamente no exclusivamente sobre éstos, sino tomando también en cuenta en la medida que se iban incorporando, costumbres nacionales, usos propios internos, legislaciones particulares; debe decirse a propósito de todos estos contenidos normativos que los instrumentos concep-

---

163 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 4.

164 Otro ejemplo de esta línea de pensamiento puede verse con amplia exposición de la doctrina intermedia y moderna en J. GARCIA SANCHEZ, *Un principio jurídico romano de alcance supranacional fundamento de la resolución de un contencioso del siglo XX: la regla accessorium sequitur principale*, en *Revista española de Derecho canónico* 154 (2003) 9-72; desde otro ángulo, ahora referido al moderno derecho internacional, K.-H. ZIEGLER, *Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts*, en *Ius commune* 4 (1973) 1-27.

165 Sigue siendo muy recomendable la lectura de F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechtswissenschaft* (Leipzig 1934) que ha merecido ser traducido al italiano nada menos que por V. Arangio-Ruiz, y al español por M. Abellán.

tuales eran fundamentalmente de base romanística a las que se unieron desde las Decretales de Graciano en el s. XII elementos canonísticos.

Ha dominado durante algún tiempo la idea que la Jurisprudencia europea empieza con el redescubrimiento de las Pandectas de Justiniano en Amalfi en el a. 1135 y la extraordinaria labor de los glosadores de la escuela de Bolonia, o incluso antes con la coronación de Carlomagno en el año 800, hecho al que muchos conectan el nacimiento de la idea de Europa como realidad cultural, tema en el que tanto ha insistido Kosckaker<sup>166</sup>. Si tomarámos cualquiera de estos cortes aisladamente desconectados del material romano anterior, exclusivamente se apuntaría al nacimiento de la jurisprudencia romanística en la Europa continental, que no quiere decir otra cosa que un método de utilización de materiales mas antiguos<sup>167</sup>, por lo que es necesario retrasar la fecha de nacimiento de la historia jurídica -o mejor de la ciencia jurídica europea- a la época de formación de aquellos instrumentos, algo imprescindible si se piensa que el material romano a partir de la Edad Media es tomado en cuenta no sólo por su valor normativo, sino por su patrimonio de instrumentos conceptuales y sobre todo por su valor metodológico.

Cannata<sup>168</sup> siguiendo a Plucknett<sup>169</sup> señala acertadamente que la historia del derecho es incognoscible desde su origen; por supuesto que existen relaciones jurídicas desde que se encuentran dos personas que necesariamente deben buscar reglas para desarrollar una convivencia pacífica y ordenada, y con mucha mayor razón cuando se trata de grupos mas amplios, pero esto no es historia de la reflexión consciente sobre las reglas jurídicas, que fue lo que como tal obra científica realizó portentosamente la *iurisprudencia* romana en el Mundo Antiguo, entendiendo como jurisprudencia el conocimiento técnico de la estructura interna de las instituciones jurídicas acompañado de un método apropiado a su consistencia que permite desarrollar ulteriores argumentos sobre estas instituciones y por medio de éstas<sup>170</sup>. En definitiva la ciencia del derecho es conocimiento del fenómeno jurídico en sí mismo, y por tanto apreciación de su modo de ser en función de sus objetivos<sup>171</sup>.

Esta reflexión sobre la estructura, conexión entre las instituciones, su cambiante aplicabilidad y sistemática en relación con la evolución de la sociedad, constituye una característica específica de la jurisprudencia romana (tantos *olim* que aparecen en las fuentes mostrando la conciencia de los juristas de la evolución de sus instituciones), y la historia de la jurisprudencia europea no puede prescindir de su examen, porque por mucho que se quiera intentar y se ha intentado por comparativistas del Mundo Antiguo (piénsese en Wenger, Szelechter, o en trabajos de cierto fuste compatriotista entre Grecia y Roma como algunos estudios de Pringsheim y H.J. Wolff<sup>172</sup>), fuera de Roma

166 KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, 4ª ed. (München-Berlin 1966) 2 ss.

167 CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea. I La giurisprudenza romana e il passaggio dell'antichità al medioevo*, 2ª ed. (Torino 1976) 9.

168 CANNATA, *Lin. I*, 13.

169 Th. F.T. PLUCKNETT, *A concise History of the Common Law*, 5ª ed. (London 1956) 3.

170 CANNATA, *Lin. I*, 14.

171 CANNATA, *Per una storia* 15, distingue la ciencia del derecho de lo que llama tecnologías prácticas que identifica con la práctica judicial con sus técnicas específicas que no implican actividad normativa (tesis algo discutible); para Cannata la actividad normativa en particular implica la consideración de la economicidad de las normas, o sea, la adherencia funcional de la estructura normativa a su fin social con el menor dispendio (la mayor productividad) posible. La actividad judicial comporta la creación de técnicas de la acción (acusar y pretender) y de la defensa que desembocan en la retórica. En mi opinión defiende una explicación demasiado restrictiva de la ciencia del derecho.

172 Una magnífica perspectiva de los derechos del área mediterránea en el mundo antiguo la proporciona W. SELB, *Antike Rechte im Mittelmerraum* (Wien-Köln-Weimar 1993).

en ninguna parte aparece la figura del jurista con sus características absolutamente definidas y originales<sup>173</sup> dedicado (profesionalmente, pero esta nota es discutible en cuanto algunos juristas compaginaban el análisis jurídico con otras actividades, (fundamentalmente políticas y militares: servir en el ejército romano era un timbre de gloria durante toda la época arcaica y republicana) al estudio y aplicación del derecho en posesión de los instrumentos técnicos adecuados para ello, obrando por sí mismo o colaborando con diversos operadores jurídicos (*pontifices, magistrati iusdicentes, rhetores*), y aconsejando a sus conciudadanos para el mejor éxito de sus intereses. Obviamente la ciencia del derecho nació en Roma precisamente dentro de un cierto contexto cultural (y en sus orígenes religiosos) en un pueblo donde la sabiduría era *virtus*, y donde se llegó a definir la *iurisprudentia* como *divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia*, y el Derecho como *ars boni et aequi*<sup>174</sup>.

El Derecho romano fue ante todo un derecho eminentemente jurisprudencial, producto de la reflexión de los juristas y de la *iurisdictio praetoria*, elementos sobre los que lentamente fue superponiéndose a partir del s. I d.C. la cancillería imperial que tiene a convertirse en fuente única del derecho. Esto significa que durante mucho tiempo y precisamente por la escasez de fuentes legislativas directas (que por el contrario predominan absolutamente en nuestros días de modo que los ordenamientos codicísticos aparecen como sistemas cerrados en los que la ley ocupa el primer y casi exclusivo puesto en la jerarquía de fuentes), el sistema romano era un sistema abierto. El mismo *ius controversum* es la mejor prueba de la independencia institucional de los juristas sobre los que no existía una autoridad superior que pudiese establecer en modo más o menos definitivo la regla jurídica vigente en cada singular nudo problemático; por eso en el *ius controversum* todas las *sententiae seu opiniones* de los juristas eran derecho en cuanto abstractamente aplicables sin que ninguno pudiese imputar al juez haber actuado *contra ius* al elegir uno u otro de los pareceres de los juristas singulares<sup>175</sup>.

Haber mostrado de modo explícito estas bases sistemáticas exaltando la coherencia del sistema en su conjunto tomado esencialmente del Digesto e Instituciones Justinianas, fue mérito de los juristas medievales desde la primera generación de glosadores, que tampoco tomaron aquellos textos como normas absolutas de derecho vigente sino como cantera de *regulae* para la solución de casos concretos, definiéndose desde entonces en modo permanente el carácter jurisprudencia de la concepción del derecho que los medievales legaron a los juristas de las Edades Moderna y Contemporánea, siendo ésta la concepción básica que todavía hoy connota la experiencia jurídica de los países continentales europeos. De algún modo la relación en la Baja Edad Media entre derecho común y estatutos locales contribuyó a exaltar el carácter central de la *scientia iuris* que en Roma desde un plano abstracto ya había sido destacado por Cicerón y plasmado en el *ius controversum*.

