

DERECHO ROMANO Y DOGMÁTICA

*Todos los juristas son siempre contemporáneos... Las generaciones de juristas no se suceden verdaderamente; coexisten en la memoria colectiva de la comunidad**

He de comenzar con una confesión: el tema, en una primera aproximación, se me figura irremediablemente político. Leyendo el programa de las jornadas, y más aún al leer la Memoria remitida por la organización para que nos sirva de referencia, esta primera impresión se agudiza mucho más todavía. Y convencido como estoy de que los temas políticos los deciden los propios políticos, con el asesoramiento técnico «de encargo» tendente a vestir y legitimar casi cualquier decisión que adopten, pero en definitiva con libertad suma, no tengo más que prevenciones al afrontar la tarea de decir algo sobre derecho romano y dogmática desde una posición de independencia. Independencia porque no querría, aunque en el fondo será inevitable, que mi reflexión se viera demasiado condicionada por factores políticos. Prevenciones porque no se me oculta que, inevitablemente también, los factores políticos no sólo están presentes en el plano estricto de las decisiones políticas, sino que tienen la mala costumbre de irrumpir también allí donde su presencia es más inoportuna y donde menos ayudan a legitimar un discurso, como sucede en el plano de la discusión académica. Así pues, siendo consciente de todo esto, debo admitir que mi exposición, aunque aspire a una cierta independencia, tendrá su fatal lastre político.

Y ese lastre se pone de manifiesto ya desde la primera pregunta que se me viene a la cabeza: ¿derecho romano y dogmática por qué?; o sea, ¿cuál es la situación o la coyuntura que nos hace sentir la necesidad de regresar a tan viejo problema? La respuesta a esta cuestión, por lo menos una parte de ella, está naturalmente servida por el proceso de reforma universitaria a gran escala iniciado con la declaración de Bolonia. La renovación estructural de las ense-

* Ch. Atias, *Contra arbitrariedad, teoría*, Madrid, 1988, pp. 231 y ss.

ñanzas y la redefinición de sus objetivos¹ va a traer consigo una reorganización de métodos y de contenidos cuyas consecuencias, por lo que afecta a las materias iushistóricas, pueden llegar a ser bastante drásticas (seguro que los políticos y sus asesores ya están trabajando en ello). Y como esto nos crea inquietud, tratamos de fijar posiciones y de hacer oír nuestra voz para ir asegurándonos, si ello fuera posible, un lugar digno bajo el sol. De manera que la incertidumbre —o si se prefiere la incógnita— que encerraba aquella pregunta inicial, tan amplia, parece que debe verterse a un molde más ajustado, que supongo puede ser éste: ¿cuál es el perfil sustantivo que podemos dar al enunciado derecho romano y dogmática en orden a resaltar el valor de un tema tal y su necesidad para la formación de los estudiantes de derecho europeos *post Boloniam*, contribuyendo así a que nuestra materia no experimente un retroceso académico demasiado importante?²

Presumiblemente, otra parte sustancial de la respuesta debería derivarse del rótulo comprensivo bajo el que los organizadores de nuestro Seminario han colocado las tres intervenciones del día de hoy: la fragilidad del jurista y sus necesidades teóricas. En la Memoria se recuerdan fenómenos de tanta actualidad como el replantea-

¹ Destaco algunas ideas que me parecen significativas, ya que, según la Memoria que se nos ha distribuido, de ellas emerge la imagen prototípica del jurista europeo a cuya forja deberían contribuir las materias históricas: el diseño de construir una universidad eficiente y competitiva a nivel mundial; la tendencia creciente a configurar la academia como una empresa de servicios; el propósito de generar una competitividad real entre las universidades europeas, lo que pasa por ofrecer productos equiparables a fin de que las reglas del mercado y de la libre concurrencia puedan aplicarse con transparencia y eficiencia al mundo académico. Supongo que la coherencia con estos planteamientos hará que en un futuro próximo nos parezcan normales los procesos de quiebra y liquidación de universidades, las fusiones y absorciones de estas empresas de servicios, ya sean amistosas u hostiles, las regulaciones de empleo motivadas por los más heterogéneos avatares académico-empresariales, etc., etc.

² También en Italia el temor a la marginación académica se encuentra en la raíz de muchas de las propuestas de renovación y relanzamiento del derecho romano: vid., por ejemplo, M. Marrone, «In difesa della sincronia», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 18 (1990) pp. 20 y s.; L. Capogrossi Colognesi, «Riflessioni su “i fondamenti del diritto europeo”: una occasione da non spreccare», en *Lura* 51 (2000) pp. 4 y ss.

miento de las fuentes del derecho y la devaluación de la ley; el cambio continuo, caracterizado por el creciente casuismo, y la resultante dificultad de elaborar una teoría general; incluso, el multiculturalismo implícito en la integración en Europa de estados ajenos a nuestra tradición cultural. Se intuye con facilidad que del tema derecho romano y dogmática se espera alguna solución a estos problemas; y también se adivina el estímulo de buscar una solución que pase por el fortalecimiento de una formación teórica que, hundiendo sus raíces en la historia, pueda resistir mejor los embates de aquellas contingencias. Sin embargo, la respuesta —quiero decir: mi respuesta— no puede ignorar el factor primero y principal de la fragilidad del jurista, a saber, su acentuada dependencia respecto del poder político y los poderes económicos, factor vagamente aludido en la Memoria pero determinante por encima de cualquier otro. *Contra arbitrariedad, teoría*, es el título de un libro famoso de hace unos veinte años cuya tesis, la que enuncia el propio título, convendría revisar a la vista de algunas recientes intervenciones del legislador español que desbordan cualquier marco teórico-dogmático de los disponibles y respecto de las cuales la historia jurídica nada dice ni tiene que decir.

Acaso se me pueda reprochar que he decidido embarcarme en una reflexión típicamente deconstructiva y nada más. Algo lejanamente parecido a lo que hace Alessandro Somma en un ensayo que he leído recientemente y que, debo reconocerlo, me ha proporcionado muy poca satisfacción y no me ha deparado apenas beneficio³. Pero si Somma parece haber olvidado que la deconstrucción de un discurso se hace siempre desde otro discurso, que a su vez puede ser sometido al mismo proceso, yo no quiero caer en el error, que él ha cometido, de silenciar las bases del mío. De manera que me apresuro a aclarar que lo poco que he dicho hasta este momento es

³ A. Somma, «Da Roma a Washington», en P.G. Monateri, T. Giaro y A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005, pp. 169-239. Lo que hace Somma en este trabajo es denunciar las connotaciones ideológicas de los numerosos discursos en torno al derecho romano que se han ido sucediendo a lo largo de la historia: «documentare un'innequivocabile propensione dei cultori del diritto, maldestramente celata dietro le loro professioni di fede: fare cose —le più disparate— con il diritto romano» (p. 170); de Somma rescato solamente una idea a la que luego me referiré (vid. *infra*, nt. 9).

fruto, en primer lugar, de la incomodidad que siempre me causa el tener que ocuparme de debates invariablemente revisionistas, debates que nos vienen impuestos y además desde fuera de nuestra disciplina; y en segundo lugar, de la necesidad de ir tanteando para definir un punto de partida y una base en la que pueda apoyar mi reflexión.

