

EL DERECHO ROMANO Y EUROPA

Ricardo Panero Gutiérrez

Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Barcelona

Sumario: 1. Introducción: A) El Derecho, B) El Derecho Romano y C) La Tradición Romanística. 2. Europa: el derecho romano como *ius commune*; su difusión universitaria: A) Europa; B) *Ius Commune*; C) Universidades. 3. El derecho romano a partir del BGB: A) Concepción jurídica de un derecho histórico; B) Concepción académica autónoma. 4. El tercer milenio: juicios jurídico-críticos: A) Sobre el derecho; B) Sobre quienes lo enseñan; C) Sobre el que lo profesa. 5. Las tradiciones jurídicas europeas: compatibilidad. 6. derechos: común, comunitario y codificado: A) Derecho común; B) Derecho comunitario; C) Derecho codificado 7. El derecho europeo: A) *Unde?*; B) *Quo?*; C) *Ubi?*; D) *Qua?* 8. Algunos principios jurídico europeos de base romanista.

1. INTRODUCCIÓN

A) DERECHO

Es sabido que: a) KANT, a mediados del siglo XVIII, parafraseando al LEIBNITZ, de fines del siglo XVII, (*Codex iuris Gentium dipolomaticus*, 1693) muestra su fina ironía, diciendo “*que incluso en pleno siglo XIX los juristas buscan aún una definición de su concepto de Derecho*”; b) HERMOGENIANO, jurista del siglo IV, en D.1.5.2 (*libro I iuris Epitomarum*), recuerda que presupuesto de todo el Derecho es el hombre (*hominum causa omne ius constitutum est*); c) ARISTÓTELES precisa que, éste es sociable por naturaleza (*zoós politikós*) por lo que es ilustrativo, se suele añadir por los más modernos, contraponer al hombre en sociedad con un *Robinson Crusoe*, cuyo aislamiento y soledad impediría que alguien pudiera discutirle la facultad de hacer algo, y d) en fin, CICERÓN, resume la relación “hombre, sociedad y derecho” al decir: donde está el hombre (*ubi homo*) allí está la sociedad (*ibi societas*) y donde está la sociedad (*ubi societas*) allí está el Derecho (*ibi ius*)¹.

El Derecho, pues: se muestra como norma de convivencia y ejerce una función de instrumento pacificador de conflictos entre hom-

bres. Gracias a él, por resumir²: cada uno sabe lo que es suyo; lo que debe y puede exigir a los demás y lo que los demás pueden exigirle, evitando (en suma) lo que sin él podría ser, lo recuerda HOBBS (*De cive*, 1,12; 5,2): una guerra de todos contra todos (*bellum omnium contra omnes*).

Esta norma de convivencia, exige dos presupuestos. 1º) Una organización: el Estado. Pues, recuerda LATORRE³, éste es, en sí, una organización de poder, que muestra su triple faz (de legislador, juez y gendarme) *creando* la norma, *aplicándola* e *imponiéndola*, en su caso. 2º) Que regule actos externos del hombre, indispensables para vivir en Sociedad y cuyo cumplimiento pueda exigirse coactivamente. En suma, se exige, que la norma sea jurídica, pues, como es sabido, no toda norma de convivencia es Derecho, al existir otras normas de conducta (como las religiosas, morales o sociales) que, también, ordenan en cierto modo, esta convivencia.

Partamos, pues, de la idea general, de que el Derecho es un conjunto de normas jurídicas que regulan la vida en sociedad, sin que utilizar una teoría *normativa* comporte, como advierte TORRENT⁴, preterir otros factores: éticos, sociales, culturales, políticos, económi-

cos y religiosos, que ayuden a comprender el fenómeno jurídico.

Todo esto es conocido y pacífico en el campo teórico y doctrinal. Sin embargo, desde 1998, descendiendo a la práctica y “a pie de obra”, vengo preguntando⁵: a) ¿Qué ocurre cuando la idea de *Estado* está en crisis?; b) ¿Cuando en su *faz legislativa*, a veces, parece convertirse en instrumento *provocador* (y no pacificador) de conflictos sociales?; ¿Cuando en su *faz judicial*, unas veces, olvidando a MONTESQUIEU, se pone en tela de juicio su independencia y, otras, se eclipsa, por la luz de algunos jueces convertidos en estrellas?; ¿Cuando su *faz gendarme* se cuestiona y la insumisión se proclama? ¿Los ejemplos están en la mente de todos...;

Seamos pacíficos nosotros: Recordemos que el significante crisis comporta, en su rica polisemia, el significado cambio; que hoy es una época de cambio y crisis y que el Derecho no puede sustraerse a ello.