La *scientia iuris* medieval precisamente porque en cierta medida estaba desvinculada de la multiplicidad y empirismo de las tradiciones jurídicas de las comunidades singulares y del derecho interno de los países envueltos en este vasto proceso, pudo

173 WIEACKER, *Vom römischen Recht*, 2ª ed. (Stuttgart 1961) 128 ss.

174 Celso citado por Ulpiano D. 1,1,1 pr.

175 Citaré al respecto un ejemplo muy significativo estudiado por M.E. ORTUÑO, *La institución de heredero en el Derecho sucesorio de Cataluña y sus antecedentes romanos* (Madrid 1999) que destaca la fundamentalidad de la *heredis institutio* en el derecho romano clásico desdibujada en época postclásica-justiniana, más tarde asumida para volver a ser suprimida en la experiencia jurídica europea, pero que sigue siendo entendida en el sentido romano clásico en el vigente código de sucesiones catalán; para otra institución concreta vid. MURILLO, *La revocación de las donaciones en el Derecho romano y en la tradición romanística española* (Burgos 2007).

empeñarse de modo mas libre y eficaz en la construcción de grandes sistemas de referencia conectados con aquella *scientia* desarrollada por los juristas romanos partiendo de un conceptualismo riguroso aunque no por ello alejado de requerimientos prácticos, y siempre muy adherentes a la realidad social que al convertir el Derecho en *scientia*<sup>176</sup> pusieron los fundamentos de la ciencia del Derecho que sigue perdurando hasta nuestros días, hoy con algunas incertidumbres no sobre el Derecho romano sino sobre el mismo papel de la ciencia del Derecho que pretendo debemos rehabilitar, *scientia iuris* que entre otras muchas consecuencias hizo del Derecho romano un potentísimo factor de unificación del mundo antiguo. Fue precisamente esta *scientia iuris* romana<sup>177</sup> la que marcó una diferencia esencial entre la experiencia jurídica romana y todas las otras de la Antigüedad (especialmente las del mundo griego en el que está ausente una reflexión consciente sobre sus ordenamientos) constituyendo el elemento decisivo para la suerte del Derecho romano a partir de los medievales.

## 2. Ciencia del Derecho.

En primer lugar hay que reconocer que se ha abusado de la expresión “ciencia del Derecho” de la que pueden preciarse con Dekkers<sup>178</sup> cinco formulaciones: 1) Los que llaman ciencia del Derecho a lo que no es sino doctrina: sistematización de soluciones concretas, poner de evidencia reglas prácticas de aplicación general, formulación de principios unidos por una conexión lógica; 2) Quienes identifican la ciencia del derecho con el derecho natural: elaboración de un sistema que sostiene un derecho vigente, en definitiva un derecho ideal en el que debe integrarse el derecho positivo; 3) Los que pretenden encontrar la ciencia del derecho en la sociología analizando las relaciones sociales y la realidad social intentando buscar el derecho entre estas relaciones; 4) Los que se interesan en la teoría del derecho estudiándolo en tanto fenómeno distinguiendo el fondo y la forma esforzándose en explicar porqué y cómo se forma; 5) Los que califican ciencia del derecho a la filosofía del derecho reflexionando sobre los problemas mas generales del derecho: fuentes, fuerza obligatoria, valor moral, imputabilidad, responsabilidad, etc.

Sin compartir ninguno de estos planteamientos me inclinaría a estar mas cerca de la primera formulación, aunque no acepto la identificación ciencia del derecho=doctrina que tiende a estratificar el concepto del derecho sin aceptar su cambiante variabilidad, y a mi modo de ver minusvalora el papel autónomo del saber científico-jurídico.

En realidad puede ofrecerse una panorámica mas sencilla de este problema teniendo en cuenta que las expresiones ciencia jurídica y jurisprudencia siendo ideas cercanas no tienen exactamente un significado sinónimo y hasta se emplean para apuntar conceptos diversos<sup>179</sup>, apuntando a la primera como momento teórico y a la segunda como momento práctico: soluciones prácticas que añade el jurista aplicando su propia ciencia a los asuntos reales sometidos a su juicio.

Pero si en otros campos del saber es importante y hasta trascendente la distinción entre teoría y práctica, en la ciencia jurídica no puede decirse lo mismo, porque como ha puesto de relieve Cannata<sup>180</sup> la teoría como momento cognoscitivo y especulativo

176 TALAMANCA. *El corpus iuris tra dir. rom., e dir. vigente* 777.

177 Sobre la idea de *scientia* en derecho romano vid. con lit. TORRENT, *Salvius Iulianus, liber singularis de ambiguitatibus* (Salamanca 1971) 22 ss.

178 E. DEKKERS, *De divers aspects de la science du Droit*, en *Studi Voleterra* II (Milano 1971) 321.

179 WIEACKER, *Vom röm. Recht* 8; vid también las consideraciones de KOSCHAKER, *Europa und das röm. Recht* 210; 265 ss.; 337 ss.

180 CANNATA, *Lin.* I, 14.



tiene autonomía propia en las ciencias relativas a un objeto que en la propia consistencia a priori respecto al momento cognoscitivo mismo tenga para el científico un propio valor ontológico y sea de conocimiento problemático. Según Cannata el a priori en la ciencia del derecho son las instituciones jurídicas, cognoscibles por simple información, creadas por el hombre para ciertos fines y modificadas en relación a estos fines; apuntando la concepción de la teoría pura del derecho de Kelsen<sup>181</sup> señala Cannata que el derecho no tiene para el jurista valor en sí como elemento ontológico y por eso es distinta la figura del filósofo del derecho y del jurista, porque para el primero el derecho no es una realidad instrumental sino un objeto de conocimiento determinado apriorísticamente), concluyendo Cannata<sup>182</sup> que aunque puedan distinguirse juristas teóricos y prácticos, sólo hay entre ellos una accidental partición de tareas: el primero elabora las técnicas y las enseña; el segundo las aprende y las aplica.

Partiendo de los textos romanos<sup>183</sup> los medievales alcanzaron una elevada racionalidad de los métodos, de los procedimientos analíticos y de los conceptos y categorías elaboradas haciendo de la ciencia el factor expansivo de la vida jurídica comprendiendo el momento normativo, el papel jurisdiccional y las prácticas legales que hicieron plasmar la existencia de la ciencia del derecho<sup>184</sup> como manifestación diferenciada de otros saberes en las sociedades europeas, autonomía y diferenciación que parecen pretender eliminar las actuales directrices universitarias<sup>185</sup>. Esta andadura ha definido la dimensión y orientación de fondo de los modernos sistemas jurídicos predeterminando la específica identidad del jurista europeo independientemente de su pertenencia a uno u otro país, y es esta congruencia consigo mismo en la formación del jurista lo que puede perderse con las nuevas directrices universitarias que en mi opinión tienden a minusvalorar la ciencia del Derecho.

Estoy de acuerdo con Capogrossi Colognesi<sup>186</sup> en que una reflexión eficaz sobre el fundamento de la cultura jurídica europea tiene que recorrer este camino haciendo ante todo historia de la construcción del jurista como hombre de ciencia, historia larga y constantemente perseguida, y a la vez teniendo en cuenta lo que en este proyecto puede haber de separación del empirismo frente a una realidad multiforme. Ciertamente hoy es insuficiente explicar que la historia externa de tales acontecimientos sea simplemente historia de clases sociales y de culturas, porque lo que no debe olvidarse nunca es el enorme esfuerzo intelectual de múltiples generaciones de juristas que se fueron volcando en la construcción del gigantesco edificio que llamamos derecho, que a su vez ha contribuido a plasmar la civilización europea y a desarrollar procesos sociales que

---

181 H. KELSEN, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, III (Leipzig-Wien 1934) 14. Vid. crítica de la teoría pura del derecho en A. OLLERO, *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política* (Madrid 2006) 66 ss.

182 CANNATA, *Lin. I*, 15.

183 A partir del redescubrimiento en Amalfi de las Pandectas de Justiniano los textos romanos desde el s. XI constituyeron la base fundamental para el estudio del derecho en las nacientes Universidades italianas arrancando de la de Bolonia; vid. M. BELLOMO, *Saggio sull'Università nell'età del diritto comune* (Milano 1979).

184 Según FERNÁNDEZ BARREIRO, *La autonomía del derecho en el modelo occidental de ordenación de la sociedad* (Santiago de Compostela 1994) 29, la difusión europea de la cultura vinculada al derecho jurisprudencial romano supuso no sólo la recepción de un conjunto normativo dotado de un contenido terminológico y conceptual, sino también y muy especialmente, la incorporación de una determinada técnica propia del razonamiento jurídico, y con ello un método para la argumentación lógica conducente a la formulación de soluciones jurídicas.

185 De algún modo en España da la impresión que las pretendidas reformas auspiciadas por el Ministerio de Educación tienden a una cierta identificación entre Derecho y Sociología.

186 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 5.

han cambiado el mundo precisamente desde el derecho. Pensemos por ejemplo en la Revolución Francesa con su gran legado jurídico: el Código Napoleón de 1804; traeré a colación un ejemplo concreto: no abolió la propiedad, sino partiendo de conceptos adquiridos pretendió universalizarla eliminando los modos de adquisición del Antiguo Régimen como mayorazgos, fideicomisos y vinculaciones perpetuas<sup>187</sup>.