Pero, decía, la cuestión se refiere al valor formativo actual del tema derecho romano y dogmática. Valor formativo, enseñanza, luego pareciera que no debo referirme sino muy de pasada a las discusiones que aquel enunciado suscita en el campo de la investigación. Ahora bien, ¿cómo evitar ocuparme de estos debates? Y no sólo por lo acertado de la idea que defiende la unidad íntima y necesaria de investigación y docencia, sino también por el influjo que algunas de las modas de investigación más en boga podrían acabar ejerciendo sobre los planteamientos formativos por los que nos queremos interrogar: me refiero, como es patente, al llamado neopandectismo y al comparatismo en perspectiva histórica. Sólo con mencionar estos dos nombres, o estas etiquetas, la amenaza de los factores políticos vuelve a la escena con fuerza incontenible. Pero no voy a entrar de inmediato en esta selva —o en este jardín: depende del punto de vista—⁴, sino que prefiero limitarme por el momento a expresar mi convicción de que si las dos mencionadas tendencias carecen aún, que yo sepa, de una conexión explícita con el proceso de Bolonia, sin duda la llegarán a tener (es probable que haya también alguien que este trabajando en estos momentos sobre ello); y en cualquier caso a reconocer que, en su calidad de propuestas más novedosas en lo que respecta a derecho romano y dogmática, es obligado preguntarse por su significado en el marco de aquel proceso.

⁴ He expuesto algunas consideraciones sobre estas dos tendencias de la moderna investigación en F. Cuena Boy, «El derecho romano entre el deseo y la realidad. Una reflexión crítica sobre la contribución de la doctrina romanística a la construcción del nuevo derecho común europeo (y extraeuropeo)», en *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*, Barcelona, 2006, pp. 269 y ss. Es muy interesante señalar que ya en los primeros años setenta del pasado siglo se hablaba de «neopandectística»: lo hacía, avanzando una crítica certera, G. Diódsi, «Conversazioni sul metodo», en *Labeo* 19 (1973) pp. 57 y ss.; cfr. también Id., *Contract in Roman Law*, Budapest, 1981, p. 144 y nt. 278.

Porque hablamos, claro, de la posible aportación de la historia a «la formación del jurista europeo». Un jurista con «capacitación europea» y de «perfil versátil», como en la Memoria se dice, y cuya formación, por lo tanto, se desea funcional al nuevo derecho europeo cuya futura existencia se da más o menos por segura, aunque para llegar a él se defiendan, desde posiciones distintas, vías muy diferentes. Ahora bien, si es verdad esto que digo, ¿cómo podríamos plantear el tema de la dogmática en relación con un derecho que evidentemente se desea, pero que no existe todavía?⁵ ¿en relación con un derecho del que aún no podemos saber con certeza si será unitario, uniforme o solamente armonizado, ni incluso si será un derecho codificado o más bien de textura judicial y casuística? En este punto, sin desdeñar la advertencia sobre el carácter sustancialmente conservador de la dogmática jurídica, «que siempre intenta mantener todo desarrollo nuevo en los límites conceptuales de lo que ha sido contemplado con anterioridad»⁶, podemos intentar la huida de tanta incertidumbre volviendo la atención hacia el otro término de nuestro enunciado inicial: el derecho romano.

Tengo ahora ante mí una entidad más real, más precisa, menos evanescente, pero esto no impide que las preguntas sigan agolpándose frenéticamente en mi cabeza. Preguntas indispensables como por ejemplo la siguiente: ¿cuál es el derecho romano del que querríamos hablar?; si del de una época determinada, ¿cuál es la que deberíamos elegir en vista del objetivo que nos hemos propuesto alcanzar? La demanda se debe, obviamente, a que la romanística ha invertido mucho tiempo y esfuerzo, acaso demasiado, en distinguir un derecho romano clásico, cuya misma denominación denota excelencia y ejemplaridad, de un derecho postclásico y justiniano cuyas virtudes no se ponderan de la misma forma. Por otro lado, y puesto que el tema es también la dogmática, ¿se supone que nos debemos limitar al derecho privado? Ello no sólo en razón de la privilegiada importancia reconocida desde siempre a este sector de la

⁵ «[La] dogmática supone un derecho válido, el cual rige y subsiste *ex auctoritate*, pues nadie estudia dogmáticamente un derecho en cuya autoridad no cree»: P. Koschaker, *Europa y el derecho romano*, trad. de J. Santa Cruz Teijeiro, Madrid, 1955, p. 476.

⁶ Apreciación de un civilista sobre el derecho en el momento legislativo que yo transfiero a la dogmática: vid. A.M. López y López, *Enseñanzas del jurista solitario*, Valencia, 2005, p. 141.

experiencia jurídica romana, sino también por la conexión mucho más lábil que existe —si puede afirmarse tal cosa— entre la experiencia constitucional y administrativa romana y los derechos públicos de base estatal que conocemos en la actualidad⁷, por no hablar del derecho público supraestatal a cuyo largo y trabajoso alumbramiento venimos asistiendo «los europeos» un poco desde lejos, con interés sólo algo mayor que el protagonismo que se nos ha otorgado hasta el momento en el proceso. Finalmente, ¿qué contenido formativo podría idearse para la exigencia dogmática que no signifique una resignación excesiva de la paralela exigencia histórica a la que inexcusablemente debe atender también la enseñanza del derecho romano?

Por lo que respecta a la selección de una determinada etapa de la experiencia jurídica romana, me limito a señalar mi creciente escepticismo frente a la costumbre inveterada de privilegiar el derecho del Principado (con el añadido, si se quiere, del siglo final de la República) presentándolo como el derecho romano «clásico» por

⁷ Conviene, no obstante, dejar constancia de la dedicación de un grupo de romanistas españoles, encabezados por el profesor Antonio Fernández de Buján, a la reconstrucción histórico-dogmática del derecho administrativo romano, esfuerzo emprendidos bajo el presupuesto —que lo es— de que «el ordenamiento jurídico contemporáneo... en buena medida es tributario de instituciones, hechos y actividad de orden administrativo que fueron conocidos y regulados en el ámbito estatal, provincial y municipal de la comunidad política romana»; de la existencia, por tanto, de «continuidad histórica e interdependencia» también en el campo del derecho administrativo, por lo que puede presumirse que «la conexión entre el derecho administrativo romano y el vigente existe, aunque no haya sido estudiada debidamente», y que «es superior la influencia ejercida por el derecho romano en el desarrollo y en la evolución del derecho administrativo moderno, y en el derecho público en general, que la que ha sido reconocida por la actual doctrina administrativa»; vid. A. Fernández de Buján, *Derecho público romano* (8.^a edic.), Madrid, 2005, pp. 213-217; Id., «Perspectivas de estudio en temática de derecho administrativo romano, surgidas a tenor del pensamiento y de la obra de Giambattista Impalomeni», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 26 (1998) pp. 467-470; mis reservas al respecto en F. Cuenca Boy, «A propósito de “derecho administrativo romano”», en *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»* 98-99 (1994-1995 [2000]) pp. 750 y ss.; puede verse también F. Casavola, «Diritto romano e diritto europeo», en *Labeo* 40 (1994) p. 165.