Por esto, y sería una primera reflexión, como dice LATORRE⁶: comprender al Derecho en sus cambios pasados, ayuda al jurista a comprender los presentes; y aquello y esto, a través de las relaciones entre evolución jurídica y evolución social e ideológica, no se hará fácil, nunca lo es, pero sí menos difícil.

B) DERECHO ROMANO

Sigamos siendo pacíficos y recordemos lo no cuestionado. Así:

a) Que todo pueblo, a lo largo de su historia, posee, en mayor o menor grado de perfección, ese conjunto de normas jurídicas, con las que identificamos Derecho. Por ello Derecho Histórico se opone a Positivo (vigente) pues este es: el *positus*, “puesto”, fijado, en ciertas coordenadas de tiempo y espacio.

b) Que el Derecho Romano: es, por tanto, el conjunto de normas jurídicas por las que se rigió Roma a lo largo de su Historia. Abarca, pues, en el tiempo, desde la formación (mejor que la fundación, aludida por TITO LIVIO, *ab urbe condita*) de la ciudad (mediados s. VIII AC) hasta el 565 DC, muerte de Justiniano,

cuya figura se toma como cierre, porque a través de su obra, el *Corpus Iuris*, al que añade DIONISIUS GOTHOFREDUS (1549-1622): *Civilis* se transmite a la posteridad todo el saber jurídico de Roma.

c) Que a zaga de BIONDI⁷, hoy, se suele distinguir entre Derecho Romano y Tradición Romanística, por la que se entiende un segundo proceso histórico que se proyecta, en el tiempo, desde finales del s. XI, en Bolonia, hasta nuestros días.

d) Que, recordando a VINOGRADOFF⁸, este proceso es, desde un cierto punto de vista: “*la Historia casi de un fantasma, pues se trata de la segunda vida del Derecho Romano, después de la pérdida del cuerpo en que, por vez primera, vio la luz*”.

e) Que esta Tradición no ha entendido siempre lo mismo por Derecho Romano. Unas veces, ha visto en él la *reconstrucción* del Derecho del pueblo de Roma (visión histórica); otras, la *construcción* de un Derecho válido y actual para otras épocas, asentado sobre bases romanas (visión dogmática)⁹ y que nada impide (criterio por el optamos) obviando la contraposición, hablar de *continuación* del Derecho Romano, en una evolución secular¹⁰.

f) Que las dos tendencias (histórica y dogmática) convergen en SAVIGNY en el que se da la paradoja de que, influido por el neoclasicismo y romanticismo de su época, funda la Escuela *histórica* del Derecho y, a la vez, un pasado próximo iusracionalista hace que su obra de madurez, más destacada sea: El sistema del Derecho Romano *actual*¹¹. Las dos tendencias, influirán, a partir de él, y su discípulo PUCHTA, por separado, en los juristas de la segunda mitad del siglo XIX.

En síntesis: de un lado, el estudio *histórico* del Derecho Romano y su evolución, cuyos últimos representantes en lo académico (*neo-humanistas* los llama KOSCHAKER) son los actuales profesores de Derecho Romano; y de otro, su estudio *dogmático*, para la aplicación práctica de sus normas, que estaría representado, en aquel sector, por los actuales profesores de Derecho Civil, herederos de la *Pan-*

dectística, corriente alemana (en España no la hubo) del siglo XIX, que se caracteriza, como su nombre advierte, y conviene no olvidar, por los estudios sobre el Digesto en su denominación griega, *Pandectas*.

C) TRADICIÓN ROMANÍSTICA

VOLTAIRE, cuya aversión por el Derecho Romano le hizo decir: “¿queréis buenas leyes?, pues quemar las de Justiniano y haced otras”. (Lo que *natione materiae*, no comparto): advertía, también, que el “*arte de aburrir es pretender decirlo todo*” (Lo que sí) y en ello incurriríamos, de intentar detenernos en todas y cada una de las corrientes ideológico-culturales de estos 10 siglos (XI al XXI) pues *pretenderlo* sería *proponer* el estudio de la historia de la cultura jurídico europea.