Acierta Capogrossi Colognesi al señalar que un modelo de reconstrucción desde el interior de tales acontecimientos y de sus coordenadas intelectuales, la construcción de un sistema de saber como ciencia, no es posible permaneciendo en el interior de nuestras especialidades. Si de hecho nos dirigimos al campo privilegiado por los juristas romanos que fue el derecho privado, el nivel de informaciones y conocimientos que poseemos tiene el peligro de ser empobrecido antes que enriquecido por nuevas contribuciones; en este sentido bastaría dar cuenta del nivel al que ha llegado, y no sólo en nuestros días, la manualística de Instituciones de derecho privado romano. Estos trabajos podrán aportar incrementos muy limitados, abrir puntos de vista nuevos casi siempre problemáticos, plantear nuevos interrogantes, pero no mucho más. Por el contrario, acentuar el interés por otras áreas como la historia de los juristas, la esfera del derecho público, el ordenamiento romano a partir del s. IV d.C., evidencian la necesidad de nuevos y mas frescos terrenos de investigación que tampoco exigen un verdadero cambio cualitativo de nuestros estudios. Por el contrario, ese nivel al que han llegado los manuales de instituciones se acerca objetivamente a la historia general alejándose de la especificidad del derecho romano como historia de una ciencia y del producto de ésta. En efecto el historiador está vinculado al dato material de las fuentes de conocimiento con las que cuenta, que en nuestro caso dan un puesto de privilegio al derecho privado. En cuanto al extraordinario aumento del interés por el derecho postclásico y justiniano que es absolutamente legítimo por lo que supone de ensanchamiento de nuestros conocimientos, es indudable que constituye el reflejo de un planteamiento mas general hacia la Antigüedad tardía de los estudiosos actuales.

Me parecen luminosas las palabras de Capogrossi Colognesi<sup>188</sup> al decir que incluso llegando a una comprensión de la elevada racionalidad del conjunto de soluciones adoptadas por los juristas romanos –y para ello entiende que nuestra tradición forjada sobre la matriz de la Pandectística es probablemente adecuada- huiría de nuestra visión el problema central que debe interesar a los juristas modernos: el modo y las razones por el que este modelo ha constituido el punto de partida de la construcción de la ciencia jurídica tardomedieval y que se ha encarnado en ésta hasta el punto de conservar su valor de referencia exaltado por Savigny. Por otra parte sabemos bien como este particular uso de la historia ha acabado a su vez con descontextualizar históricamente el mismo objeto de nuestro propio trabajo; esto se advierte precisamente en la Pandectística y en la tradición de estudios posteriores derivados de la que el derecho romano tal como se estudia a partir de entonces, como también el derecho civil, todavía están íntimamente impregnados, mostrándose ambos tipos de estudios –romanísticos y civilísticos- hasta ahora incapaces de asumir con decisión una perspectiva radicalmente diversa, porque hasta nuestros días sigue siendo la Pandectística y el modo de estudio (conceptual) pandectístico el modelo para romanistas y civilistas, que aún cuando recoge la historia de los conceptos e instituciones elaborados por los juristas romanos, su punto de partida aunque implícito, es su propia existencia, modelo que sin embargo prescinde ilógicamente del problema prejudicial de las razones y de los modos de adhesión a un conjunto conceptual privado en sí mismo de un valor ontológico, porque sobre todo tiene un valor histórico a pesar de no haber profundizado en las aportaciones de la ciencia jurídica tardomedieval y moderna, tema bien desvelado por Pugliese<sup>189</sup>.

---

187 TORRENT, *Fideicommissum familiae relictum* (Oviedo 1975) 6.

188 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 5.

189 PUGLIESE, *I pandettisti* 90 ss.

Imaginémonos<sup>190</sup> querer estudiar ante todo y sobre todo la historia de la mas o menos coherente construcción de un sistema de conocimiento científico controlable racionalmente y verificable, incluso según las formas del *ius controversum*, teniendo a la vista la precondición de tal procedimiento representada por la *Isolierung* autoinducida de la ciencia jurídica que de alguna manera había sido puesto de manifiesto por Schulz. No se trata simplemente de esto, sino de individualizar en el curso de las diversas etapas de esta misma historia la forma en que la vida jurídica de las sociedades que se han sucedido viene a estar plasmada y gobernada desde lo alto a través del carácter central y el valor de referencia de un trabajo teórico por parte de una categoría de juristas no necesariamente unida a la práctica, y sobre todo no totalmente condicionada por ésta. Este modo de trabajo se dirige por tanto a analizar el modo en que los juristas romanos en primer lugar y luego los medievales y modernos, se han relacionado con la informe y rica realidad jurídica de su mundo, las lógicas con las que han operado, los han guiado y también limitado en sus opciones, su relación con mas vastos sistemas de referencia en la solución del caso singular. Se trata en suma de comprender, siempre que sea posible, su método, razones y vínculos que están a la base de sus soluciones.

Conseguir estos objetivos es una tarea ciertamente compleja dada la diversidad de contextos (derecho del Mundo Antiguo, derecho medieval, derecho moderno, derecho contemporáneo), cada uno con sus particularidades históricas que hacen sumamente arriesgado subsumirlos dentro de una categoría homogénea, tanto mas arriesgado cuanto mas linealmente se la presente, que desde este punto de vista levanta considerables objeciones a quienes pretenden una continuidad del derecho romano desde la Antigüedad hasta nuestros días sin tener en cuenta, de un lado las situaciones culturales que fueron predeterminando el nacimiento de la ciencia del derecho en Roma a lo largo del milenio en que aquel derecho nació y se aplicó; de otro captar el desarrollo de esta ciencia en el Medioevo y en la Edad Moderna que no pueden ser tratadas de modo homogéneo. Por supuesto que un trabajo de este calibre no puede ni debe ser desconectado de su dimensión histórica, y no se puede proponer, por ejemplo, tratar a Labeón como lo estudiaron Bártolo o Pufendorf, porque esta visión continuista sería tan errónea e ingenua como inútil y dañina<sup>191</sup>. Por otro lado no puede olvidarse que precisamente una plena comprensión de los procedimientos y lógicas de una ciencia que se sitúa en modo autónomo respecto a la praxis, nos constriñe a hacer continua referencia a ésta. Sin un conocimiento de los vínculos y de las condiciones externas, en primer lugar de la realidad romana en la que nació el derecho como ciencia, de la realidad normativa y estatutaria medieval, de las prácticas consuetudinarias, del papel de la jurisdicción, de la praxis notarial, de los distintos *mores regionis*, no podemos captar la originalidad y potencia de una construcción científica que se pone como tal. Y sin embargo hasta en las codificaciones de finales del XVIII y principios del XIX parece advertirse una difusa valoración de las transformaciones que se produjeron en la Edad Contemporánea con una sustancial minusvaloración del peso de la ciencia jurídica medieval y moderna respecto a la mayor complejidad de las formas en que se realizaba la vida jurídica de las diversas sociedades europeas, fenómeno advertido por Zimmermann que contrapone la raíz romanística común a las desconcertantes ramificaciones de doscientos años de construcción jurídica nacional considerando que el proyecto de restauración de la unidad cultural europea fue roto por las codificaciones modernas<sup>192</sup>. Es precisamente la recuperación de esta unidad cultural lo

190 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 6.

191 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 6; *Dir. rom. diritti europ.* 745.

192 De algún modo de esta idea participa CUENA, *Der. rom. y Dogmática* 334 al señalar que los códigos parecieron determinar la drástica nacionalización de la ciencia jurídica y la consiguiente naturalización

que se pretende implícitamente con las últimas propuestas de reforma de los planes de estudio en las Facultades de Derecho, y de algún modo aparece reflejado en los textos fundacionales de la UE con su aspiración a la homogeneización jurídica, aunque tengo serias reservas que se pueda lograr efectivamente.

Comparto con Capogrossi Colognesi la tesis que una seria labor de profundización y análisis de este saber es posible sólo a condición de perseguir paralelamente una adecuada reconstrucción de la realidad normativa y de las prácticas institucionales correspondientes a los diversos ámbitos temáticos estudiados dentro de un cuadro circunscrito a la única dimensión de la ciencia jurídica que debe ser recolocada en relación, sea a sus condicionamientos externos, sea a su misma eficacia práctica, añadiendo el ejemplo de la imposibilidad de estudiar la construcción de los juristas romanos sobre los modelos de propiedad y el sistema de los *iura in re*, y luego se proceda a analizar sus desarrollos, líneas de continuidad, alteraciones y recuperaciones producidas por obra de los medievales o de la Escuela Culta, olvidando los contextos bien diversos que se han subseguido dentro de los cuales han operado múltiples generaciones de juristas.

Este recorrido histórico para la reconstrucción y exposición de la ciencia del derecho en Europa que las autoridades políticas comunitarias presentan como fundamento del nuevo derecho europeo, exige un nuevo modo de trabajar romanistas e historiadores del derecho medieval y moderno abierto a una deseable integración entre diversas especialidades, que a lo largo del s. XX y todavía hoy han venido evolucionando de modo autónomo encastilladas en sí mismas y por ello excesivamente distanciadas, con grandes brechas entre todas, y pienso que los momentos actuales de neounificación europea pueden ser la ocasión ideal para la integración del saber jurídico.