excelencia. No seré yo quien niegue los formidables rendimientos que esta operación ha tenido si se trata de medirlos en términos de estudio y reconstrucción histórica del derecho privado romano. Sin embargo, la adjetivación de clásico que se reserva para el ordenamiento de un momento histórico determinado⁸, y más la imagen prescriptiva que de ella parece desprenderse, me parecen hoy por hoy inconvenientes, no sólo desde el punto de vista del conocimiento puramente histórico de la experiencia jurídica romana en su conjunto, sino acaso también desde el punto de vista, que aquí debe ser el prevalente, de lo que podría ofrecerse para la dogmática jurídica desde el campo del derecho romano, si todo debiera provenir de un derecho «clásico» con la pretensión —no suya, sino de los apóstoles y abogados de la idea— de ver unánimemente reconocido su presunto valor de paradigma indiscutible. Puedo, sí, aceptar la idea general de lo clásico, menos en derecho que en música o en literatura, pero no con ningún valor prescriptivo sino sólo con el sentido de su latente inagotabilidad, de su disponibilidad para la forja de nuevas ideas, y esto siempre en virtud de una decisión libre y contando siempre con el interés que nos mueve en cada momento a intentar de alguna forma su renacimiento⁹. Diría pues, como rema-

⁸ Comparto a este respecto las observaciones de M. Talamanca, «Il diritto nelle epoche postclassiche», en *Collatio iuris Romani, Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire II*, Amsterdam, 1995, pp. 535 y ss., y M. Bretonne, «Il "classico": come intenderlo?», en Id., *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari, 1999, pp. 188 y ss., sobre lo inadecuado de calificar como «clásico» el derecho como norma u ordenamiento; a lo sumo, esa calificación se podría aplicar como criterio estilístico a la jurisprudencia y la literatura jurídica producida por ella. Por mi parte, con intención conscientemente provocadora, me atrevo a plantear esta cuestión: cuando se parte del postulado de la historicidad esencial del derecho y de la concepción de éste como experiencia jurídica, ¿no implica de algún modo la calificación de clásico aplicada al derecho de un cierto momento histórico un juicio holístico que envuelve la acreditación también como clásico del conjunto social, político, económico, cultural, etc. correspondiente?

⁹ Cfr. R. Brague, *Europa, la vía romana*, Madrid, 1995, pp. 80 y s.; sobre la relación de la cultura europea con el pasado, observa este autor lo siguiente: «la historización del pasado es el hecho de que se conserva el pasado, ya no porque es bello o pertinente o lo que se quiera —cosa que equivale a decir que es actual—, sino por la mera razón de que es pasado

te de este punto, que el derecho romano a considerar, liberado de toda intención prescriptiva (criptoiusnaturalista en opinión de más de uno) que puede dificultar su aceptación, no puede ser más que aquel que sin aposiciones valorativas de ningún tipo llamamos derecho romano histórico, o sea, el de la experiencia jurídica romana en su conjunto.

En cuanto a la pregunta de si sería conveniente concentrar nuestro interés en el sector del derecho privado romano, por las razones antes señaladas, respondo que ninguna novedad habría en hacerlo así; por lo menos en España, donde —de forma generalizada, aunque con fatal inconsecuencia programática— el núcleo de la docencia que se ha venido practicando hasta ahora consta de un solo curso de instituciones de derecho privado (con neto predominio del «clásico», por cierto)¹⁰. La justificación de este proceder suele hacerse coincidir con el carácter propedéutico de la asignatura, dependiente, por un lado, de una colocación precisa en el primer año de

y, por tanto, “interesante”» (*ibid.*, p. 79); también de importancia me parece esta otra constatación: «la referencia clásica no es ya consabida para el público, incluso culto (...) hasta en el interior de los medios especializados en los estudios llamados “clásicos”, la idea misma de que ciertos textos puedan tener un valor “clásico” ha retrocedido, en beneficio de la objetividad, real o presunta, de una mirada puramente histórica» (*ibid.*, p. 128). El mismo Bretone, «Il “classico”...», p. 193, concluye su reflexión sobre lo clásico con la negación de que la jurisprudencia romana pueda recuperar para nuestro tiempo la fuerza de un paradigma; y Somma, «Da Roma...», p. 199, nos recuerda que, tras la codificación, el estudio de las alteraciones introducidas en los textos clásicos por los compiladores justinianos se convirtió en el horizonte necesario y suficiente de una fase histórica caracterizada por la inadecuación formal y sustancial de los discursos habituales en torno al derecho romano para aportar soluciones válidas a las demandas económicas y sociales de la época.

¹⁰ No empaña esta afirmación la regular presencia en los programas de la asignatura de unas pocas lecciones iniciales dedicadas a la historia y las fuentes del derecho romano, seguidas de algunas menos con las que se intenta llenar la exigencia legal de exponer la recepción del derecho romano en Europa; la utilidad de unas y otras desde el punto de vista de la dogmática es, mucho me temo, nula. Sobre la limitada eficacia formativa de la enseñanza del derecho romano, concebida de esta forma, vid. ya A. Burdese, «Sull'insegnamento romanistico in Spagna, in Italia e in Germania», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 55 (1989) pp. 439 y s.

los estudios, y por otro, de su presentación organizada a grandes rasgos según las líneas sistemáticas del derecho civil vigente. A mi modo de ver, en este planteamiento organizativo subyace una concepción que apunta, en buena medida y precisamente, a proporcionar a los estudiantes los primeros rudimentos dogmáticos y los primeros cuadros sistemáticos en función de la posterior enseñanza del derecho privado vigente. Bien es verdad que de un derecho aún nacional o estatal y no de un derecho europeo, pero no creo que hubiera demasiada dificultad en adaptar aquel planteamiento —o en introducir otro muy similar— pensando en la formación de ese «jurista europeo» que constituye nuestro nuevo objetivo. Claro que todo esto presupone una posición ancilar del derecho romano y de su docencia universitaria; claro que éste es el problema central con el que los romanistas tendríamos que enfrentarnos para decidir de una vez (iba a decir de una vez por todas, pero hubiera sido un exceso verbal) si aquella posición representa nuestra fortaleza o, por el contrario, es causa de nuestra debilidad, de nuestra crónica sensación de crisis. Y claro, meridianamente claro en mi opinión, que mantenerse por el camino indicado supone pagar un precio: el precio al que antes aludía de la inconsecuencia con el postulado de la historicidad y de la renuncia didáctica a la fructífera concepción del derecho romano como experiencia jurídica¹¹.

El problema, sin embargo, no es tan sencillo como para que yo me atreva a decir que podría solucionarse con la simple, total y directa trasposición de nociones que constituyen la base irrenunciable de la investigación al plano de la docencia, pues ese trasvase no me parece ni practicable ni tan siquiera deseable: lo primero, porque es necesario contar por lo menos con las limitaciones del elemento discente; y lo segundo, porque nuestra labor no consiste en formar especialistas o investigadores sino en contribuir a la formación cultural y profesional de los futuros juristas. Así que, en definitiva —y con esto trato de responder a la pregunta sobre el valor formativo de la dogmática y su relación con la historia—, siempre

¹¹ Vid. las observaciones paralelas y mucho más circunstanciadas de C. Petit, «El romano de Pompeyo o *hic sunt leones*», en *Anuario de Historia del Derecho Español* 60 (1990) pp. 581 y ss.; sobre la concepción del derecho como experiencia jurídica, en el sentido propuesto por Orestano, P. Grossi, «Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica», en *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico* 17 (1988) pp. 541 y ss.

se deberá buscar una respuesta que no descompense la relación entre estos dos términos; o lo que es lo mismo: se deberá intentar un tratamiento histórico-dogmático «que concilie la exigencia historiográfica de dar del derecho romano privado una imagen en movimiento con la exigencia jurídico-sistemática de dibujar las líneas exactas de las diferentes instituciones»¹². Y aquí, aquí justamente, es donde se deja sentir la necesidad de nuevos materiales didácticos que se sitúen, como dice Capogrossi, a medio camino «entre la investigación historiográfica y la elaboración de un proyecto, de un “deber ser” proyectado en el futuro»¹³.

