

REINHARD ZIMMERMANN

EUROPA Y EL DERECHO ROMANO

Traducción y estudio introductorio de
Ignacio Cremades Ugarte

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2009

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ESTUDIO INTRODUCTORIO. EL DERECHO ROMANO EN LA EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO	7
I. EL DESTINO EUROPEO DEL DERECHO ROMANO.....	7
1. P. Koschaker: «Europa y el Derecho romano».....	7
2. R. Zimmermann: «Europa y el Derecho romano».....	11
3. La europeización de la ciencia del Derecho.....	13
4. Significado de Derecho romano e importancia del Derecho romano en este contexto	15
5. La europeidad del Derecho romano.....	19
II. LA RELACIÓN ENTRE LA POSIBILIDAD DE LA HISTORIA DEL DERECHO Y SU VALOR, PARA EL JURISTA ACTUAL, EN EL SENO DE UNA CONTROVERSIA RENOVADA	21
III. CONCLUSIÓN	37
EUROPA Y EL DERECHO ROMANO	43
I. INTRODUCCIÓN.....	43
1. Advertencia, no necrología: el legado de Koschaker.....	43
2. Ciencia del Derecho e Historia del Derecho	44
3. La europeización del Derecho privado	46

	Pág.
II. CUATRO OBSERVACIONES GENERALES.....	49
1. Derecho romano y codificación.....	49
2. Derecho romano y moderna variedad del Derecho.....	51
3. Derecho romano y derecho romano actual.....	54
4. Derecho romano y Derecho inglés.....	56
III. DERECHO ROMANO EN UN MARCO MODIFICADO: INDEMNIZACIÓN DE IMPENSAS EN EL BGB	60
IV. DERECHO ROMANO EN INEXACTA INTERPRETACIÓN: LA COMPENSACIÓN.....	63
V. DERECHO COMÚN HOY	67
1. Derecho romano-holandés en Sudáfrica	67
2. Derecho romano-escocés; en especial, la <i>pollicitatio</i>	69
VI. <i>BONA FIDES</i> : ¿UNA ESPECIALIDAD DEL DERECHO CONTINENTAL EUROPEO?.....	73
1. Art. 1.201 PECL: ¿expresión de un « <i>Common Core</i> »?	73
2. Rematerialización del Derecho de contratos	77
3. <i>Bona fides</i> e interpretación contractual adicional	80
VII. EL TRUST: UNA ESPECIALIDAD DEL DERECHO IN- GLÉS?	81
1. Un producto de la práctica.....	81
2. Derecho romano, derecho canónico y trust	83
3. Finalidad del trust	84
4. Trusts sin <i>Equity</i> I.....	86
5. Trusts sin <i>Equity</i> II.....	88
VIII. <i>CHARITABLE TRUST</i> , <i>PIA CAUSA</i> Y EL MODELO ADMI- NISTRATIVO DE LA FUNDACIÓN.....	90
IX. DERECHO ROMANO BAJO FORMA GENERALIZADA: LA RESPONSABILIDAD DEL AUXILIAR.....	93
1. Johannes Voet y Robert-Joseph Pothier	93
2. Lord Holt.....	96
X. LÍNEAS DE CONVERGENCIA EN EL DESARROLLO DEL DERECHO DEL ENRIQUECIMIENTO	97

	Pág.
1. El Derecho del enriquecimiento como parte autónoma del Derecho de obligaciones.....	97
2. La estructura interna del Derecho del enriquecimiento en Inglaterra.....	99
3. El camino de vuelta al modelo de la <i>condictio indebiti</i> ...	102
4. Otras consecuencias.....	106
5. Retirada de la ganancia en caso de actos ilícitos.....	108
 XI. FORMALISMO Y FLEXIBILIDAD DE LA METODOLOGÍA.....	 111
1. <i>¿Stare decisis?</i>	112
2. Interpretación de la ley.....	115
 XII. EL DERECHO EUROPEO Y SU TRADICIÓN.....	 119
1. El roble y la bellota.....	119
2. Reglas básicas del Derecho europeo de obligaciones.....	120
3. Técnica jurídica y Ciencia del Derecho.....	123

ESTUDIO INTRODUCTORIO

EL DERECHO ROMANO
EN LA EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA
DEL DERECHO

Ignacio CREMADES

I. EL DESTINO EUROPEO DEL DERECHO ROMANO

1. P. KOSCHAKER: «EUROPA Y EL DERECHO ROMANO»

Nació P. KOSCHAKER el 19 de abril de 1879 en la ciudad austriaca de Klagenfurt, en el Land de Corintia, y murió en Basilea el 1 de julio de 1951 ¹.