Está claro que al menos para los contenidos de las disciplinas histórico-jurídicas (pienso que en todas las materias jurídicas en general) presentes en nuestros cursos de Licenciatura (o grado como parece que se llamará en el futuro), los planes de estudio deben variar sensiblemente; no nos engañemos: los nuevos planteamientos exigidos por la UE certifican el agotamiento de los planes de enseñanza antiguos que sin duda han dado magníficos frutos en la situación precomunitaria, pero insuficientes en nuestros días para la formación del nuevo tipo de jurista europeo. El proyecto que propongo —y comparto con Capogrossi Colognesi<sup>193</sup>— es también ajeno a las lógicas tradicionales de una enseñanza ligada a un cuadro sistemático de conocimientos horizontales comprensivo de todas las figuras y todos los mecanismos de un ordenamiento jurídico. Es por tanto insuficiente para ello la simple dogmática psotcodificadora, porque a pesar de la advertencia de Coing<sup>194</sup> que la dogmática no es competencia del legislador sino de la ciencia, y por ello mismo se sitúa en

---

de la dogmática al quedar ésta anclada en cada Estado o país al ordenamiento positivo vigente, tesis excesivamente reduccionista de la que deduce una dogmática nacionalista autónoma postcódigos que obviamente postula una disgregación absoluta de la conciencia jurídica europea, algo que en mi opinión no ha ocurrido, porque de admitir su tesis habría que decir que la ciencia jurídica europea ha nacido a partir de los códigos. Mi tesis es precisamente la contraria: la ciencia jurídica europea no nace a partir de los códigos sino que es mucho más antigua, y tampoco los códigos supusieron una cesura tan drástica con la ciencia anterior. Cuenca no deslinda dogmática y ciencia del derecho al señalar (p. 335) que la dogmática jurídica se relaciona mucho más con la aproximación conceptual y metodológica a las reglas que rigen los conflictos que con la solución positiva que éstos reciben (más con el lenguaje y sus reglas que con los contenidos a los que sirve de vehículo). Para mí no son lo mismo dogmática y ciencia del derecho que da la impresión que Cuenca confunde en una única masa; tampoco veo claro en sus planteamientos un posible nexo entre neopandectismo y dogmática, y ya me parece totalmente contradictoria su tesis (p. 337) de no ver grave inconveniente en que se escuche una voz neopandectística y otra orientada hacia la comparación histórico-jurídica, aunque advierte que siempre que no se postulen como únicas ni pretendan el predominio sobre las demás.

193 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 7.

194 H. COING, *La ciencia del Derecho privado en Europa en el siglo XIX*, en *Glossae* 7 (1995) 176.

un plano superior al derecho positivo, los cultivadores del derecho positivo post-códigos intentaron ante todo elaborar una dogmática sobre el material codificado<sup>195</sup> cuyo andamiaje conceptual sin embargo traían de la Pandectística que intentaron adaptar a los códigos<sup>196</sup>.

Esto es lo que me parece insuficiente en estos momentos, entendiendo que ante todo hay que reelaborar una ciencia del derecho en Europa que ponga de relieve nuestros principios comunes, porque pretender una “neue Aktualisierung” sería –como dice Capogrossi Colognesi– además de inútil, dañosa, pues considerando la enorme y compleja cantidad de información a transmitir no puede sino operar en superficie alejando al estudiante –probablemente también al estudioso– de la comprensión de las lógicas y del tipo de cultura a la base de tales procesos. Tampoco estoy muy convencido de la bondad de una tendencia que aflora últimamente entre los romanistas que pretende una cierta integración de nuestra ciencia con la comparación jurídica, tendencia peligrosa señalada por Mantello que por lo referente al derecho europeo tiene en cuenta la democracia representativa en la que se mueve para el desarrollo de los procesos de decisión, tanto de nivel prelegislativo como paralegislativo supranacional<sup>197</sup> que hacen a veces ininteligible este derecho, y de ahí la conclusión pesimista de Talamanca<sup>198</sup> que considera imposible en la sociedad moderna renunciar a la intervención del legislador en el campo de las relaciones de Derecho privado.

Si por lo dicho hasta ahora podría parecer que la reconstrucción de la noción de ciencia jurídica en Europa es una tarea que pudiera realizar un estudioso solo, nada más lejos de la realidad: ninguno puede aspirar a tener conocimientos tan amplios para analizar situaciones históricas tan heterogéneas y presentar cuadros de conjunto suficientemente delineados; la última mentalidad enciclopédica en Europa fue Tomás de Aquino en el s. XIII; luego ha habido grandes individualidades pero siempre en campos del saber menos amplios, y podría poner como ejemplos a Leonardo da Vinci, Isaac Newton, Emmanuel Kant. Para llegar a una exposición convincente de los fundamentos del derecho europeo habría que partir bien de investigaciones específicas sobre temas singulares, o bien del trabajo coordinado de amplios equipos de investigación. Un manual general sobre los fundamentos del derecho europeo que se escribiera antes que una nueva serie de estudios legitime plenamente la nueva disciplina corre el peligro de matarla, no de hacerla florecer<sup>199</sup>. Tampoco creo que esta labor deba ser competencia monopolizadora del romanista, porque como dice Mantello<sup>200</sup> si existiera un romanista *omnibus* que pretendiera dominar todas las ramas del saber jurídico: jurisprudencia republicana, del Principado, pensamiento justinianeo, *ius commune*, *mos italicus*, *mos gallicus*, racionalismo precrítico wolffiano, racionalismo crítico kantiano, la “*école de l'exégèse*”, la Escuela Histórica alemana, los códigos desde finales del XVIII hasta nuestros días, a lo que habría que añadir el derecho de la UE, daría una figura de estudioso que sabría al mismo tiempo todo y nada, y que como mínimo llevaría a una espe-

---

195 En este sentido B. DIESTELKAMP, *Ius commune. Rechtsgeschichte als Argument in der Unifizierung von europäischen Recht: ein deutsches Bericht*, en *Legal History in Change* (Lund 2002) 209, que previniendo sobre los abusos de una visión excesivamente historicista primando *ius romanum* y *ius commune*, en definitiva las *roman traditions of civilian foundations* tal como había planteado Zimmermann, destaca que algunos principios dogmáticos esenciales traen su punto de arranque no del Derecho precodificado sino precisamente de los grandes códigos del XVIII y XIX.

196 Porque ni incluso a nivel práctico, como dice P. CARONI, *Quale storia per il diritto ingabiato dal Codice?* 104 ss., la codificación supuso la total devastación de la historia jurídica anterior.

197 MANTELLO, *Smanie* 35.

198 TALAMANCA, *Il corpus iuris fra dir. rom. e dir. vigente* 31.

199 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Inseg.* 7.

200 MANTELLO, *Smanie* 19.

cie de desprofesionalización del trabajo específico del romanista, concluyendo Mantello por la poca eficacia de la visión romano-céntrica del romanista *omnibus*.

Quiero dejar claro que no pretendo actuar *pro domo*; no trato de hacer una defensa cerrada o exclusiva del derecho romano por los inmensos valores que contiene; rechazo con Orestano y Mantello<sup>201</sup> la noción de un derecho romano como un derecho con unos comienzos pero sin un final (como por el contrario dan a entender Knütel y Zimmermann), sino como un derecho que se refiere y solamante a un segmento temporal muy preciso cuyas fuentes de conocimiento son o han sido instrumento –tampoco el único aunque si de suma importancia– esencial en el conocimiento del derecho y de ahí su interés para el estudio de la ciencia jurídica europea, derecho que ha tenido la virtualidad de producir unas consecuencias diversas de las que producía en el sendo de la sociedad romana. Insisto en que no defiendo el valor universal –como si fuera derecho vigente– del derecho romano, sino el papel de la ciencia del derecho en la formación de las nuevas promociones de juristas y en la construcción del nuevo derecho europeo, que requiere programas de investigación debiendo colaborar diversas manos<sup>202</sup>, estudios que por tanto deberán volcarse sobre el problema singular<sup>203</sup>, la categoría conceptual, el instituto, el peculiar mecanismo jurídico, la constelación de problemas derivados, la colocación de estos elementos en el conjunto del sistema, los peculiares ángulos visuales de los juristas singulares, la transformación de los elementos organizativos, todo esto quiere decir que la mera reconstrucción dogmática es insuficiente para alcanzar la deseada unificación del derecho europeo; es sólo uno de sus aspectos. Respecto a nuestra manera corriente de trabajar, el elemento añadido está constituido ante todo por comprender las lógicas y la naturaleza de dos distintas experiencias representadas, una por la obra de los juristas romanos, otra por la ciencia jurídica intermedia, que al menos en España se va reservando cada vez más a los romanistas. Pertenecientes a contextos históricos radicalmente diversos, ambas están separadas por un profundo diafragma cultural y técnico. Pero así y todo son confrontables entre ellas (como es igualmente confrontable la experiencia pre y post-códigos), especialmente porque una ha existido en cuanto se ha beneficiado del patrimonio de ideas y conceptos producida por la otra, aunque ello se realizó en el curso de una situación de extraordinaria innovación y libertad que ha llevado la experiencia y cultura jurídica de los países europeos hacia horizontes del todo diversos de los intrínsecos del mundo romano; en este sentido me parece desproporcionada la tesis de Valditara de una lineal y para mí ahistórica continuidad desde el derecho romano al derecho europeo actual.