En todo caso, advierto que mi intento con lo anterior es reflejar lo que veo de forma objetiva, no hacer fáciles reproches que, en primer lugar, me alcanzarían de lleno a mí como al que más, y en segundo lugar, podrían no ser del todo justos a la vista del peso de toda una tradición didáctica y de otros condicionantes de diverso tipo a los que no es fácil que nos podamos sustraer.

Porque las preguntas, los problemas, no ven el modo de terminar. Haciendo mía una distinción cara a los comparatistas cuando se interrogan por las funciones de su saber (ciencia o método: no importa en este momento), me planteo si será mejor para la ocasión que nos ha convocado desarrollar un discurso utópico o bien un discurso realista. Yo propendo inicialmente hacia un discurso realista, por dos razones: porque ésa es mi actitud general ante los problemas de la vida y porque, sobre el tema que nos ocupa, el discurso utópico —sinónimo aquí de teórico o abstracto— hace tiempo que ha alcanzado un volumen abrumador. De tal forma que, salvo expresar una opinión personal, cosa que de algún modo ya estoy haciendo, yo no me veo con fuerzas para añadir ningún elemento nuevo a la discusión, o sea, a la multitud y la variedad de criterios y posiciones, que se cogen a manos llenas en la doctrina, sobre el posible papel del derecho romano en la construcción del derecho europeo y —antes y después de eso— en la formación de aquellos juristas, igualmente «europeos», que habrán de ocuparse profesionalmente

¹² Son palabras de G. Pugliese, «Le “Istituzioni” come storia del diritto privato», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 18 (1990) p. 41; ésta es también la opción de A. Burdese, «Diritto romano e formazione culturale del giurista», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 18 (1990) p. 17; vid. también Marrone, «In difesa...», pp. 21 y ss., *passim*.

¹³ Capogrossi Colognesi, «Riflessioni...», pp. 24 y s.

de él (no estoy tan seguro de que lleguen a ser también sus constructores).

Una cierta dosis de realismo, no sé si pequeña, pero no insignificante, me debe provenir necesariamente de la lectura de un documento de seis páginas producido por la *Asociación Europea de Facultades de Derecho* (ELFA son sus siglas según la denominación en inglés¹⁴) en el que, bajo el voluntarioso título *For a European Space of Legal Education*, la historia del derecho y el derecho romano no figuran ni siquiera a título ornamental. Según este documento, en efecto, en la nueva estructura cíclica de las enseñanzas que se vincula a la declaración de Bolonia, la «bachelor part» se debería dedicar al estudio de conjunto del derecho nacional de cada Facultad, inculyendo *materias esenciales* como derecho constitucional, administrativo, penal, civil y procesal que deberían ser enfocadas más bajo el aspecto metodológico y menos bajo el aspecto de los contenidos. Y la «master's part» debería consistir en derecho comunitario y derechos humanos así como en cursos «genéricos» (o sea, «europeizados» e «internacionalizados») sobre derecho constitucional, administrativo, mercantil, de la propiedad intelectual, ambiental, de la competencia y/o de consumo. Como se puede apreciar, un curriculum casi completo: en el reducido espacio que pueda dejar ese «casi» es donde presumiblemente se deberían instalar nuestras materias, las cuales, de todos modos, no parecen merecer la consideración de *esenciales* para la ELFA. Y es de advertir que la propuesta a la que me estoy refiriendo no procede de los políticos ni tampoco de los burócratas tan denostados: se trata de la toma de posición de una Asociación que dice reunir a más de ciento cincuenta Facultades de Derecho del continente¹⁵ ante la Declaración de Bolonia de los ministros europeos de educación de 1999. Yo pregunto: ¿cómo se recibiría por parte de la ELFA un eventual ofrecimiento del tema formativo derecho romano y dogmática? Prefiero no expresar una respuesta.

Por otra parte, mi pensión realista me obligaría a descender aún a cuestiones mucho más concretas que son importantes también para el diseño de un pronunciamiento razonable sobre dere-

¹⁴ Website: «<http://elfa.bham.ac.uk/>»; el documento al que me refiero es de 31 de mayo de 2002.

¹⁵ Son datos de junio de 2002. Entre esas 150 Facultades figuran 14 italianas y 23 españolas.

cho romano y dogmática, pero que escapan completamente de nuestras manos. Por ejemplo: ¿quedará ubicada nuestra materia sólo en la etapa formativa común, esto es, en el grado, o se va a permitir que aparezca también en alguno de los posgrados que se aprobarán?; si va a ocurrir lo primero, al menos de forma generalizada, ¿en qué curso del grado hallará colocación?; desde el punto de vista didáctico, ¿seguirá siendo concebida con la misma función propedéutica que ha tenido su enseñanza hasta ahora?; ¿cuál será el número de créditos ECTS con que la agraciaron las directrices ministeriales?¹⁶; ¿y cómo se concretará finalmente todo esto en cada Universidad, cuando pase por el original filtro de la autonomía universitaria? Recuerdo que hace unos trece años tuve que asistir, entre atónito y humillado, a la aprobación de un nuevo plan de estudios en la Facultad de Derecho de Cáceres en el que, al tiempo que se dejaba a la historia del derecho y al derecho romano con la legítima estricta, se introducía una nueva asignatura obligatoria con la misma carga docente que estas materias llamada derecho autonómico extremeño. Y si traigo a colación este ejemplo no es tanto para vergüenza de quienes inspiraron e impulsieron tal novedad a costa de lo que digo, sino para que no se nos olvide que en el ámbito académico español ocurren estas cosas con lamentable frecuencia. Y que empujados en parte por ellas los romanistas vamos vendiendo nuestra alma pedazo a pedazo, y algunos de los más inquietos de entre nosotros se van dedicando a temas, proyectos y operaciones en los que la presencia y la imagen del derecho romano están cada vez más desdibujados. Hablando sólo, insisto, de los romanistas españoles, me pregunto si no acabaremos llegando por este mismo camino a una especie de conversión, tan masiva como superficial, a los nuevos ideales del derecho, la formación y el jurista «europeos». Hacer de la necesidad virtud, se llama eso.

¹⁶ Contamos ya con algún indicio de por dónde pueden ir las cosas: la Comisión Permanente que ha intervenido en la confección del *Libro blanco* sobre el título de grado en derecho suscribe una propuesta que, sobre la base de un 65% de troncalidad, atribuye 45 créditos al bloque de materias de Derecho Privado, 50 a uno de Derecho Público I, 32 a otro de Derecho Público II y sólo 20 a un bloque de Ciencias Jurídicas Básicas integrado por Historia del Derecho, Derecho Romano y Filosofía o Teoría del Derecho; ninguna de estas tres materias es contemplada en el Practicum de 9 créditos.