¹ Cursó al principio matemáticas en Graz, pero, insatisfecho y tratando de encontrar una mirada más cercana a la realidad, decidió finalmente abandonar aquellos estudios y emprender los de Derecho. Se doctoró en Derecho en 1903 y se habilitó como profesor de Derecho romano en Graz, en 1905, con un trabajo de Derecho procesal romano. Su dedicación a la docencia le llevó a Innsbruck (1908-1909), a la antigua Universidad alemana de Praga (1909-1914) y a Fráncfort del Meno (1914-1915), hasta que en 1915 pasó a ocupar en Leipzig la cátedra de Derecho romano y Derecho civil. En 1936 se incorporó a la universidad de Berlín, que dejó en 1941 por la de Tübinga. Se jubila en 1946 y se establece en la Alta Baviera. Fue profesor invitado en las Universidades de Halle (Sajonia) y Ankara. La Historia del Derecho del próximo oriente antiguo (la del Derecho escrito en escritura cuneiforme, lenguas así escritas que dominaba

Faceta de orientalista aparte, P. KOSCHAKER fue profesor insigne de Derecho romano, materia que expuso siempre, y en esto se trasluce su pertenencia a la escuela de L. MITTEIS, desde el comparatismo jurídico². En realidad, la investigación jurídico-comparativa constituyó uno de los ámbitos propios de su actividad científica, que versó no sólo sobre los Derechos del próximo oriente antiguo —ya en 1911 había publicado su *Babylonisch-assyrischen Bürgerschaftsrecht*—, sino también sobre cuestiones relativas a los Derechos de la Antigüedad clásica. Autor de numerosos estudios de detalle acerca de cuestiones jurídicas romanas, y también griegas, es, sin embargo, todavía hoy un romanista universalmente célebre por su obra *Europa y el Derecho romano*, que M. KASER consideró como única, en su tiempo, en el planteamiento de las cuestiones y en su ejecución³.

Con la publicación de *Europa y el Derecho romano*, preludiada por un largo escrito de 1938 que había intitulado «La crisis del Derecho romano y de la ciencia jurídica romanista», reaccionaba KOSCHAKER a la difícil situación en que habían colocado al Derecho romano en Alemania primero la promulgación del Código Civil alemán y luego los amargos años del nacionalsocialismo⁴. Una situación que persistía incluso terminada la guerra, tan hondamente había penetrado, a pesar de su superficialidad, la crítica nacionalsocialista en los juristas ale-

como ningún jurista antes lo había hecho) considera a KOSCHAKER como su fundador. Del reconocimiento mundial que obtuvo su labor dan prueba los cinco doctorados *honoris causa* que le fueron concedidos, entre ellos el de la universidad de Oxford. Sobre la vida y obra de P. KOSCHAKER, *vid.* L. WENGER, en *Festschrift Paul Koschaker*, t. III, 1939, pp. 1 ss.; la necrología de K.-H. BELOW y A. FALKENSTEIN, *ZSS (RA)* 68 (1951), ix ss.

² *Vid.* la explicación que él mismo da de su modo de proceder en la docencia del Derecho romano en *Europa und das römische Recht*, Múnich, 1947, p. 346, nota 6 (p. 487, nota 25 de la edición española, traducción de José Santa Cruz-Teijeiro, *Europa y el Derecho romano*, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, por la que citaré en adelante, salvo indicación en contra). Hace referencia expresa en esa nota, como realización de su propio pensamiento, al libro de W. W. BUCKLAND y A. D. MCNAIR, *Roman Law and Common Law*, de cuya 2.^a ed. por F. H. LAWSON, Cambridge, 1952, hay traducción española a mi cargo, *Derecho Romano y «Common Law»*, Madrid, 1994.

³ M. KASER, prólogo a la 4.^a ed., 1966, p. vii, de *Europa und das römische Recht*, Múnich, 1947.

⁴ El punto 19 del programa del partido nacionalsocialista, del NSDAP, adoptado en Múnich el 25 de febrero de 1920 establecía la sustitución de este Derecho «materialista», que servía de base al orden jurídico existente, por un Derecho común alemán: «*Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemeinrecht*».

manes⁵. KOSCHAKER mostraba con su libro que, al contrario de lo que había venido afirmando la propaganda nacionalsocialista, el fenómeno jurídico de la recepción alemana del Derecho romano no sólo no había supuesto ninguna desgracia para Alemania, sino que esa misma recepción, acontecida en la mayor parte de Europa antes que en Alemania, era precisamente uno de los cimientos que todavía sostenían la idea espiritual de Europa⁶.