### III. REFLEXIONES SOBRE LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO EUROPEO.

Mis consideraciones buscan enfocar este problema reconociendo la separación postcodicística (acentuada desde la publicación del BGB) entre historia y dogmática,

201 ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, 3ª ed. (Bologna 1987) 455 ss.; MANTELLO, *Lezioni di diritto romano*, I (Torino 1998) 35 ss.; *Smanie* 18-19.

202 En España es de destacar en este sentido la labor realizada por PANERO et alii en *El Derecho romano y la Universidad del siglo XXI*, cit.

203 Tiene razón FUENTESECA, *Observaciones* 209, cuando señala que el planteamiento de un tema o problema jurídico partiendo de Roma con participación de romanistas, medievalistas y positivistas conocedores de la solución jurídica en los derechos vigentes, proporciona una visión histórica muy completa en la que los romanistas tienen mucho que decir.

separación en principio de corte administrativo con la división universitaria en materias históricas y materias positivas pretendiendo dar una orientación autónoma a la dogmática, separación que a partir de los códigos se consideró radical e irreversible aunque paradójicamente conservaban profundas raíces romanísticas, por lo que a la altura de los conocimientos actuales (asimismo condicionados por nuestra situación histórica apremiados por la construcción de un derecho europeo) creo posible decir que desde un punto de vista estrictamente técnico aquella separación constituyó una visión poco científica y desde luego antihistórica. Y en estos momentos en que el modelo de códigos parece agotado o a punto de agotarse se presenta la exigencia de reformular las relaciones entre historia y dogmática volviendo los ojos a la ciencia del derecho fatigosamente elaborada durante tantos siglos, y tengo la convicción que la utilidad de nuestros saberes romanísticos puede encontrar consistencia no en una despotenciación de su dimensión histórica en función de soporte para el análisis de institutos y categorías del derecho positivo, sino a través de la acentuación de tal dimensión, o como dijo Orestano, tomando la experiencia jurídica romana y la subsiguiente tradición romanística intermedia y moderna como elemento concreto y operante de la experiencia del presente.

El panorama que tiene delante el romanista actual es apasionante, porque captar las diversas lógicas, la evolución de la *Iurisprudentia* romana y sus caracteres con todos los avances y retrocesos de la Ciencia jurídica europea, exige<sup>204</sup> por un lado analizar el significado y ámbito efectivo de las soluciones y esquemas de los juristas romanos recogidos en el *Corpus iuris civilis*; por otro el modo en que las soluciones y esquemas romanos han sido interpretados y repropuestos por los juristas intermedios volviendo a recorrer -muchas veces clarificando- las vías seguidas por los antiguos, y todavía mas frecuentemente utilizando el material antiguo para llegar a soluciones nuevas ante problemas actuales dentro de una interpretación totalmente integrada de los textos antiguos y la documentación medieval y moderna efectuada con respeto por la respectiva dimensión histórica. Desde estos planteamientos se puede llegar a una comprensión de los fenómenos de continuidad y a la vez de los cambios radicales, los procesos de transformación y de innovación conscientemente llevados adelante por los juristas intermedios, integración que postula no la sustitución de un especialista por otro, sino una cooperación entre especialistas diversos, y que quede claro que no se trata de ejercitar *ars combinatoria*<sup>205</sup> entre conceptos de diversas épocas cuya finalidad exclusiva -y excluyente- fuera demostrar de este modo la existencia de una "comunidad" mas o menos fuerte entre Roma y el Derecho actual, obviamente asegurada por las investigaciones de los romanistas.

Sólo a través de este estudio integrador podrá llegarse a captar la virtualidad de aquella experiencia multiseccular que supo dar reglas precisas *accommodatae ad tempora* mostrando la eficacia virtual de una pluralidad desordenada, y no mediante la supresión drástica de los grandes modelos que habían sido los factores unificadores de la clase de juristas, según Capogrossi Colognesi<sup>206</sup> destinada a confrontarse con su propio lenguaje compartido (*ius controversum*) y con las particularidades y diformes condiciones de áreas culturales y sociales muy diversas tales como la importancia de la praxis en el Mundo Antiguo, la singularidad de las diferentes condiciones jurídicas de cada provincia, la heterogenidad de los sistemas que concretamente gobernaban a los súbditos del Imperio romano hasta su unificación producida solo al final de la parábola de máxima vitalidad de la ciencia jurídica y a la vez de toda la sociedad

---

204 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 9.

205 MANTELLO, *Smanie* 9.

206 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 9.

romana poco antes de la gran crisis del s. III d.C., elementos que no pueden ser analizados precisamente por la penuria de fuentes pero que deben constituir el presupuesto para comprender el ámbito de aplicación relativamente limitado, y precisamente por ello, la consiguiente enorme concentración de recursos en el desarrollo del derecho romano y su función irradiante –junto a otros valores constitutivos de Roma en todo el Imperio y más allá. Tampoco se podrá o deberá necesariamente ir a estudiar los contenidos del *Sachsenspiegel* o los diversos sistemas de *droit coutumier*, o los diversos Fueros medievales españoles, o la multiplicidad estatutaria medieval de las ciudades italianas, pero todos estos elementos deben estar en la mente del estudioso que se ciña a los textos jurídicos intermedios y de la Edad Moderna. Todavía más, y esto deberá constituir un significativo contrapunto, la praxis negocial y los esquemas aplicados por los tribunales para lo que tenemos abundante documentación desde los tiempos intermedios, deberán servir para captar en la doctrina de los juristas cuanto hay de abstracto, de no aplicado o no aplicable, y cuanto por el contrario de verdaderamente eficaz y constitutivo. Con todo ello se podrá sacar a la luz el nudo central representado por la relación entre la andadura de la ciencia jurídica y los intereses materiales que representa plasmados en los ordenamientos particulares en la Edad Media, tendencialmente nacionales a partir del Renacimiento, y fundamentalmente nacionales desde la Revolución Francesa con el subsiguiente fenómeno de la codificación. Que este proceder científico exija gran laboriosidad y gran finura es indudable, pero sólo así se podrá llegar a individualizar la presión de tantos elementos dispares (no sólo el derecho romano) sobre el quehacer de los juristas, la autonomía de su lógica, las exigencias de sistema.

Es este último punto sobre el que conviene que nos detengamos aunque sea brevemente, porque como dice Capogrossi Colognesi<sup>207</sup> no siempre resulta claro el problema de la relativa autonomía de un conjunto de procesos analíticos y construcciones intelectuales que ambicione asumir los perfiles de un sistema, y sobre todo de un sistema cuya coherencia viene dictada por cánones de racionalidad propios de toda construcción científica. Al respecto Capogrossi Colognesi cita un ejemplo concreto del mundo romanístico en el campo de los derechos reales<sup>208</sup>, y particularmente en la construcción de la categoría de los derechos reales sobre cosa ajena. Dada la importancia de la noción de *res*, y verosímelmente con la distinción precoz entre *res corporales* e *incorporales*, dado también la íntima y antigua relación entre la categoría de la posesión y el esquema de la propiedad, han sido particularmente incisivas y no todas positivas las consecuencias derivadas en la disciplina de las nuevas figuras de *iura in re aliena* y en particular las servidumbres prediales en la última época republicana. Una regulación muy concreta como fue la prohibición de usucapión de las servidumbres, deja entrever una situación muy compleja con grandes consecuencias prácticas que revela un principio coherente sobre el plano de la lógica interna de las instituciones, y al mismo tiempo evidencia las tensiones entre las razones llamadas dogmáticas a la base de un sistema coherente de reglas y su concreta aplicación práctica. De aquí la extraordinaria función reequilibradora del *ius honorarium* y las posteriores intervenciones autoritarias del *princeps*. Admitido que este ejemplo sea correcto, interesa subrayar que sólo una adecuada comprensión de las lógicas internas de la ciencia jurídica y de sus criterios operativos permitirá captar tanto los puntos en que su obra aparece en grado de satisfacer eficazmente las demandas sociales, cuanto el momento en que por el contrario se pueda individualizar una tensión entre un diseño de sistema y

---

207 En opinión de CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 10, que comparto.

208 Vid. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'invenzione dei diritti reali in diritto romano*, en *Dir. rom. e terzo millennio*, cit. 251 ss.



su concreta utilidad práctica. No siempre los bellos diseños son los mas prácticos, dice acertadamente el catedrático de “La Sapienza”; por eso se deben verificar caso por caso evitando una excesiva abstracción que acabaría por falsear la misma interpretación historiográfica, que conduce además a la artificialidad de una construcción cuya arquitectura postula reglas adaptadas a una interpretación que puede prescindir de la inmediata utilidad social de las soluciones de tal modo predeterminadas. Todavía una vez más, el modelo ofrecido por la experiencia jurídica romana es clarividente en virtud de un conjunto de correctivos externos que se plasman eficientemente en la interpretación equitativa del pretor.