Hasta aquí lo que yo llamo discurso realista. No creo necesario enfatizar sus peligrosas consecuencias para nuestra materia tomada en su conjunto y también por lo tanto para el tema formativo derecho romano y dogmática.

Puedo ensayar ahora una suerte de transición hacia lo que me ha parecido oportuno llamar el discurso utópico, denominación que espero se comprenda mejor a la luz de lo expuesto. Para ello me vale suscitar dos nuevas cuestiones: ¿es conveniente seguir manteniendo, desde la perspectiva de la formación necesaria al jurista «europeo», la actual división de la historia jurídica entre historia del derecho y derecho romano?; y aun en el caso de una respuesta negativa a esta pregunta, ¿se podrá salvaguardar la dogmática —cualquier dogmática que se quiera relacionar con el derecho romano— si hay que contar con una futura aproximación de aquellas dos materias bajo el signo de la historicidad, lo cual, como no ha dejado de subrayarse entre nosotros¹⁷, debería traer consigo una rehistorificación o desdogmatización de la enseñanza del derecho romano? Ésta es la primera cuestión. La segunda tiene que ver ya mucho más directamente con la dogmática en sí; se trata de lo siguiente: si yo no estoy equivocado, lo que puede extraerse para una consideración dogmática del derecho privado del laboreo afanoso sobre el derecho romano fue mostrado hace más de cien años, de la forma más acabada, por la Pandectística que precedió al BGB¹⁸; no sé si de lo que ahora se trata es de volver a recorrer un camino semejante, pero si así fuera, ¿debemos entender que la dogmática pandectista ha dejado de valer por el mero cambio de perspectiva, de nacional a europea?, ¿hemos de dar por cierto, por otro lado, que la nueva dogmática del derecho europeo se encuentra en el derecho romano, o al menos que sólo o principalmente desde él puede ser desarrollada y propuesta?¹⁹ Y algo más todavía: en el seno de la romanística internacional de las

¹⁷ Cfr. Petit, «El romano de Pompeyo...», *passim*, especialmente por sus explicaciones sobre la experiencia francesa (de subsunción) y las de Alemania e Italia (de acercamiento).

¹⁸ La cual, por cierto, no trabajó con la hipótesis de un derecho romano «clásico» sino directamente sobre el *Corpus Iuris* justinianeo. En el sentido del texto, cfr. T. Giaro, «Diritto romano attuale. Mappe mentali e strumenti concettuali», en Monateri, Giaro y Somma, *Le radici comuni...*, p. 115.

¹⁹ La advertencia que formulaba hace diez años el profesor Arvizu contra la monopolización del *ius commune* como único derecho verdade-

últimas décadas, el debate principal en torno al tema de la dogmática se refería a la legitimidad de emplear los instrumentos conceptuales del derecho moderno en la investigación y la exposición de un derecho del pasado como es el derecho romano. El punto clave era dilucidar los límites de aquella utilización para evitar el riesgo de desfigurar el objeto histórico estudiado, pero yo no puedo por menos de preguntarme —si de lo que se trata es de desarrollar y de proponer como calidad especial de nuestra docencia una nueva dogmática históricamente fundada para un derecho igualmente nuevo— si aquel riesgo ha desaparecido o es que ya no nos debe importar²⁰. Por último, aunque no menos importante, ¿fundamento histórico-jurídico común o unitario para una dogmática que pueda cobijar con la misma naturalidad tradiciones jurídicas heterogéneas, a saber, los derechos continentales de raíz romanista, el *common law*, los derechos del área escandinava, los de influencia bizantina, etc.?

Pero es posible que no se pretenda llegar tan lejos de forma inmediata. Es posible, puesto que ha sido propuesto con gran insistencia²¹, que se divise como un hito intermedio la recreación de una ciencia jurídica común que pueda ir sentando las bases de un nuevo derecho auténticamente europeo: una «nueva doctrina civilística» basada en el derecho comparado y el derecho romano. Por este camino nos acercamos bastante a la preocupación neopandectista,

ramente europeo y contra la pretensión de exclusivismo dogmático de sus cultivadores no es menos válida si se la refiere al derecho romano y los romanistas en general: vid. F. Arvizu Galarraga, «Ilusiones y realidades de la historia del derecho europeo», en *Glossae* 7 (1995) pp. 165 y s.

²⁰ Como muy bien destaca A. Castro Sáenz, «Trayectorias romanísticas en la doctrina reciente», en *Crónica Jurídica Hispalense* 3 (2005) pp. 376 y s., la perspectiva dogmática se obsesiona por encontrar a toda institución romana «un engarce diáfano e inmediato con la realidad del derecho positivo actual» con el efecto de «la creación de un derecho romano muy atado al hoy pero que jamás existió en el ayer»; la inutilidad de esta exasperación dogmática es patente: «la romanística ha perdido en buena medida su interés para el jurista positivo incluso en sus concepciones ultradogmáticas, quizás además porque se percibe claramente en estas últimas su artificialidad...»

²¹ Vid. por ejemplo J. M. Rainer, «Il significato e le prospettive del diritto romano alla fine del XX secolo», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 26 (1998) p. 452.

por lo que parece llegado el momento de pronunciarse sobre ella²². Apartemos de entrada toda consideración basada en lo improbable de un plan y un proceso tan bien ordenados que sean capaces de esperar al afianzamiento de esa nueva civilística antes de acometer el objetivo final: a nosotros se nos pide una opinión inaplazable, algo que en el espacio de muy pocos años pueda tener reflejo e influencia en la formación de los juristas en un horizonte europeo. Por otra parte, merece atención la advertencia, formulada desde fuera del planteamiento neopandectista, sobre el probable fracaso de una operación de unificación legislativa que no vaya acompañada de la unificación de las culturas jurídicas, ya que una misma proposición normativa no encontrará aplicación unitaria, y será sólo aparentemente uniforme si las culturas de los prácticos encargados de aplicar ese derecho y de hacerlo valer ante los tribunales no es unitaria²³. A mi modo de ver, se trata de una observación muy sensata de la cual podría deducirse una importancia específica de la dogmática en la formación del jurista «europeo» que constituye el centro de nuestra atención. Cuestión diferente es la relación de esa dogmática con el derecho romano.

Coing nos recuerda que la dogmática no es competencia del legislador sino de la ciencia y se sitúa, por tanto, por encima del derecho positivo²⁴, si bien se construye con los materiales empíricos

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 (*i.e.*, desde todos los puntos de vista); cfr., sin la concreción nacional que yo hago explícita, A. Mantello, «Di certe smanie “romanistiche” attuali», en *Diritto Romano Attuale* 4 (2000) p. 39.