Por ello me limito a resumir, a zaga de KOSCHAKER y WIEACKER¹², que las referidas corrientes van a incidir en la concepción y estudio del Derecho en general y del Romano en particular. Así lo hacen¹³: a) En los siglos XI y XII: Las ideas de *autoridad e imperio*. b) En los XIII y XIV: La propia decadencia de la idea de Imperio; la difusión de la doctrina de Aristóteles y la labor de la Escolástica sobre ella asentada. c) En los XV y XVI: el *humanismo renacentista* y la búsqueda de la verdad por todos los medios. d) En el XVII y sobre todo el XVIII: el *iusnaturalismo racionalista*, el libre examen y la fuerza ilimitada de la razón; y, ya en la Edad Contemporánea, e) en los siglos XVIII y XIX: las nuevas *corrientes políticas* (que cristalizan en unificación de Estados), *sociales* (que lo hacen en el ideario de la Revolución Francesa) y *culturales* (que plasman en el neoclasicismo y romanticismo), sin olvidar que las influencias *racionalistas* de antes y las *necesidades prácticas* de siempre propiciarán una tendencia Codificadora que encuentra en el *Code Napoléon* (1804) (verdadero Código de exportación) a su más genuino representante y en el BGB alemán de 1900, el cenit de su técnica más depurada.

No me resisto a recordar la frase que aparece en la EM del Código Napoleón atribuida a uno de sus autores, PORTALÍS¹⁴: “*Hemos levantado, en parte, nuestro edificio legislativo con*

los materiales que nos han transmitido los jurisconsultos de Roma. Roma ha subyugado a Europa con sus armas y lo ha civilizado con sus leyes”. Si no se considera petulancia por nuestra parte, propondríamos reflexionar sobre las tres últimas palabras y sustituirlas por “con su *derecho*”, pues SCHULZ¹⁵ se encarga de recordarnos que Roma “*que es el pueblo del Derecho no es, en cambio, el pueblo de la Ley*” y es de aquél y no de ésta del que los juristas somos deudores.

2. EUROPA: EL DERECHO ROMANO COMO *IUS COMMUNE*; SU DIFUSIÓN UNIVERSITARIA

A) EUROPA

Hacia el año 900 a.c.: HESÍODO, en su Teogonía, usa por vez primera el nombre de Europa¹⁶. Cinco siglos después, lo hará HIPÓCRATES, padre de la medicina, que la describe comparándola a Asia, y... hablando de padres... Heródoto, el padre de la Historia, nos dice que la tierra se divide en tres zonas: Europa, Asia y Libia, después conocida como África. Tal división, precisa KOSCHAKER¹⁷, toma como base el mar Egeo y hace que, en principio, Europa sea en lo general Mediterránea y en lo particular, griega.

En suma: según HERRERA BRAVO¹⁸ y MURILLO VILLAR¹⁹ (a quienes, en lo general, sigo²⁰) son los griegos quienes identifican a Europa como un espacio geográfico y es, precisamente, su mitología la que nos presenta a algunas heroínas con este nombre. La que propicia el de nuestra área geográfica es una joven y bella fenicia, hija del rey AGENOR, que jugaba en las playas de Tiro cuando fue avistada por ZEUS que, atraído por ella y metamorfoseado en gran Toro blanco, la raptó y condujo a Creta, donde la convertiría en su reina... y en la madre de los reyes de la dinastía de Minos.

Herederos de la grandeza griega, y según historiadores (POLIBLIO) y geógrafos (ESTRABÓN) de los romanos conservan una cierta idea geográfica de Europa (lo demuestra PLINIO el

Viejo, al inicio de nuestra era). En suma: fijan su límite Oeste, en el Océano Atlántico; contemplan a Gran Bretaña, como isla europea; señalan la frontera en el Este, con el Don y desconocen si Europa es o no insular. Para ellos, en fin, Europa comprende una serie de territorios y de pueblos: Iberos, Celtas, Germanos, Tracios, Griegos y un largo etcétera, junto a los desconocidos países escandinavos y una vasta planicie que se extiende desde el Báltico al Don²¹.