Pero esta obra de KOSCHAKER incluía además un programa de investigación cuyo objetivo, como señala ZIMMERMANN en su escrito de mismo título, consistía en «intentar una síntesis entre historia, dogmática y comparación jurídica», es decir, en la construcción de una «ciencia histórica del Derecho renovada y puesta al día». KASER hablaba así, pocos años después de que lo hiciera KOSCHAKER, de la necesidad de cultivar una civilística basada en «una activa comparación jurídica, intensiva e históricamente fundamentada».

Publicado en 1947, cinco años antes de la muerte de su autor, este libro mereció varias reimpressiones, así como su traducción a diversas lenguas. Si entre esas traducciones una muy reciente es la holandesa, muy temprana, en cambio, fue la versión española, de 1955, debida al entonces catedrático de Derecho romano en la Universidad de Valencia J. SANTA CRUZ TEJERO.

Aunque recrudescida bajo la dominación nacionalsocialista, la crisis del Derecho romano en Alemania venía ya de lejos, desde la entrada en vigor del Código Civil alemán, del BGB, y se había manifestado con toda su gravedad en el periodo de entreguerras. Si para MITTEIS, ya en 1917, ante la Sociedad de Amigos del Gimnasio Humanístico de Viena, el valor del Derecho romano radicaba en el «perdurable contenido de verdad respecto a las categorías indispensables del pensamiento jurídico»⁷ (y esto de forma muy especial en relación con la for-

⁵ *Europa y el Derecho romano, op. cit.*, p. 490.

⁶ *Ibid.*, pp. 230 ss. De todas formas, véanse las acertadas observaciones de F. CALASSO, en el prólogo a la traducción italiana (a cargo de A. BISCARDI) de la obra de KOSCHAKER, *L'Europa e il Diritto Romano*, Florencia, 1962, sobre la sorprendente concepción de KOSCHAKER de que la recepción en Alemania no fue resultado de la excelencia del Derecho romano frente a otros (y se pregunta CALASSO con P. de FRANCISCI: ¿de cuáles?), sino resultado de un acto de fuerza, pp. xxiv ss.

⁷ L. MITTEIS, en el discurso de 1917 «Antike Rechtsgeschichte und romanistische Rechtstudium» (*Mitteilungen des Vereins der Freunde des humanistischen Gymna-*

mación del jurista alemán, obligado al estudio de un Derecho codificado marcado por partir más de la consideración de las asociaciones humanas que de las relaciones entre individuos), en el periodo de entreguerras, la confianza que siempre habían tenido los romanistas en una suerte de imperecedera *vigencia* de este Derecho del pasado hizo crisis; una crisis que originó no sólo el cuestionamiento de las líneas de investigación y de aproximación metodológica por entonces corrientes, con inclusión de la orientación misma dada a su docencia, sino también el que se plantearan cuestiones gnoseológicas vinculadas tanto al modo de preguntar y seleccionar en relación con el pasado, como al modo de exponer en la docencia los resultados⁸. Y una respuesta a estas cuestiones, más favorable a acentuar el valor del Derecho romano en relación con la dogmática jurídica, con la explicación de principios, conceptos generales y reglas del Derecho, que a insistir en el estudio del Derecho romano en sus relaciones con las otras creaciones del espíritu en determinados contextos histórico-sociales, fue, ya al final del mencionado periodo, en 1938, la respuesta de KOSCHAKER: el Derecho romano sólo podría llegar a asegurar su presencia en los planes de estudio de las facultades de Derecho en la medida en que se revelara útil para realizar en la docencia una exposición sistemática-dogmática de los conceptos fundamentales del Derecho privado que introdujera a las ideas jurídicas europeas. En esto, en la posibilidad, por tanto, de un nuevo *usus modernus Pandectarum* adaptado a los nuevos tiempos, podría decirse que consistía la llamada «actualización» del Derecho romano que KOSCHAKER proponía en aquel escrito de 1938 (y que renovará en 1947), en medio de una Alemania dominada por el Partido Nazi, en la que el Derecho romano era condenado como incompatible con el nuevo orden.

sium, Viena, Heft XVIII, 1918, pp. 56-76). Fue publicado en 1918, pero había sido dirigido a la Sociedad de los amigos del Gimnasio Clásico de Viena en 1917.

⁸ Por ejemplo, E. RABEL, discípulo también de MITTEIS, se pronunciaba en 1931 en estos términos («El fomento internacional del derecho privado», *Revista de derecho privado*, 1931, 18, pp. 42 ss.): «para nosotros (es decir, los pueblos abarcados por el sistema romano, a diferencia de los abarcados por el inglés o el islámico) el Derecho romano todavía no es sólo un tónico, sino uno de los elementos de vida que, llamados *hormones*, se reparten por todo el organismo, favoreciendo el crecimiento y el desarrollo de nuevas formas, o conteniéndolo... El romanismo práctico es el lazo de unión entre los pueblos, y es el más fuerte, a pesar de que casi en todas partes está despojado del poder temporal, y a pesar de que tiene que dividirse el dominio sobre los espíritus con muchos otros poderes. Su misión más noble sería ser cada vez más el punto de partida para un nuevo Derecho mundial, y dejarse absorber por un nuevo *ius gentium* privado».