²³ La advertencia es de L. Capogrossi Colognesi, «I fondamenti storici di un diritto commune europeo», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 30 (2002) pp. 173 y s.; vid. una observación semejante en M. Talamanca, «Relazione conclusiva», en F. Milazzo (cur.), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Relazioni del Convegno Internazionale di Diritto Romano Copanello 3-7 giugno 2000), Napoli, 2004, p. 364; y ya antes en F. Ranieri, «Eine Dogmengeschichte des europäischen Rechts? Einige Thesen zum Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer europäischen Zivilrechtswissenschaft», en R.

que éste suministra. Los Códigos parecieron determinar la drástica nacionalización de la ciencia jurídica y la consiguiente naturalización de la dogmática, al quedar ésta anclada en cada estado o país al ordenamiento positivo vigente. Sin embargo, una relativa unidad de la ciencia jurídica en el continente se preservó en el siglo XIX a través de la influencia de dos vectores jurídicos nacionales que adquirieron importancia europea: el francés y el alemán²⁵. Quiérese decir que mucho tiempo después de los Códigos, cuando vuelve a plantearse la necesidad de una ciencia, de un derecho y de una formación jurídica «europeos», no es necesario partir de cero, aunque la sensibilidad histórica hacia los hechos aconseje cautela a la hora de afirmar que esta situación se ha debido principal o inmediatamente al derecho romano y a su tradición posterior: siquiera sea porque los Códigos nunca quisieron ser un «espejo del pasado», por lo que sería antihistórico pretender considerarlos como el penúltimo anillo de la larga cadena formada por aquel derecho y aquella tradición²⁶. El dato a retener, por lo tanto, es la impronta de las cien-

Schulze (Hrsg.), *Europäische Rechts-und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, 1991, pp. 95 y s. Desde otro punto de vista, la reivindicación de la tradición jurídica pretende prevenir el riesgo de que llegue a formarse «un derecho sin historia»: cfr. L Solidoro Maruotti, *La tradizione romanistica nel diritto europeo II. Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne*, Torino, 2003, p. 229.

²⁴ H. Coing, «La ciencia del derecho privado en Europa en el siglo XIX», en *Glossae* 7 (1995) p. 176.

²⁵ Coing, «La ciencia...», pp. 179 y ss.; vid. sobre esto mismo T. Giaro, «*Comparemus!* Romanistica come fattore d'unificazione dei diritti europei», en *Rivista Critica del Diritto Privato* 19 (2001) pp. 556 y ss.; Id., «Diritto romano attuale...», pp. 131 y ss. Sobre la influencia de la cultura jurídica alemana en los países del centro y el este de Europa, antes y después del comunismo, vid. ahora G. Hamza, *Die Entwicklung des Privatrechts auf römischrechtlicher Grundlage unter besonderer Berücksichtigung der Rechtentwicklung in Deutschland, Österreich, der Schweiz und Ungarn*, Budapest, 2002, pp. 149-235; para la difusión (mucho más que europea) alcanzada por el *Code civil*, vid. ahora F.J. Andrés Santos y A. Núñez Iglesias, «Estudio preliminar» incluido en la reciente edición bilingüe de aquél: *Código civil francés/Code civil* (coord. R. Domingo), Madrid, 2005, pp. XCI-CIII.

²⁶ P. Caroni, *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid, 1996, p. 59; consideraciones más amplias sobre la relación de la Codificación con su propia historia, *ibid.*, pp. 57 y ss., 66 y s., 78 y s.; cfr.

cias nacionales francesa y alemana en fases decisivas de la historia jurídica de nuestro continente todavía hoy más influyente. Dato, a su vez, que sólo es posible entender dentro del cuadro histórico global de la codificación, sin que sea lícito apartar todo esto y presentarlo como si se tratara de un episodio anómalo en el curso de una tradición rectilínea y plurisecular. En consecuencia, desde una perspectiva docta sobre la formación del nuevo derecho común europeo, creo que el factor de la codificación no debe ser preterido dentro de cualquier esfuerzo que se proponga el desarrollo de una dogmática homogénea²⁷. Mucho me temo, sin embargo, que la inserción del *common law* en este paisaje sea especialmente dificultosa, y ello a pesar de la insistencia contraria de Zimmermann y otros cuya nutrida producción en relación con este punto diríase guiada por la idea de que el hierro no se ablanda con un solo golpe. El motivo de esta dificultad es 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), por lo que la coincidencia que viene observándose entre el *common law* y los derechos continentales en el plano de los resultados prácticos no puede servir de argumento para obviar las pro-

también B. Diestelkamp, «*Jus Commune* — Rechtsgeschichte als Argument in der Unifizierung von Europäisches Recht: Ein deutsches Bericht», en *Rättshistoria i förändring. Olinska stiftelsen 50 ar. Ett internationellt symposium i Stockholm den 19-21, november 1997 = Legal history in Change. The Olin Foundation for Legal History 50 Years. An International Symposium in Stockholm November 19-31, 1997*, Lund, 2002, p. 209: la historicidad puede ser traicionada no sólo forzando el estudio del derecho romano y el *ius commune*, sino también por la pretensión de reducir a las perdurables «traditions of the Roman law» ciertos principios dogmáticos fundamentales del derecho privado moderno originados, en realidad, en las grandes codificaciones nacionales de los siglos XIX y XX.

²⁷ Tampoco en el diseño de la formación histórica del jurista «europeo», en cuyo ámbito, sin embargo, se debe rechazar como excesiva la consecuencia que quiere extraer P. Caroni, «Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?», en *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte? / Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?* (P. Caroni y G. Dilcher eds.), Köln-Weimar-Wien, 1998, pp. 96, 104 y s., en el sentido de que la codificación haya supuesto la devaluación a nivel práctico de la historia jurídica anterior a ella.

fundas diferencias de orden conceptual y metodológico que los separan; como tampoco se puede ignorar, por lo que atañe a la posibilidad de identificar el derecho romano como una especie de sustrato común, que la raíz de esas diferencias se encuentra justamente en la historia de uno y otro sistema²⁸.

Sigo adelante ahora con mi intento de valoración del neopandectismo. De todos es sabido que la orientación neopandectista se plantea el significado de la historia jurídica para la dogmática jurídica, especialmente desde la perspectiva de la unificación europea en curso de trabajosa realización²⁹. La contribución específica de esta corriente debería consistir en el análisis preparatorio del acervo de la tradición con vistas a una armonización jurídica apropiada. Se trata de una tarea a la que no habría en principio nada que objetar, sobre todo si los destinatarios últimos de estos desvelos, que no son exactamente los romanistas, quisieran de verdad estrechar la mano que se les tiende, lo que hasta ahora no parece haber sido el caso. Pero, al margen de la escasa receptividad de esos destinatarios, pensando sólo en lo que afecta al modo de entender y practicar el estudio del derecho romano, es importante señalar que los partidarios de esta corriente, en el marco definido por su empeño preparatorio y con las prioridades que del mismo se derivan, consideran estéril en sí misma la interpretación puramente histórica de la casuística de las fuentes romanas: de ahí que defiendan reemplazarla por un análisis de otro tipo dirigido a descubrir su plasmación en los ordenamientos jurídicos modernos³⁰. Como compendio de la

²⁸ Por todos, A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa I. Le fonti e il pensiero giuridico*, rist. Milano, 1982, pp. 479-610; cfr. ahora también Talamanca, «Relazione...», pp. 370 y ss., esp. 376 y s.