Lo cierto es que Europa no forma, de manera aislada, un continente, sino solo una península junto con Asia. Así, nos dice TOMAS Y VALIENTE²² que, por no ser un producto natural ni un supuesto geográfico: ni ha tenido, ni tiene, pacíficas y claras fronteras y por ser, en cambio, una realidad histórica, es, ante y sobre todo un fenómeno cultural, mezcla de elementos, romanos, germanos y cristianos; una civilización; una manera de entender la sociedad que, pese a las diferencias, conserva cierta uniformidad a lo largo de la Historia, pudiendo desprenderse de ello unos esquemas ideales de racionalidad que abarcan, por igual, sabores y creencias.

A la herencia greco-latina, se va a superponer el cristianismo y es a partir de este momento, aunque el proceso requiera siglos, cuando Europa surgirá con cierto protagonismo histórico, a través de la idea de la continuidad del mundo romano. Esta conciencia de identidad, según TORRENT²³, se inicia en el s VIII cuando con motivo de la invasión musulmana se produce el choque de las civilizaciones cristiana y musulmana. Es, precisamente, una crónica mozárabe del 754 la que designa como europeos (= *euro-penses*) a los que se enfrentaron a los árabes en Poitiers, en el 732, nombrando de este modo la continuidad continental que se defiende contra el enemigo exterior. Se define pues, una conciencia de Europa frente al Islam.

Dato de interés (y dentro de esta idea de Cristiandad) se produce cuando la noche de Navidad del año 800, el Papa LEÓN III, corona, en la catedral de San Pedro, a Carlomagno, Emperador y es saludado como *Rex Pater Europae*, reflejándose en los Anales de Fulda (recuerda MURILLO²⁴) su identidad al citar-

la como Europa o reino de Carlos: *Europa vel regnum Carolum*.

Por sintetizar: Más que de una forma política de Europa, que solo encontró con CARLOMAGNO y que el imperio germánico, que sucedió al carolingio, no pudo mantener, cabe hablar de una idea cultural, que aun no siendo unitaria tiene los ingredientes necesarios para amalgamarlos: mezcla de germanismo y de los elementos clásicos representados por el romano y el cristiano.

CANNATA²⁵, terminará por resumir: *Un mismo Dios; un mismo Papa; un mismo Emperador y un latín como lengua en una sociedad, que cada vez ignora más el griego y no utiliza las lenguas bárbaras en texto oficial alguno o con vocación literaria*. La pregunta surge espontánea: ¿Y un mismo Derecho? En la respuesta no hay duda: **NO**

B) IUS COMMUNE

Deberán transcurrir aún tres siglos para poder hablar de un mismo Derecho lo que, produciéndose en época medieval, requiere unas mínimas referencias, que nos conducen al aparente absurdo de lo que hoy podría denominarse ingeniería jurídica. O sea: que el Derecho que va a terminar siendo común en esta Europa existe antes que ella. De ahí que el título de este artículo sea *El Derecho Romano y Europa*, y no haya reproducido el de la obra de KOSCHAKER: *Europa y el Derecho Romano*. En otras palabras, Europa jurídicamente va a descansar en la visión dogmática, práctica si se prefiere, de un Derecho que le precede en el tiempo, aunque necesitará del concurso de las Universidades (téngase esto siempre muy presente, no se cansa de repetir TORRENT) a partir de su creación, siglo XI, para elaborar lo que se llamó *Ius Commune*.

En los siglos XI-XIII²⁶, en Bolonia nace su *Studium generale*, la Universidad más antigua junto a la de Teología de París, donde se agota, incluso en lo material, la actividad académica de la Escuela de Glosadores allí creada, y cuyo fin y mérito fue hacer inteligible la obra de Justiniano, logrando un texto sobre el que se va a apoyar durante siglos la cultura jurídica.