Y es que la defensa de estos estudios, la lucha por su mantenimiento, no estaba allí desprovista ni lo ha estado nunca de significado político. Por lo que respecta a los escritos de KOSCHAKER, hay que decir que, tanto en el de 1938 como en el libro de 1947, resuenan, desde luego, las palabras de su maestro MITTEIS, en 1917, acerca del «perdurable contenido de verdad en relación con las categorías indispensables del pensamiento jurídico»⁹; pero también ha de señalarse que al estar unidos además ambos escritos por la ocasión histórica en que se originaron, responden así a otra acendrada convicción de MITTEIS: la conexión entre sociedad liberal y Derecho romano. En el mencionado discurso de 1917, en la antesala misma del crítico periodo de entreguerras, MITTEIS había afirmado que, en realidad, sólo parcialmente el futuro de los romanistas, como investigadores y docentes, y el futuro del estudio del Derecho romano, como disciplina científica y propedéutica, dependían de los romanistas mismos, pues, «la vida interior de la ciencia romanística», decía, «sobrevivirá [...] mientras el ordenamiento jurídico conserve el carácter individualista que hoy es en él prevalente». Dos años después de publicarse estas palabras de MITTEIS, el punto 19 del programa del partido nacionalsocialista así lo confirmaba¹⁰.

2. R. ZIMMERMANN: «EUROPA Y EL DERECHO ROMANO»

A R. ZIMMERMANN se debe el escrito con ese mismo título, aquí traducido, y que me sirve de ocasión para estas páginas¹¹. Pero a pesar de su título, ese escrito es del todo diferente de la obra homónima de KOSCHAKER. Ésta es en gran medida una obra de interpretación histórica del fenómeno de la recepción del Derecho romano, especialmente en Alemania, y una obra atravesada de rigor científico, pero también de angustia y pasión: es «la historia, no de la recepción», decía F. CALASSO «sino del alma alemana, culta y despiadadamente analizada en sus contorsiones y en sus contradicciones, esas que tuvieron a veces, en el mundo del espíritu, la potencia y la violencia que en el campo de la

⁹ En el citado discurso de 1917, p. 493.

¹⁰ Pero también el principio liberal del Derecho civil hoy perdura sólo en tanto no suponga obstáculo a los principios del Estado del Bienestar, *vid.* M. STOLLEIS, «Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder: Hic sunt leones», *Rechtshistorisches Journal*, 1985, p. 257.

¹¹ R. ZIMMERMANN, «Europa und das römische Recht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 2, 2001.

fuerza bruta amenazaron la destrucción de Europa. Todo esto, en nombre del Derecho romano. He aquí la piedra clave del gran binomio: Europa y Derecho romano»¹².

Pero es una obra preocupada también por el destino de los estudios de Derecho romano y que termina por ello con palabras que, descendiendo a la arena donde se libraba la batalla de la subsistencia del Derecho romano como objeto de estudio, KOSCHAKER dirigía a los cultivadores del Derecho romano. Más de cincuenta años después, en el escrito de R. ZIMMERMANN de idéntico título que el libro de KOSCHAKER existe asimismo idéntica preocupación y parecida admonición a la romanística. Y en ambos casos todo ello hecho con alteza de miras. Si para KOSCHAKER el propósito de su indagación no era «el de glorificar o condenar la recepción, especialmente en Alemania, porque la importancia que el estudio del Derecho romano puede tener todavía en el presente para el jurista está, a mi parecer, en el hecho de haber cooperado a la edificación de una ciencia europea del Derecho, y esta obra es largamente independiente de la circunstancia de que haya sido acompañada o no de una recepción», también para ZIMMERMANN la importancia del Derecho romano en la actualidad radica en lo mismo: en que, por haber cooperado de manera decisiva en el pasado a la edificación de una ciencia europea del Derecho, necesariamente ha de estar en la edificación hoy de esa ciencia del Derecho privado europeo que este Derecho a su vez exige. Por eso, así como KOSCHAKER se dirigía a los cultivadores del Derecho romano proponiéndoles una rectificación en el rumbo de sus estudios atendida la real importancia histórica tenida por aquel Derecho en Europa, así también ZIMMERMANN se dirige a los cultivadores actuales del Derecho romano para que, sin abandonar la consideración puramente histórica del mismo, se acerquen a él con el propósito de hacerlo servir de nuevo a la edificación de una ciencia jurídica europea digna de ese nombre: los romanistas deben «proceder de nuevo a una decidida observación del Derecho moderno, precisamente a esa observación que posibilita en general una profunda comprensión del mismo, pone de manifiesto las peculiaridades de su desarrollo en comparación con otros ordenamientos europeos y hace posible con esto que de nuevo pueda trascenderse el limitado horizonte de una jurisprudencia nacional. En este sentido, existe justamente hoy, en efecto, la necesidad de hacer del Derecho romano “un vínculo