²⁹ Vid. Ch. Baldus y A. Wacke, «Frankfurt locuta, Europa finita? Zur Reinen Rechtsgeschichtslehre in Band 12, 1993, des Rechtshistorischen Journals (RJ) und zu anderen Zweifeln am Gegenwartswert des Römischen Rechts», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte [ZNR]* 17 (1995) pp. 283-292.

³⁰ Cfr. A. Wacke, «Los presupuestos de la responsabilidad por evicción en Derecho Romano y en Derecho Comparado», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 4 (1992) p. 204. Enlaza esta corriente con las conocidas ideas de Koschaker, autor para el cual, la consideración puramente histórica del derecho romano desplaza a éste fuera del círculo de las disciplinas jurídicas y lo convierte en una parte de la ciencia de la Antigüedad: vid. Koschaker, «Europa...», pp. 481 y ss., 493 y s.

propuesta neopandectista bien pueden valer en suma estas palabras de uno de sus defensores: «la actualidad del derecho privado romano debería confirmarse ante todo en el derecho privado moderno»³¹.

No voy a repetir ahora las críticas que se han formulado a este programa, tanto porque son de sobra conocidas³² como porque me parece que inciden sobre aspectos que afectan más a la investigación que a la docencia. Diré sólo a este respecto que, desde una visión coral de la romanística, que es sin más la mía³³, no veo grave inconveniente en que se escuche una voz neopandectista y otra orientada hacia la comparación histórico-jurídica; siempre, eso sí, que no se postulen como únicas ni pretendan el predominio sobre las demás.

³¹ K.W. Nörr, «Das römische Recht zwischen Technik und Substanz: Bemerkungen zu seiner Rolle am Ende des 20. Jahrhunderts», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (1/1994) p. 76; según Nörr, pp. 74 y ss., y «Zur romanistischen Tradition im modernen Europa: Index für Peter Stein», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 23 (1995) pp. 60 y ss., la cuestión de hacia dónde volverse para asegurar al derecho romano un papel activo en el desarrollo del derecho vigente, más allá de su excelencia técnica, no puede hallarse en el derecho romano mismo: se requiere una teoría que ponga al derecho privado romano en una relación concreta con el sistema jurídico vigente y le dé la oportunidad de extraer de él substancia y legitimidad, esto es, una legitimidad que se sitúe por encima de la oferta instrumental y tecnológica; en su opinión, habría que «descontextualizar» el derecho romano y someterlo a un proceso de «resubstancialización» mediante su unión a las ideas jurídicas actuales y al sistema jurídico actual, todo ello dentro de las exigencias marcadas por la Constitución.

³² Vid. por ejemplo P. Caroni, «Der Schiffbruch der Geschichlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994) pp. 85 y ss.; A. Guarino, «Il secolo breve della giusromanistica contemporanea», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* 9-10 (1997-1998) p. 37; M. Bretone, «La “coscienza ironica” della romanistica», en Id., *Diritto e tempo...*, pp. 210 y ss.; A. Mazzacane, «“Il leone fuggito dal circo”: pandettistica e diritto comune europeo», en *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici* 29 (2001) pp. 97 y ss.; Mantello, «Di certe smanie...», pp. 46 y s.; Giaro, «Diritto romano attuale...» cit., pp. 143 y ss., *passim*.

³³ Vid. F. Cuenca Boy, «La investigación en derecho romano. Consideraciones sobre algunos métodos en particular», en *Jornadas Romanísticas* (O Direito Romano na Península Ibérica, 4 e 5 de Dezembro de 2000, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), Coimbra, 2003, pp. 109 y ss.

Añadiré también que el peligro que esas voces pudieran representar me parece aún menor debido a que —tal y como yo veo las cosas— ninguna de ellas puede ni debe prescindir en sus trabajos e intenciones de los resultados de otras corrientes de investigación.

En cambio, cuando de la investigación se pasa a la docencia, lo que yo tengo que decir acerca del neopandectismo es bastante diferente. En cualquier área que se quiera considerar, la enseñanza del derecho debe seguir líneas mucho más uniformes que la investigación, lo cual no cambia por la circunstancia de que el horizonte que se prevea para ella sea nacional o europeo. Partiendo de este presupuesto, en el plano de la didáctica del derecho romano yo no llego a ver cómo se podría plasmar una orientación dogmática de signo neopandectista sin el sacrificio insoportable de varias cosas que siguen pareciéndome fundamentales: comenzando por la profundidad histórica y la integridad de la enseñanza y siguiendo por la propia autonomía del derecho romano como materia universitaria encuadrada en los estudios de derecho. Creo, en efecto, que lo que puede aguardarnos por aquel camino es la fragmentación de nuestra disciplina, hasta reducirla a una suerte de ligera introducción dogmática a tal o cual sector del derecho privado moderno, quizá ni siquiera a todos. ¿Y en aras de qué este derecho romano sin historia, fragmentado, amputado para reducirlo a lo que de él sigue reputándose actual, dogmatizado y desterrado de sí mismo? En aras de una nueva dimensión jurídica europea; de algo, pues, que a día de hoy aparece más como un problemático desideratum que como una meta alcanzable en un horizonte previsible; y de algo, en realidad, que de avanzar y llegar a cumplimiento no va a tener más que muy indirectamente su raíz en el derecho romano mismo. Pensando en la formación jurídica, yo no excluyo que detrás de la propuesta neopandectista pueda esconderse un movimiento táctico de resistencia frente al embrocamiento cultural de los futuros juristas y del derecho en su conjunto. Si fuera así, lógicamente considero plausible el objetivo, pero mucho me temo que la operación no está bien orientada y que —en contraste con lo lento, lo lejano e inseguro de los logros que pueda deparar en el futuro³⁴— no compensa su realización en vista de los riesgos inmediatos que acarrea.

³⁴ Cfr. Mazzacane, «Il leone fuggito dal circo»..., p. 104; Giaro, «Diritto romano attuale...», p. 143.

En cuanto a lo que he denominado comparatismo en perspectiva histórica, esta orientación adolece al menos de los peligros que supone con carácter general la «aproximación funcional» en la identificación y el tratamiento de los temas a estudiar³⁵, un enfoque muy extendido en la comparación jurídica de nuestros días. Desde el punto de vista de la formación jurídica que debe centrar mi reflexión, creo entrever además cierta tensión entre una opción metodológica de este tipo y la importancia que se querría dar a la dogmática. No niego que la comparación histórico-jurídica de los derechos privados modernos sea capaz de contribuir a la larga al desarrollo del nuevo derecho común europeo y de la dogmática correspondiente; es más, incluso estoy cerca de reconocer que ésta es una senda más adecuada que la estrictamente neopandectista³⁶, o por lo menos, más atractiva para juristas que no sean historiadores o romanistas de profesión. Pero de entrada, lo que busca el enfoque funcional es precisamente la relajación de las ataduras que pueden suponer los dogmas jurídicos, el armazón conceptual y la visión sistemática del ordenamiento para un vuelo más libre de la comparación³⁷. La consecución de una dogmática europea pasaría, por lo tanto, por el desmoronamiento y la recomposición en un nivel euro-

³⁵ Vid. al respecto M. Bretone, «Fra “storia dei dogmi” e storia sociale», en Id., *Diritto e tempo...*, pp. 147 y s.; Giaro, «*Comparemus!...*», pp. 553 y ss.; Id., «*Diritto romano attuale...*», pp. 99, 125; otras consideraciones críticas sobre el método histórico-comparativo en Mantello, «*Di certe smanie...*», pp. 48 y ss., a integrar con la respuesta de C.A. Cannata, «*Cuiusque rei potissima pars principium*», en *Diritto Romano Attuale* 6 (2001) pp. 157 y ss., y la réplica del propio Mantello, «*Ancora sulle smanie “romanistiche”*», en *Labeo* 48 (2002) pp. 27 y ss.