Olvidando o minusvalorando tales aspectos se acabaría con perder la posibilidad de captar la voluntad consciente de inspirar la propia obra de los juristas en una lógica de carácter científico a la base de la historia de los juristas europeos desde sus orígenes romanos<sup>209</sup>. Esto no significa que la ciencia jurídica deba llegar por la misma naturaleza de su trabajo a una solución obligada del tipo que únicamente una regla fuese la “verdad científica” como ocurre en las ciencias de la naturaleza, y que desde este punto de vista constituya quizá la aporía mas importante de la dogmática construída por la Pandectística, sobre todo cuando se la toma como verdad absoluta abstracta minusvalorando su papel funcional y por ello mismo variable históricamente, porque hoy en día la esencial historicidad del derecho es un presupuesto admitido por todos. En derecho no hay reglas axiomáticas absolutas sino principios generales (los *tria iuris praecepta* del mundo romano, la teoría pura del derecho de Kelsen en el s. XX por citar dos ejemplos con muchos siglos de distancia entre ellos) , y por ello los márgenes de disenso, y en este sentido el *ius controversum* no es sólo un fenómeno romano sino que puede decirse mucho mas acentuado en nuestros días a pesar de la preponderancia del *ius scriptum* encarnado en la ley. Es por ello que las soluciones alternativas individualizadas por los juristas singulares se situaban en Roma dentro de los confines señalados por las exigencias de lógica interna del sistema. Estos confines –dice Capogrossi Cologensi- son los que definen el *ius controversum* como un sistema racional y controlable. De aquí la relativa limitación –y la consiguiente importancia- de las posibles soluciones alternativas; de aquí la lógica del debate y el carácter en parte traslaticio de las opciones asumidas por los *veteres*; pongo como ejemplo la famosa polémica sobre la *perpetuatio obligationis* tal como la situaron los *veteres* que aparece en D. 45,1,91,3 recogida por Paulo<sup>210</sup> que llega al art. 1183 de nuestro código civil, regla que sigue siendo discutida por romanistas y civilistas.

Tal amplitud de horizontes, un conjunto de investigaciones que quiera captar en su concreción histórica esta compleja andadura y que desde aspectos singulares y desde los múltiples temas problemáticos aspire a trazar una historia de la ciencia del derecho europeo (a su vez una nueva categoría conceptual apta para desentrañar el derecho promulgado desde las instancias superiores de la UE) concebida al modo que vengo predicando, sólo es posible con la colaboración de especialistas diversos. Sin ello no es sólo la reconstrucción desinteresada del historiador la que queda minimizada, sino también la comprensión de fenómenos de mayor amplitud latentes o subyacentes en el derecho europeo actual. Como botón de muestra altamente significativo es suficiente considerar que la afirmación del modelo de códigos y su circulación europea no habría sido posi-

---

209 Vid. las importantes contribuciones al respecto de CANNATA / G. GAMBARO, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 3ª ed. (Torino 1984), P. STEIN, *Roman Law in european History* (Cambridge 1999) y A. WATSON, *The evolution of western Private Law* (Baltimore-London 2001).

210 TORRENT, *Perpetuatio obligationis ¿ficción dogmática o procesal?* de próxima aparición en *Studi Franciosi; Culpa debitoris - imposibilidad sobrevenida - perpetuatio obligationis*, en *AFDUDC* 10 (2006) 1169 ss.

ble, o en todo caso hubiera llegado a resultados diversos, sin la gran obra exegética de los pandectistas del s. XIX trabajando sobre fuentes romanas<sup>211</sup>, modelo de códigos que pudo llevarse a cabo por el papel unificador de la ciencia jurídica permitiendo la refinada y consciente identificación de las singulares opciones normativas frente a las que se encontraba el legislador. Es precisamente este papel “culto” de la ciencia jurídica lo que explica la renovada centralidad del derecho romano que había sido siempre material de estudio privilegiado en la dimensión científica del derecho, confirmado sustancialmente por la misma matriz de los códigos del XVIII y XIX hoy en gran parte superados, que hace legítimo<sup>212</sup> el recurso al derecho romano como instrumento fundamental para la comprensión de la relatividad histórica de la experiencia construida sobre los códigos, o incluso su utilización como instrumento para la crítica del derecho positivo<sup>213</sup>. Todo esto nos debe llevar a reflexionar sobre el tipo de contribución que podamos dar los romanistas al nuevo *ius europaeum* que exigirá nuevos planteamientos de nuestra didáctica e investigaciones en el sumamente complejo contexto actual, porque si bien los códigos aparentemente pretendieron arrumbar el viejo sistema de derecho común de base romanística, y precisamente a la publicación de los códigos, y especialmente el BGB, los romanistas atribuyeron la “crisis” del derecho romano, hoy a principios del s. XXI me atrevería a decir que empieza a superarse la idea que los códigos supusieron una ruptura tajante (o destructora) con el pasado, o por decirlo en términos antagonistas de Savigny, una desactualización del derecho romano. Ejemplar al respecto es el código civil español de 1889 que sustancialmente no supuso una desactualización del derecho romano sino solamente la pérdida de vigencia de su aplicabilidad directa, del mismo modo que tampoco lo supuso la publicación del código civil italiano<sup>214</sup> de 1865 (tampoco el de 1942). Fueron precisamente los romanistas contemporáneos a la publicación de los códigos los que observando aquel fenómeno sentaron lo que llama Mantello<sup>215</sup> la necesaria justificación de la supremacía del derecho romano como elemento integrador sobre base científica mas allá de la violencia producida por las nuevas normativas nacionales, tesis a la que parecen retornar algunos romanistas actuales (Zimmermann, Valditara, Cannata) defensores de una cierta continuidad entre el Derecho romano y los ordenamientos vigentes.

En nuestros días el intento de formulación de la ciencia del derecho como fundamento del derecho europeo requiere previamente tener bien claras las cuestiones a plantear sobre el material estudiado que deberán permitir pasar de una mera descripción externa de los procesos formativos de la moderna experiencia jurídica, a un análisis en términos de estructura y de sistema. Como dice Capogrossi Colognesi, construcción y reconstrucción de grandes modelos y análisis de las coherencias lógicas, de las necesidades sistemáticas, junto a la identificación de las grandes posibles alternativas que se han planteado y que se ponen en opción de diversos sistemas organizativos de las relaciones jurídicas, es el posible objeto de un trabajo común de historiadores y positivistas en una perspectiva dirigida a defender la centralidad y la especificidad de nuestro saber en un contexto de cambios profundos. Operación tanto mas significativa en cuanto precisamente el cuadro normativo e institucional que viene delineándose en el ambi-

211 Paradójicamente sin realizar crítica histórica, y de ahí que su dogmática fuera excesivamente abstracta y su pretensión universalista evidentemente desmesurada.

212 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Dir. rom. dir. europei* 746.

213 TORRENT, *Der. rom. instrumento de crítica* 753-764.

214 Cfr. las agudas observaciones de TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, en *Index* 23 (1995) 159 ss.

215 MANTELLO, *Smanie* 12; *Il più perfetto codice civile moderno. A propósito di BGB, diritto romano e questione sociale in Italia*, en *SDHI* 57 (1966) 67 ss.

to de la UE puede hacernos imaginar un futuro muy distinto en el que parecen surgir no marginales tentaciones de reducir, y hasta incluso olvidar, lo que algunos eurócratas (y algunos políticos) consideran entorpecedor bagaje de nuestra ciencia y hasta de los propios juristas apegados a su ciencia.