¹² *Op. cit.*, pp. xxii ss.

vivo en la formación de todos los juristas”, el fundamento, por tanto, de una formación dirigida a un Derecho privado europeo y no sólo ya alemán, inglés o italiano».

3. LA EUROPEIZACIÓN DE LA CIENCIA DEL DERECHO

Antes de continuar es necesario detenerse por un momento para considerar que la propuesta de ZIMMERMANN se inscribe en lo que H. COING llamó la europeización de la Ciencia del Derecho¹³.

Decía COING en 1990 que la ciencia del Derecho en los Estados de la Unión Europea era de momento una ciencia nacional, no una ciencia general común; que ese carácter nacional se concretaba especialmente en el distinto modo como las leyes eran interpretadas en cada uno de ellos; y que, aun existiendo ideas comunes entre ellos, tampoco se ponía el acento sobre esas semejanzas en las realizaciones científicas.

Por otra parte, esta vinculación de la ciencia jurídica a las culturas jurídicas nacionales determinaba también la enseñanza. El jurista normal, recordaba COING, es formado en su Derecho nacional: «no existe todavía el jurista europeo». Pero en una medida todavía más intensa valía esto mismo del marchamo nacional para la jurisprudencia, como también para las reglas del Derecho internacional privado y para la ciencia, también nacional, referida a ese ámbito.

Entretanto, sin embargo, se estaba formando en relación con ciertas cosas un Derecho común europeo. Pero con las vista puesta en 1992, en la unión cada vez mayor entre los Estados pertenecientes a la Unión Europea tras el Tratado de Maastricht, decía COING que el tratamiento de ese Derecho privado debería ser objeto de un trabajo transnacional, o, en otras palabras, que debía desarrollarse una manera europea de considerar ese Derecho privado, especialmente por lo que se refiere al ámbito central del tráfico jurídico. Algo necesario porque la diferencia entre las diferentes ciencias jurídicas nacionales planteaba, y plantea, problemas, por ejemplo, al resultar interpretadas de distinta forma en cada país las reglas o las directivas comunitarias. Y es que, avisaba COING, en el fondo está la realidad de que el Derecho

¹³ H. COING, «Europäisierung der Rechtswissenschaft», *NJW (Neue Juristische Wochenschrift)*, 1990, pp. 937 ss.

no consiste sólo en leyes, sino en ciencia jurídica y jurisprudencia; por eso, tampoco el Derecho europeo puede descansar sólo en reglas legales: es preciso también una ciencia del Derecho de orientación europea.

En realidad, el ejemplo de las unificaciones jurídicas nacionales se hace presente. Pues así como las grandes codificaciones del siglo XIX no habrían llegado a buen puerto sin una ciencia (entonces nacional) del Derecho, decía COING que la fundación de una ciencia del Derecho privado de orientación europea era, por tanto, el primer paso que había de darse en aras de una unificación del Derecho en Europa.

Para todo esto quizá haya ejemplos no sólo en el pasado, el *ius commune*, sino también en el presente, el *common law* americano. Pero así como el ejemplo del pasado tiene un valor relativo, pues el *ius commune* no impidió las variaciones locales del Derecho a lo ancho y largo de Europa —la existencia de esa común ciencia del Derecho no lo pudo evitar—, quizá por ello, mantenía COING, resulte más interesante el segundo modelo. Al fin y al cabo, en los Estados Unidos hay una unidad de ciencia jurídica y una unidad de formación jurídica, compatibles con la existencia de diferencias, pero no tan grandes como las que no pudieron evitarse en Europa, cuando el *ius commune*, entre los ordenamientos de los diferentes Estados¹⁴.

De todas formas, la situación europea actual presenta dificultades singulares no presentes en los modelos referidos, como son la ausencia de un idioma común y una falta de tradición común a todos. Con esto último hacía referencia COING al *common law* inglés, y a los sistemas danés y escandinavos, aunque reconocía la existencia sobre las diferencias de elementos de unión y por eso no descartaba finalmente la posibilidad de edificar una ciencia europea, sin exclusiones, del Derecho.