Esto se hace: libro por libro, título por título, frase por frase y línea por línea a través de glosas, término griego, que con igual grafía latina y catalana y omisión de una s en la castellana, comunica la explicación sucinta del significado de las palabras obscuras y que al hacerse en el mismo texto, al margen (glosa marginal) o entre líneas, (glosa interlineal) cristalizará en una *Magna Glossa*, (de ACCURSIO) con cerca de 100.000 glosas; lo que recordando (por caso) que la más extensa de las obras de JUSTINIANO, el *Digesto*, según su propio testimonio, tenía 150.000 líneas (*Constitutio, Tanta 1*) no es mal legado docente para sus sucesores.

A fines del s. XIII, principios del XIV²⁷, codificado, en cierto modo, el quehacer glosador, surge una nueva orientación en el estudio del Derecho Romano: la sucinta glosa se convierte en amplio comentario; el jurista, por su método de trabajo, de glosador pasa a comentarista y el derecho, de Justiniano, a Derecho Romano, una vez fijado y explicado, por la glosa, sigue siendo enseñado y sus *jurisprudentes* = conocedores del derecho, único que estudian y aprenden²⁸.

Así, por un lado (vertiente práctica) empiezan a aplicarlo, para resolver problemas de su época y por otro, (vertiente teórica) a sistematizar, ordenar, racionalizar y encuadrar todo el material jurídico en las categorías lógicas de la filosofía aristotélica; lo que hará que se conviertan en los primeros grandes dogmáticos y en los maestros de Europa del derecho.

Llevado quizá de un desmedido entusiasmo, (O NO), un no romanista, VALLET DE GOYTISOLO²⁹, llega a decir: “*todo cuanto tenemos no deteriorado del Derecho Civil, o sea que no necesita continuos retoques, resulta recibido del Derecho Romano, tal como lo dejaron los autores del Ius Commune, pues después no hemos hecho otra cosa, en la forma y en el fondo, que imitar, salvando las distancias, la mayoría de las veces, en su favor, el principal quehacer de comentaristas, o sea: compilar, codificar, clasificar, conceptualizar, sistematizar y fabricar dogmas jurídicos*”.

C) LAS UNIVERSIDADES

La influencia de estos Comentaristas fue extraordinaria. Estudiantes de todas partes acuden a sus Universidades hasta el punto que, en el caso de los *hispani*, la afluencia de nuestros escolares: primero catalanes, más próximos en espíritu y geografía a Italia; luego aragoneses (siglo XII) y por último, los provenientes de los reinos centrales (siglo XIII) motivó que, en el siglo XIV, que, el Cardenal Albornoz creara en Bolonia el Colegio de San Clemente, hoy Real Colegio de España, en donde, todavía, se siguen doctorando juristas españoles.

Los comentaristas pues se convierten en Maestros del Derecho de Europa y las Universidades que surgen a lo largo de la Baja Edad Media, en la Europa Occidental y Central, desplazan el carácter teológico de las anteriores y desde el siglo XV pasan a ser viveros de Comentaristas, y se convierten en un rápido proceso en base de la cultura común europea.

Consecuencia de la actividad académica de los Comentaristas fue: la recepción del Derecho Romano en casi todos los países europeos; el nacimiento de una cultura y conciencia jurídica común y la aparición de un sentimiento de unidad espiritual, asentado en la raíz latina del derecho de los pueblos (Italia, Francia, Portugal y España) a los que habrá que añadir lo que acabará siendo Alemania pues, por la constitución del Sacro Imperio Romano Germánico (962), su emperador Otón I se convierte en heredero de Justiniano, adoptando su derecho.

En suma: superando particularismos propios, se concibe al Derecho Romano como *ius commune*, adaptado a los nuevos tiempos por el *ius canonicum*³⁰ que desempeñará una función parecida (nos dice ROSSHIRT) a la del Pretor en Roma³¹. Este *ius commune*, compuesto por un *ius canonicum*, que representa el espíritu del derecho y un *ius civile*, que es su cuerpo (*corpus et animus* pues) resultarán para la época (uno y otro derecho = *utrumque ius*) inseparables.

Sin embargo, este *ius commune*, ligado a la idea de Imperio va a estar condicionado, precisamente, por la decadencia de ésta y el fraccionamiento político que conllevaba, comportan-

do la aparición de un *ius proprium municipale* en cada territorio que se le opondrá al *ius commune*. Los comentaristas superan esto encuadrando aquellas normas en la categoría del *ius singulare* con lo que se llegaba a la suprema *reductio ad unum* de todo el completo sistema jurídico: *Ius commune* Derecho Romano y Derecho Canónico, de aplicación general, *utrumque ius*, modificado en cada país, por el derecho propio y particular de éste. Siguiendo esta tendencia, las Cortes de Barcelona (de 1409 y 1599) establecen una cierta prelación de fuentes, en la que figura el *dret comú* como uno de los que pueden alegarse ante los Tribunales³².