A mi modo de ver aún no se ha captado en profundidad el sentido que tiene el actual derecho europeo y mucho menos la lógica de su sistema interno, lo que se debe probablemente a los acelerados procesos de integración económica, financiera, y a la misma globalización que ha generado un crecimiento asombroso de legislación transnacional europea que tiende a imponerse como derecho uniforme. Indudablemente se está perfilando -o se intenta perfilar denodadamente- una aspiración a poner de relieve una propia identidad europea a cuya base se defiende una común cultura jurídica<sup>216</sup> que debe estar a la raíz del nuevo derecho europeo, lo que ya en sí mismo exige en los juristas de cada Estado miembro la valoración de este impacto sobre los derechos nacionales<sup>217</sup>. Ya he dicho anteriormente que estamos viviendo una época de vulgarismo jurídico, y se ha afirmado con razón<sup>218</sup> que esta transnacionalidad del Derecho europeo se presenta vacío de contenido concreto, o bien como un cómodo biombo para esconder sin ulteriores profundizaciones contenidos y métodos diversos y divergentes que se advierte especialmente en materias civilísticas, no tanto en la *lex mercatoria* que se va imponiendo por la exigencia de rapidez y seguridad que requieren sus transacciones, que en gran parte está gobernada por reglas consuetudinarias y legales admitidas desde la práctica, incluso con anterioridad a los tratados fundacionales de la UE (piénsese en la Ley Uniforme de Ginebra de 1930 sobre la letra de cambio o en las Norwegian Rules of Sale sobre la venta y construcción de buques). Las profundas transformaciones que la misma naturaleza de los ordenamientos nacionales está sufriendo bajo la presión de múltiples factores a los que me he referido quizá de modo excesivamente sumario, de hecho podrían contribuir a afirmar nuevas lógicas caracterizadas por una muy corta visión de los juristas obligados a volar en vuelo raso presionados por un empirismo cotidiano hecho de reglas y providencias ajeno a cualquier teoría, y cuya racionalización pueda después inevitablemente devenir competencia exclusiva de jueces y tribunales<sup>219</sup>; por supuesto que esto es inevitable para lograr un mínimo de seguridad jurídica, pero sin la labor que debe hacerse en la Universidad de desvelar los principios de cultura jurídica europea común también los jueces se verían desasistidos de unas bases racionales que permitiera a la administración de justicia ir ahorrando sus sentencias sobre dichas bases con la aspiración de lograr un Derecho europeo uniforme, cosa que hoy por hoy no se logra en las sentencias de los tribunales nacionales, y sí de alguna manera en las sentencias de la Corte europea.

## 1. La ciencia del derecho fundamento del derecho europeo.

Una creciente impaciencia de aquellos que atacan a los juristas por lentos y sofisticados se capta a veces en sociedades dominadas por la actual aceleración y standarización de los procesos sociales, a lo que hay que añadir la idea reemergente de la inutilidad del jurista que es sustituible por buenas normas de simple aplicación. Hoy en efecto nos encontramos frente a un derecho europeo en formación que conocerá diversas situaciones según el peso de las fuerzas contendientes, los modelos de referencia y el posible

216 Sintomático al respecto LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europ. Rechtskultur*, cit.; WALDSTEIN, *Das röm. Recht als Grundlage für die europ. Rechtskultur*, 39 ss.; *Teoria generale del diritto. Dall'Antiquità ad oggi* (Roma 2000) 53 ss.

217 MANNINO, *Premessa*, en *Strutture e forma di tutela contrattuale* IX ss.

218 L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, en *Diritto e Società* (2004) 54.

219 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 12.

diverso papel de los protagonistas, entre los que hay que contar el saber universitario. Y sin embargo la inintegridad actual del derecho europeo plasmado en las Directivas (y su transposición a los derechos nacionales), Reglamentos, Recomendaciones de la Comisión Europea que parece prescindir de una fundamentación científica, puede encontrar solución por todo lo que representan los “principios comunes a los derechos de los Estados miembros”, tal como enuncia el art. 288 del Tratado de Roma, y la búsqueda de estos “principios comunes” a los que apela el Tribunal de Justicia de la UE no es otra cosa ni puede ser otra cosa que tarea de la ciencia del derecho que tanta carga histórica tiene tras de sí, y que tanta trascendencia debe ocupar en el movimiento hacia la consecución de la unificación o armonización jurídica en el ámbito europeo, que de ninguna manera permite alejar a los juristas de la búsqueda y purificación de estos principios comunes en cuya aclaración es claramente insuficiente la dogmática de la Pandectística con el plus atribuido a la sistemática sobre la historia<sup>220</sup> originando una tendencia rígidamente racionalista<sup>221</sup> criticada en su momento por Jhering<sup>222</sup>, que huía de la idea de reducir la Jurisprudencia a una especie de matemática del Derecho<sup>223</sup> al señalar gráficamente “Das Leben ist nich der Begriffe, sondern die Begriffe sind des Leben wegen da” (la vida no es para los conceptos, sino éstos para aquélla).

Como muy bien señala Capogrossi Colognesi es tarea de nuestra tradición científica que un conocimiento histórico esté en grado de dar sentido a la construcción de grandes sistemas y categorías generales, explicando cuanto haya de erróneo y peligroso y cuanto del sistema de racionalidad y garantías con que se ha venido construyendo la cultura jurídica europea con la que se identifica en gran parte. También hay que tener en cuenta que todo esto puede ser atacado en sus fundamentos por procesos como los que estamos viviendo. Es nuestra tarea contraponer a estas hipótesis de derecho europeo un modelo diverso construido con materiales del pasado, pero a través de un fecundo proceso de abstracción proyectado sobre el presente, planteando los interrogativos adecuados para aclararnos nosotros mismos en términos racionales las opciones que nos impone, opciones por otra parte dejadas a oscuros procesos sustraídos a un efectivo control social que si era posible en la sociedad romana por aquel *ius civile* (*ius controversum*) que al decir de Pomponio era *quod sine scripto in sola prudentium interpretatio consistit*<sup>224</sup>, hoy parece imposible en las sociedades modernas. Desde este punto de vista no me cabe duda que el derecho romano suministra un potente instrumento de crítica para el caótico y poco científico derecho positivo que estamos viviendo ¿o sufriendo? en la época de vulgarismo jurídico (en el sentido que da a este término la ciencia romanística) que estamos atravesando<sup>225</sup>.

La tarea que se abre a los científicos del derecho de nuestro tiempo (romanistas, historiadores, comparativistas, positivistas) ha de encaminarse a dar consistencia documentada y a fundar sobre la realidad una historia que debemos recuperar, desentrañando la conciencia de lo que de un modo íntimo y estructural está a la base de esos principios comunes que sostienen la experiencia jurídica de los países europeos aún contando con la especificidad de sus concretas experiencias históricas. Si sólo nos detuvié-

220 Hay que reconocer que Savigny y la Escuela Histórica alemana sostenían postulados de un cierto reequilibrio entre sistemática e historia; vid. R. ORESTANO, *Introduzione*, 239 ss.

221 K. LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin-Göttingen-Heidelberg 1960); cito según la trad. ital. *Storia del metodo nella scienza giuridica* (Milano 1966) 21 nt. 5.

222 R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, III (Leipzig 1888) 321.

223 Vid. MANNINO, *Consideraz.* 373.

224 Vid. TALAMANCA, *Il Corpus iuris* 31 ss.

225 TORRENT, *Der. rom. instrumento de crítica* 755.

ramos aisladamente en cada uno de los ordenamientos nacionales la tarea a realizar sería simple derecho comparado, y si bien el fin último de todo comparativista es tratar de alcanzar una cierta uniformidad de los derechos estudiados<sup>226</sup>, la tarea que se debe plantear el estudioso actual no debe reducirse meramente al estudio de los particulares derechos europeos, sino el núcleo vital de la cultura jurídica común. Traído este planteamiento científico al ámbito universitario, exigirá indudablemente una amplia renovación didáctica con necesarias nuevas líneas de investigación que permitirá no sólo un mejor conocimiento de las raíces de nuestro derecho y de lo que ha sido históricamente (en gran medida el derecho no es lo que “es”, sino lo que “ha sido”), sino también para poner en evidencia desde una perspectiva científica la posible andadura unificadora del derecho europeo.