Para esa edificación proponía COING tres vías. Tres vías con las que liberarnos de una manera puramente nacional de pensar jurídicamente. Una de ellas, la de introducirse y conocer cada vez mejor los Derechos de los otros Estados europeos. Y en esta tarea una parte le correspondería a la Historia del Derecho, naturalmente. La segunda vía era

¹⁴ M. REIMANN, «Amerikanisches Privatrecht und europäische Rechtseinheit. Können die USA als Vorbild dienen?», en R. ZIMMERMANN (ed.), *Amerikanische Rechtskultur und europäisches Privatrecht*, Tubinga, 1995, pp. 132-155.

la de la comparación jurídica, a la que le correspondería el papel más importante. Estas dos vías, es decir, estos dos empeños científicos, se constituirían así en la base de una unificación jurídica europea.

Pero naturalmente, sobre estas bases resultaría de todo punto necesario, y ésta es la tercera vía, renovar la docencia y la formación jurídicas en Europa entera, de manera que las materias fundamentales del Derecho privado no sigan versando sólo sobre las reglas y las soluciones nacionales; y en esa tarea, pero especialmente en la parte que ha de introducir al desarrollo de los diversos Derechos europeos, el protagonismo le correspondería a los historiadores del Derecho ¹⁵.

4. SIGNIFICADO DE DERECHO ROMANO E IMPORTANCIA DEL DERECHO ROMANO EN ESTE CONTEXTO

Volviendo adonde estábamos antes de este paréntesis, habría que hacer, de entrada, dos observaciones. Convendría, en primer lugar, llamar la atención sobre el hecho de que lo que se dice sobre la importancia que conservaría todavía hoy el Derecho romano en la construcción de una ciencia jurídica europea del Derecho privado encuentra, o ha encontrado, al menos hasta un pasado reciente, mejor explicación en ámbitos de lengua alemana que en otros distintos. Y ello porque las situaciones nacionales son diversas. Observa R. KNÜTEL cómo, a diferencia de lo sucedido en Francia, donde la investigación romanística apenas desempeña algún papel, pero a diferencia también de lo que pasa en Italia y España, por ejemplo, donde el Derecho romano se ha cultivado ampliamente, aunque sin conexión con el Derecho vigente, sólo en el ámbito de lengua alemana, por haber tenido gran peso junto al trabajo histórico el dogmático sobre el Derecho romano, ha sido fecunda la experiencia jurídica romana para la solución de problemas del Derecho vigente ¹⁶. Esta diferencia en la actividad de los romanistas alemanes

¹⁵ Un elenco de los progresos realizados en esa tarea de europeización del Derecho privado, puede leerse en R. ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives*, 2005, pp. 35-38. Hay traducción española de esta obra por Esther ARROYO, 2008.

¹⁶ R. KNÜTEL, «Römisches Recht und Europa», *RIDA*, Supplément au tome XLI, 1994, pp. 185 ss. KNÜTEL señala también algunas razones que explican la desconexión de la investigación romanística respecto del Derecho vigente: las dificultades que plantea la investigación de la materia, la prolongada concentración de los romanistas en la crítica textual, el hundimiento del conocimiento de las lenguas clásicas y, en general, el

respecto de sus colegas italianos o españoles, que viene facilitada sin duda por la distinta organización de la docencia (en España, por ejemplo, dividida en compartimentos absolutamente estancos), explica también su habitual competencia en materias de Derecho positivo vigente y su normal puesta al día en los problemas jurídicos actuales. Por eso no cabría amonestar a los romanistas alemanes «por querer, en los últimos años, correr detrás de un Derecho europeo que permanece como un fenómeno en sí huido y cuya construcción, o reconstrucción, postula competencias ulteriores que los romanistas no pueden tener»¹⁷.

La segunda observación es que el que el Derecho romano deba ocupar cierta significativa posición en la construcción de esa ciencia jurídica europea no es prurito de romanista en ZIMMERMANN. Y no lo es por dos razones. Primero, porque el conocimiento de hasta qué punto está nuestra cultura jurídica europea conformada por el Derecho romano —que siempre que reflexionamos no sólo sobre los términos y conceptos centrales de nuestro propio Derecho, sino también sobre el método jurídico, nos vemos precisados de tener que asomarnos a las páginas del *Corpus Iuris*— es un conocimiento que todos compartimos¹⁸. Y, en segundo lugar, no es prurito de romanista tampoco porque la propuesta de ZIMMERMANN trata más bien de establecer lo irrenunciable del conocimiento histórico jurídico en general, y no sólo del Derecho romano,

desvanecerse del ideal humanista de formación, p. 217. El asunto viene de lejos: la decadencia del modelo formativo del humanismo clasicista y su negativa influencia en los estudios romanísticos ya era notado por MITTEIS en vísperas de la Gran Guerra; y también, por KOSCHAKER, quien explica lo que la investigación romanística se apartó desde 1900 hasta esas mismas vísperas ya no sólo del interés de los juristas sino del *Corpus Iuris* mismo: como si estuvieran más interesados en las leyes fiscales de Ptolemaios Philadelphos que en estar en el *Corpus Iuris* como en su casa, *vid.* J. G. LAUTNER, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zúrich, 1976, pp. 147 ss.; R. ZIMMERMANN, «Heutiges Recht, Römisches Recht. und heutiges Römisches Recht», en *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg, 1999, pp. 29 ss.