Pongamos punto final a nuestro periplo jurídico por la Baja Edad Media, precisando con COING³³ que esta recepción se puede ilustrar, por el desarrollo de las Facultades de Derecho, que a título de ejemplo encontramos: a partir del s XI, en *Italia* (Bolonía, la primera, Padua 1222, Nápoles 1224 y Turín 1405); del XIII, en *Francia*, [Montpellier 1260, Aviñón 1256, Tolosa 1229, Orleans (mediados) y Angers 1356]; en *España* [Salamanca 1218-1219 Valladolid, (en tal siglo) y Lérida 1300] y *Portugal* (Coimbra 1290); del XIV, en el antiguo *Imperio Alemán*, (Praga 1347), Viena 1365, Heidelberg 1385, Colonia 1388, Leipzig 1409; Lovaina 1426; *Polonia* (Cracovia, 1364) y *Hungría* (Pest, 1367) y del XV, en los Países Nórdicos *Dinamarca* (Copenhague 1478) y *Suecia* (Upsala 1477). O sea: a fines de la Edad Media casi todo territorio, precisa COING, algo extenso, disponía de su Facultad de Derecho propia donde se enseñaba el *Ius Utrumque*.

Este *ius commune* se proyecta en el tiempo por medio del llamado *mos italicus* (siglos XVI-XVIII) que emboca en las Codificaciones: prusiana, francesa y austriaca. Mientras que, en Alemania, a través del movimiento que reproduce el título de la obra de SAMUEL STRIK (1640-1710) *usus modernus pandectarum* y, de la ya citada *Pandectística*, se va a producir la última gran manifestación de vitalidad de este Derecho Romano construyendo un sistema jurídico en un ambiente tan distante de las antigua Roma como la Alemania de la 2ª mitad del s XIX³⁴.

De todo lo expuesto dos consecuencias cabe extraer: 1ª) que, como reitera TORRENT³⁵, el Derecho Romano, en su formulación, medieval, *constituye elemento destacado para la "interpretación" y "crítica" de nuestro Derecho positivo privado* general, pues, a fin de cuentas, como dice MURILLO³⁶ *es el análisis que explica la síntesis de los modernos códigos, y éstos no otra cosa que final de la evolución de un principio jurídico que sólo será bien comprendido cuando se analice su raíz remota*.

Y 2ª) Que unidad y diversidad pueden armonizarse³⁷. Así, si el jurista de *hoy* se debe empezar a familiarizar con un ordenamiento jurídico unitario, en que convivan un conjunto diverso de sistemas normativos (tanto en España, con sus autonomías, como fuera de ella, con los países comunitarios) y el jurista del *mañana* (o sea, el estudiante actual) debe partir ya de su existencia... esto, para el jurista romano (jurista de *antes de ayer*) con la pluralidad de estratos jurídicos que comporta su derecho: *Ius Civile*, *Ius Gentium*, *Ius Honorarium*, *Ius Novum* y para el comentarista (jurista de *ayer*) con la (*reductio ad unum* del *ius commune* y el *ius proprium*)... no es nuevo y sí familiar.

3. EL DERECHO ROMANO A PARTIR DEL BGB

A) CONCEPCIÓN JURÍDICA DE UN DERECHO HISTÓRICO

La promulgación del BGB, el 1 de enero de 1900, supuso la pérdida de la vigencia y aplicación práctica del Derecho Romano y, llegados los años 50, la desconexión entre Derecho Romano y Derecho Civil hará que: se tenga que precisar (por un lado) la situación de aquél dentro de las ciencias históricas³⁸; y analizar (por otro) cómo es posible su actualización, participando, así, del carácter de las ciencias jurídicas. En síntesis: esto último se logra a tenor de una concepción dogmática del Derecho Romano que toma como base, no su autoridad intrínseca, sino su valor formativo, y lo primero, demostrando que el Derecho Ro-