³⁶ Comparto en este sentido las apreciaciones de F.J. Casinos Mora, «*Nueve siglos de romanismo jurídico*», en *Rivista di Diritto Romano* «*www.ledonline.it/rivistadirittoromano/*» 2 (2002) p. 49.

³⁷ Vid. en este sentido H. Kötz, «*A Common Private Law for Europe: Perspectives for the Reform of European Legal Education*», en *The common law of Europe and the future of legal education / Le droit commun de l'Europe et l'avenir de l'enseignement juridique* (B. de Witte y C. Forder eds.), Deventer, 1992, pp. 40 y s.; Id., «*Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung*», en *Norm und Tradition / Fra norma e tradizione...*, p. 161; expresa este autor la esperanza de que en la dirección de una europeización de la ciencia jurídica pueda llegarse a una desdogmatización (*ibid.*, pp. 160 y s.).

peo de las dogmáticas estatales o nacionales, un proceso que en su primera parte —la del desmoronamiento— se viene desarrollando desde hace tiempo de forma no planificada y bajo la presión de muy distintas fuerzas.

Por otra parte, por lo que respecta a su posible plasmación docente, estimo que la orientación histórico-comparativa no puede quedar en manos sólo de los romanistas, sino que requiere por lo menos el concurso activo de los historiadores del derecho. No sé si en España estamos mentalmente preparados, unos y otros, para una colaboración de este tipo. En realidad, tampoco sé, en el plano puramente formativo, cómo podría encajar esta orientación con una enseñanza del derecho romano dirigida hacia la dogmática, y menos desde luego hacia una dogmática en construcción. También dudo, por último, que a día de hoy el derecho comparado, así en general, sea visto como una de las materias esenciales de un currículum jurídico europeo en el sentido, por ejemplo, de la *Asociación Europea de Facultades de Derecho*, y no solamente como otra de las disciplinas a encajar, junto con el romano y la historia, en el breve espacio que puedan dejar libre las consideradas esenciales.

Voy acercándome al final de mi discurso y no puedo zafarme de un pensamiento pertinaz: el derecho romano no está inscrito en nuestros genes y no sé hasta qué punto se podría defender que forma parte de los genes del derecho a secas. Hoy por hoy (hoy más que nunca), el derecho romano está sólo en nuestra voluntad y de ella depende enteramente su destino. Es obvio además que no me refiero sólo a la voluntad de los romanistas sino a la de los juristas en general, y en último término a la voluntad de quienes tienen la capacidad de tomar o de condicionar las decisiones que marcarán el rumbo de la enseñanza universitaria del derecho. La nuestra no pasa de ser una de las voces que intentan influir en esas decisiones, pero hay otras, concurrentes y contrarias, y éste es el verdadero juego del que depende el futuro de nuestra disciplina.

Con todo, antes de terminar este recorrido tan escéptico, todavía me considero en el deber de decir algo levemente optimista sobre derecho romano y dogmática. Lo haré recordando que la historia es el depósito de la experiencia donde se custodian las raíces de los conceptos jurídicos comunes, ese *common core of concepts*³⁸ que no

³⁸ G. van den Bergh, «*Ius commune, a history with a future?*», en *The common law of Europe / Le droit commun de l'Europe...*, p. 601.

ha dejado de facilitar el diálogo y la comprensión recíproca de los juristas europeos por encima de las separaciones nacionales y de las diferencias lingüísticas y culturales. No importa que el punto de vista moderno se aleje progresivamente del romano³⁹: si queremos que la comunicación recíproca mejore en el futuro, sería muy poco práctico prescindir de aquel legado de la historia. Y lo que el derecho romano representa en esta historia es nada menos que el *principium* de la misma, y el principio es la parte principal de cualquier cosa. No porque lo diga un jurista romano (Gayo en D. 1.2.1) sino porque toda experiencia lo confirma. Ahora bien, el derecho romano no nos da la totalidad de la historia que interesa sino sólo su más conocido y reconocido origen. Tampoco esa historia quedaría completa con la etapa de lo que ha dado en llamarse *ius commune*⁴⁰ ni aunque le diéramos la máxima extensión cronológica posible: a ella pertenece igualmente y por derecho propio la empresa de la codificación con sus antecedentes genéricos y específicos, así como todo lo que ha venido tras los Códigos. Yo me pregunto además si no es la codificación en cierto modo un nuevo *principium*⁴¹: un principio que —nuevo y todo— hace ya tiempo que empezó a ser socavado por la cambiante realidad y cuestionado por la teoría.

Por último, tan inútil como pretender que los romanistas y los historiadores del derecho tenemos una especial legitimación para marcarle direcciones y objetivos al proceso de unificación jurídica en Europa, sería negar que hay una vena de derecho histórico que proyectará siempre su influencia sobre aquello que más nuevo

³⁹ Bretone, «La storia del diritto romano e la romanistica come storia», en Id., *Diritto e tempo...*, pp. 222 y ss.; cfr. Giaro, «Diritto romano attuale...», pp. 112 y ss., 143 y ss.; vid. ya mucho antes R. Orestano, «Il diritto romano nella scienza del diritto», en *Jus 2* (1951) = Id., «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna, 1981, pp. 79-88.

⁴⁰ Vid. en todo caso las precisiones de W. Brauner, *Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?* (= Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero: Saggi, conferenze e seminari, 23), Roma, 1997, pp. 6 y ss.; y la réplica de G. Brogini, «Significato della conoscenza storica del diritto per il giurista vivente», en *Norm und Tradition / Fra norma e tradizione...*, pp. 72 y s.

⁴¹ La codificación «als Neuanfang, der durch einmalige politische und soziale Umwälzungen möglich und nötig geworden war»: Caroni, «Der Schiffbruch...», p. 96.

pueda parecer. Habrá o no habrá, por ejemplo, un Código europeo de obligaciones y contratos, pero si llegara a haberlo, la ciencia jurídica acabará apropiándose de él y lo metabolizará con los instrumentos que le son característicos. Y esos instrumentos —la dogmática entre ellos— serán principalmente los existentes y conocidos de antemano y deberán su cuota parte a la historia jurídica en su conjunto. Se quiera o no se quiera⁴².

Francisco Cuenca Boy
Universidad de Cantabria

⁴² La razón es que, como dice T. Giaro, «L'argumentation dogmatique et l'argumentation scientifique», en *Rechtshistorisches Journal* 13 (1994) p. 300, «las verdades de la dogmática son... *res cottidianae*, siempre cómodas y familiares, porque se llega a ellas a través de la interpretación de un material ya interpretado, así pues, a través de la interpretación de la interpretación»; «la dogmática —a diferencia de la ciencia— no conoce “revoluciones copernicanas”»; cfr. Atias, *Contra arbitrariedad...*, pp. 78, 126, 161, *passim*.