Este intento por otra parte tampoco es nuevo, porque dentro de otros contextos hacia esto se dirigía hace doscientos años el poderoso esfuerzo de Savigny con su *System der heutigen römischen Rechts*, que sobre materiales romanos imaginó una ciencia jurídica apta para dar respuesta eficiente a los problemas de su tiempo reafirmando la centralidad de la ciencia jurídica europea como instrumento de mediación social en el cuadro de las transformaciones revolucionarias de principios del XIX. Hoy no se trata de retomar pasivamente e intentar repetir lo que se hizo entonces que obviamente pertenece a la historia, ni volver a una “idealización” del derecho romano al modo de Savigny; lo que importa en estos momentos es tener en cuenta que desde el s. XVIII arraigó en Europa la convicción de sus fundamentos comunes greco-romanos, y en un momento histórico no menos agitado que los actuales hay que pensar que fue posible<sup>227</sup> la construcción de una ciencia del derecho que no significó exclusivamente el monopolio de una clase de especialistas (los romanistas), enrocados en defensa de la centralidad y universalidad de un saber universitario que a la vez funcionó como factor insustituible para un proyecto de racionalización de la misma multiplicidad de experiencias jurídicas concretas, algo en lo que ya había insistido Max Weber<sup>228</sup> al hablar de los procesos de racionalización social constituidos por el derecho y su correlativa ciencia como aportación fundamental de la cultura europea, cuya génesis, lejana en el tiempo, hunde sus raíces en Roma y se desarrolla sin solución de continuidad en el renacimiento jurídico medieval y en la Edad Moderna. Tiene toda la razón Capogrossi Colognesi al señalar que son por tanto razones culturales y políticas las que están unidas a la base de aquel recorrido que en modo relativamente unitario ha llevado a la formulación de los grandes sistemas que hoy debemos recuperar, precisamente porque todavía más que su conocimiento empírico o dirigido a garantizar la laudable pero insuficiente fidelidad a estos sistemas hoy derogados o en trance de serlo, constituyen el más eficaz patrimonio cognoscitivo y la más elemental pero segura instrumentación de la que disponemos los juristas para navegar por mares nuevos y bastante desconocidos.

Ante la evidencia que la situación que vivimos es complicada y de algún modo desconcertante, acierta Capogrossi Colognesi al poner de relieve que los fenómenos materiales, económicos y sociales de principios del s. XXI son bastante más complejos de los que condicionaban las sociedades liberales del XIX que también estaban dominadas por un análogo sentimiento de las grandes rupturas que se estaban produciendo, y considera legítimo preguntarse si la figura del jurista tal como ha sido delineada en un contexto que recorre la Antigüedad clásica y la Europa medieval y moderna forma parte de una historia que se ha cerrado, o si todavía tenga sentido la que ha sido su función

226 TORRENT, *Der. pub.* 39.

227 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 13.

228 M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie*, 5ª ed. (Tübingen 1972) 396-397; 505.

esencial: su constante esfuerzo incluso en condiciones históricas radicalmente diversas de seguir la desordenada totalidad de los fenómenos jurídicos de su tiempo para clasificarlos y organizarlos con la finalidad de llegar a la construcción de grandes paradigmas reconducibles a sistemas coherentes, a su vez utilizados para interpretar, formar y modificar la realidad empírica.

No sabemos si el camino recorrido pueda ser válido para el futuro. Yo entiendo que sí, y en los agitados momentos que vivimos en España de anunciadas reformas universitarias podemos razonablemente preguntarnos si el derecho como ciencia pueda ser todavía un objetivo a perseguir, teniendo en cuenta que constituyó una específica manifestación de aquella ciencia racional que añadió un plus importantísimo en la construcción europea de la modernidad a partir del s. XVI suministrando los instrumentos para un proceso que ha cambiado para siempre el mundo.

Las perspectivas que he venido discutiendo conducen a plantear algunos problemas de fondo que trascienden el destino de las disciplinas histórico-jurídicas (derecho romano, canónico, historia del derecho) y su significado actual en nuestras Facultades, para dilucidar su misma naturaleza y su futuro. Según Capogrossi Colognesi<sup>229</sup> sólo con la conciencia de las complejas dimensiones de los fenómenos evocados se podrán afrontar los problemas planteados por la profunda transformación que están sufriendo nuestros saberes. Imaginémosnos ante todo una reflexión científica capaz de elaborar nuevos materiales didácticos a caballo entre la búsqueda historiográfica y la elaboración de un proyecto de deber ser proyectado al futuro, porque ésta es la naturaleza del derecho europeo en formación que dependerá de muchos factores, pero uno fundamental sin duda es el saber universitario, necesario tanto para reforzar los aspectos de continuidad cuanto para mostrar las necesarias rupturas que los procesos actuales comportan con las formas pasadas y con la misma tradición científica de la que son depositarias nuestras Facultades. Por eso la construcción del derecho europeo debe ser tarea de romanistas, historiadores y positivistas, lo que ante todo lleva a abrir un diálogo con los últimos rompiendo el carácter estanco de cada una de nuestras parcelas evitando caer en una situación de vasallaje científico que recaería en la superada visión código-céntrica, diálogo basado en que la experiencia jurídica de la Antigüedad latina puede valer como lección de método usado refinadamente por los juristas romanos en modo casuístico y conceptual a la vez<sup>230</sup>, porque como dice Talamanca<sup>231</sup> los romanistas somos, o deberemos ser, la conciencia crítica –por histórica- de un modo de vivir el derecho en el que el jurista mantiene como signo visible de la continuidad una posición central no obstante la presencia del legislador, cuyo operar puede tener efectos devastadores, pero que puede ser si no removido, sí contenido.

Para acabar mi estudio llevaré los razonamientos expuestos a un terreno político en cuanto entiendo que esa pérdida del derecho romano y de la historia jurídica intermedia y moderna no significa o no sólo significa un empobrecimiento de la dimensión meramente cultural de la organización social, sino que en mi opinión –de acuerdo con Capogrossi Colognesi- de este modo se pierde una preciosa clave de lectura del presente; sin una perspectiva temporal paradójicamente se corre el riesgo de perder no tanto la capacidad de comprensión del pasado, sino un instrumento indispensable para captar las líneas directrices de los proyectos actuales; y no me refiero a la *historia magistra vitae*, sino a un aspecto más sutil y menos evidente. Asumiendo el presente en términos acrílicos como única clave de lectura de la realidad, y por ello mismo aislán-

---

229 CAPOGROSSI COLOGNESI, *Insegnamenti* 13.

230 TALAMANCA, *Rel. conclusiva* 377 ss.

231 TALAMANCA, *Rel. conclusiva* 356.

dolo de sus bases históricas, lo elevamos a términos absolutos perdiendo la capacidad de comprenderlo críticamente para convertirnos en prisioneros del propio presente. Ya he tenido ocasión de referirme a la rapidísima acumulación aparentemente desordenada de un conjunto de fenómenos que ante todo, sobre el plano cualitativo, están transformando radicalmente no solo nuestros sistemas jurídicos, sino la naturaleza misma del derecho. Considero que solo mediante una comprensión de los caracteres profundos de los fenómenos sociales que en la experiencia romana y de la Europa moderna han sido aislados en un sistema unitario como “derecho”, podemos entender no solo lo que está cambiando irreversiblemente en la esfera jurídica, sino también intentar incidir sobre estos mismos procesos<sup>232</sup>.

No parece útil reproponer modelos pasados hoy inadecuados a la vida actual, pero su conocimiento puntual como mínimo me parece condición necesaria para el análisis de las transformaciones en curso y para la plena valoración de los problemas que generan. En este sentido los planes de estudio de las Facultades de derecho deben contar con estas enseñanzas si realmente queremos formar juristas libres con pensamiento crítico ¿o es que los poderes públicos no quieren juristas críticos sino complacientes con las coyunturales normas del momento presente? Este es realmente el problema crucial, y después del rechazo a la llamada Constitución europea se hacen mas lacerantes los puntos interrogativos propuestos por Mantello<sup>233</sup>: ¿De qué Europa hablamos? ¿De una Europa entendida no en abstracto sino individualizada concretamente como Europa de los mercaderes, o una Europa de los pueblos? ¿De una Europa de las grandes concentraciones industriales y *lobbies* de negocios, o de una Europa de las grandes reagregaciones sociales, de la solidaridad interna y externa sobre la base de valores cualitativamente mas altos que la ciega lógica de mercado que todo avasalla? ¿Debemos contentarnos con un “jurista europeo” orgulloso de su espíritu tecnocrático<sup>234</sup> de base romanística, pero sordo a aquellas últimas implicaciones? ¿En qué tipo de Europa estamos interesados para nuestra “europeización”? Cada una de estas preguntas pueden tener distintas respuestas, especialmente desde ámbitos políticos, también jurídicos, pero lo que sí está claro es que será en las Universidades donde pueda suministrarse una dimensión científica a todos estos problemas.

La unificación o armonización del derecho europeo no podrá avanzar si no se plantea desde la ciencia jurídica. ¿Podrá llegarse a la armonización simplemente por la obra de un legislador, tal como estamos acostumbrados a partir del XIX? Entiendo que no. Tiene razón Talamanca<sup>235</sup> al decir que es inútil proyectar una armonización del derecho que no sea o al menos no implique una unificación de los modos de pensar el derecho, y los modos de pensar el derecho no se se unifican ni armonizan mediante la intervención de órganos legislativos. La armonización —en caso de ser posible— solo puede conseguirse al nivel cultural de la ciencia del derecho.

---

232 Intento que está a la base de todos los estudios romanísticos sobre el tema.

233 MANTELLO, *Smanie* 27.

234 Yo suprimiría este adjetivo sustituyéndolo por “científico”.

235 TALAMANCA, *I giuristi fra giuristi e legge* 16.