¹⁷ U. VINCENTI, en la solapa del libro de L. RAGGI, *Il Metodo Della Giurisprudenza Romana*, Turín, 2007. Un correr tras el Derecho europeo que considera «nefasto», «veleidoso»; no obstante, no todo pueden ser ventajas en la situación alemana. Sobre ventajas e inconvenientes, en relación con la determinación del interés en la investigación, de la obligación que los historiadores del Derecho en Alemania tienen de conocer una disciplina de Derecho vigente, *vid.* M. STOLLEIS, «Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder: Hic sunt leones», *op. cit.*, p. 254.

¹⁸ G. BROGINNI, «Significato della conoscenza storica del diritto per il giurista vivente», en P. CARONI y G. DILCHER (eds.), *Norm und Tradition/Fra norma e tradizione*, Colonia, 1998, p. 66.

para la construcción de una ciencia jurídica europea del Derecho privado. De manera que este conocimiento histórico jurídico, además de referirse al Derecho romano, ha de referirse también al Derecho canónico, al Derecho natural y a todo otro elemento formativo de los Derechos nacionales europeos. Un recurso además a la historia del Derecho que viene exigido, también, cuando y si uno recurre, como no puede ser de otro modo, para esa construcción científica al Derecho comparado¹⁹.

Dicho lo anterior, hay que añadir que la necesaria consideración de tanto número de factores conformadores del Derecho europeo nada dice en contra de la preeminencia entre ellos del Derecho romano. Pero llegados a este punto, es ahora cuando es necesario entender bien, insiste ZIMMERMANN, qué significamos en realidad cuando decimos Derecho romano e influencia del Derecho romano en el Derecho romano actual, es decir, en nuestro Derecho codificado.

Pues como ZIMMERMANN pone de manifiesto con numerosos ejemplos, los distintos Derechos continentales europeos divergen entre sí en las soluciones que dan para un mismo problema, cuando en realidad se apoyan todos ellos en el Derecho romano. Naturalmente existen razones que explican esto. Que lo que une y separa a las modernas codificaciones europeas se deriva, por un lado, de la compleja conformación histórica de la compilación justiniana misma y, por otro, de la conversión, a partir de la Recepción, de ese Derecho romano aprendido en la Compilación en un Derecho romano para el uso actual, ya en la Edad Media, ya en la Edad Moderna. Y que a esto hay que añadir además que ese *ius commune* así generado más que en uniformidad en lo material en lo que consistía era en unidad intelectual, es decir, en una misma «formación científica orientada hacia unas mismas fuentes», en una formación que al permitir una discusión racional en un ámbito internacional «fue capaz de hacer aparecer las diferentes expresiones del *ius commune* como variantes de un mismo tema».

Pero si este *ius commune* no significaba en lo material un Derecho común europeo, tampoco el *usus modernus pandectarum*, el acostumbrado uso teórico-práctico de las *Pandectas* para la vida jurídica del

¹⁹ «History involves comparison», decía F. W. MAITLAND (en «Why the history of English Law is not written», *Collected Papers*, vol. 1, Cambridge, 1911, p. 488), «comparison involves history» formuló G. GORLA («Diritto comparato», *Enciclopedia del Diritto*, vol. 12, Milán, 1964, p. 930, nota 5). Por lo demás, MAITLAND lo había aprendido de BLACKSTONE.

tiempo, resultó en otra cosa más que en una integración del Derecho romano —la de un Derecho romano antiguo, resultado, también él, de la operación sobre y junto a él de factores no estrictamente romanos— con otros variados elementos, como el Derecho canónico, el Derecho consuetudinario autóctono, los usos del comercio y la teoría del Derecho natural, caracterizando la integración así alcanzada a los actuales ordenamientos jurídicos continentales europeos como sistemas jurídicos mixtos. Ésta es la razón, explica ZIMMERMANN, por la que «Europa y el Derecho romano» no es una expresión que quiera decir que se encuentren elementos del Derecho romano clásico en nuestros modernos ordenamientos jurídicos, o que las fuentes jurídicas romanas tengan todavía de alguna forma fuerza normativa; quiere decir más bien hasta qué punto es el Derecho privado europeo algo acuñado por una tradición que históricamente se retrotrae al Derecho romano, pero que, por encima de éste, ha crecido de muy diversas formas a lo largo de un proceso de desarrollo que ha durado siglos»²⁰.

Una manifestación concreta de este sustrato común sobre el cual y con cuyos elementos se edifica un Derecho actual europeo, y por lo tanto una forma distinta de construirlo que la de la utilización de la codificación o de los actos legislativos²¹, lo constituye el frecuente recurso por los tribunales europeos a máximas (tomadas directamente de las fuentes romanas, o que se formaron a partir de éstas y de las del Derecho canónico) en las que asoman los principios jurídicos comunes a todos los Estados miembros y que no cabe comprender cabalmente sin la consideración misma de esas fuentes²². Esto, por otra parte, explica

²⁰ En parecida dirección apuntan las reflexiones de D. JOHNSTON en su lección inaugural «The Renewal of the Old», *Cambridge Law Journal*, 56, 1997, pp. 80 ss.

²¹ P.-Chr. MÜLLER-GRAFF, «Private Law Unification by Means other than of Codification», en A. S. HARTKAMP *et al.* (eds.), *Towards a European Civil Code*, Dordrecht, 1994, pp. 19-36.

²² En la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea estaríase formando, a través del descubrimiento de esos principios, una suerte de «Parte General» del Derecho comunitario; así R. KNÜTEL, «*Ius commune* und Römisches Recht vor Gericht der Europäischen Union», en *Jus. Zeitschrift für Studium und praktische Ausbildung*, 9, 1996, pp. 768-778. También del mismo R. KNÜTEL, «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZeuP)*, 2, 1994, pp. 244-276. No obstante, sobre los posibles significados y alcance que pudiera tener este recurso a máximas romano-canónicas por los tribunales europeos, *vid.* acertadamente, F. J. ANDRÉS SANTOS, «Epistemological Value of Roman Legal Rules in European and Comparative Law», *European Review of Private Law*, 3, 2004, pp. 347-357.

muy bien cómo precisamente en este viejo *ius commune*, fundamento de los ordenamientos jurídicos europeos, se encuentra la explicación del rápido desarrollo con la Unión Europea de ese nuevo *ius commune*, como algunos así lo llaman, que sería el Derecho comunitario²³.

5. LA EUROPEIDAD DEL DERECHO ROMANO

Si de esta forma queda establecido en qué sentido y medida es romano el Derecho privado europeo, también resulta necesario preguntarse hoy por la europeidad misma de esa tradición jurídica europea tan hondamente conformada por el Derecho romano²⁴. Preguntarse si esa nota no es algo que ponemos nosotros sino que se desprende de lo que las cosas son, es algo que resulta hoy del todo necesario porque sólo si todos los distintos círculos jurídicos europeos —y la unificación jurídica europea que hoy se intenta ha de trascender los límites geográficos de la Europa continental— pudieran ser comprendidos en una misma tradición, tendría sentido plantearse la operación conjunta de la Dogmática jurídica, la Historia del Derecho y el Derecho comparado en la edificación de un Derecho privado europeo y en la construcción de una ciencia jurídica europea del Derecho privado.

De SAVIGNY a KOSCHAKER, y hasta nuestros días, la afirmación de haber sido la cultura jurídica europea conformada por el Derecho romano es repetida una y otra vez. Los modelos romanos, se dice, siguen inspirando los términos del discurso jurídico y el discurso del método jurídico; además, a pesar de las conocidas rupturas de la continuidad —en el Derecho público, el Estado constitucional; en el Derecho privado, la Codificación—, y sin echar en olvido mil quinientos años de historia, existe todavía hoy en día en el ámbito continental europeo la referencia constante al *ius commune* y la pretensión de universalizar una cultura jurídica inspirada en aquella tradición, en aquella común tradición jurídica europea²⁵.

²³ W. WALDSTEIN, «“Ius Gentium” und europäische “ius comune”», *Index*, 26, 1998, p. 454, *vid.* D. A. O. EDWARD, «The Role and Relevance of the Civil Law Tradition in the Work of the European Court of Justice», en C. MILLER y R. ZIMMERMANN (eds.), *The Civilian Tradition and Scots Law. Aberdeen Quincentenary Essays*, t. 20 de la serie *Schriften zur Europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Berlín, 1997.

²⁴ A estas dos cuestiones vuelve a referirse últimamente en «Römisches Recht und europäische Kultur», *JZ (Juristen Zeitung)*, 5, enero de 2007.

²⁵ G. BROGGINI, *op. cit.*, p. 66.