mano no sólo es *ciencia histórica*, al estudiar las formas jurídicas que regulan la vida de Roma y su Imperio, sino *ciencia jurídica*, pues el estudio de dichas formas interesa al jurista moderno por su propia perfección técnica³⁹. En definitiva, matiza D'ORS LOIS⁴⁰, el Derecho Romano es más que ciencia histórico-jurídica, *ciencia jurídico-histórica*, ya que el romanista, aunque historiador a la hora de determinar la autenticidad de un dato o el tenor originario de un fragmento, es ante todo jurista, al deber y tener que profundizar en el contenido sustancial de aquél para poder integrarlo en un orden jurídico-sistemático⁴¹.

B) CONCEPCIÓN ACADÉMICA AUTÓNOMA

Pasemos a la Universidad⁴². El que el Derecho Romano, como parcela académica universitaria (hasta ayer área de conocimiento), se haya estudiado (desde el siglo XI, donde era la única disciplina jurídica, mejor aún, *el Derecho*) y se siga haciéndolo en las Facultades de Derecho (no en las de Historia); que el elemento docente, en aquellas, en general (y en el ámbito del Derecho Romano, en particular) esté integrado por juristas (no historiadores) y, en fin, que el discente aspire a ser, en un futuro inmediato, jurista (no historiador) son razones que (a nuestro juicio) eximen de un mayor comentario sobre el Derecho Romano como ciencia jurídico-histórica y parcela académica autónoma que (recordadas por MURILLO⁴³) no se desvirtúan por el hecho, de que quien inicia sus estudios de Derecho, en nuestras Facultades, no sienta la vocación de jurista y sólo pretenda servirse de los estudios que se imparten en ellas para múltiples utilidades. A riesgo de reiterar, es en las Facultades de Derecho donde debe permanecer el Derecho Romano, como parcela académica autónoma y, en modo alguno, de manera ancilar, o un apéndice en extinción de otra materia, la de Historia, en aras a una más que discutible interdisciplinaridad.

Permítaseme un inciso (para mí obligado en lo personal) y (en mi opinión) de interés en lo universitario y académico (en lo general)⁴⁴.

Se debe al Decano de la Facultad de Derecho de la UB, profesor ENOCH ALBERTÍ ROVIRA el haber evitado tener que explicar en foros científicos, de calado, un auténtico contrasentido jurídico. Intento explicar algo inexplicable. Lo que resultaría del hecho de que (académicamente) la Historia del Derecho *Español*... Repito: Que la Historia del Derecho *Español* se convirtiera en Historia del Derecho *Europeo* y que el Derecho Romano (que es junto con el Canónico, la Historia del Derecho *Europeo*)⁴⁵ se convirtiera en un capítulo de la Historia del Derecho *Español*.

Esto es lo que se ha intentado (y no conseguido por la actuación responsable del DR. ALBERTÍ) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona y se ha conseguido (sin casi intentarlo) en la UOC, en ambos casos por una misma persona con cargo académico (por descontado) y sin titulación de jurista (es obvio) aunque sí de historiador (reitero lo innecesario)⁴⁶.

A veces, sin duda, en aras a una brevedad y concisión familiar, (o no), se suele omitir lo de *Español*, como determinante de la Historia, tal vez, por no herir algún tipo de sensibilidad política (o no). Sin entrar en lo justo o injusto. En derecho, aunque a veces se olvide, es lícito discrepar. En mi opinión esto, hoy, y con arreglo a una normativa, todavía vigente: no sería ni riguroso ni asumible "históricamente", y, *a contrario*, sí *incongruente* al recordar los últimos descriptores de los textos (o sea, el BOE, el DOG o el RUGT⁴⁷) que son, respectivamente: el *Derecho Romano y su recepción en Europa* y la Historia del Derecho **Español**: *Estructuras básicas y evolución del derecho español*. No tengo conocimiento, oficial de algún cambio posterior. Pero, en todo caso, no habría problema: se cambian los descriptores y a otra cosa, pero seguiría sin parecerme serio, sobre todo históricamente⁴⁸, el privar la referida autonomía.

Sigo con la Universidad, entiende TOURRENT que en el ámbito jurídico es imprescindible introducir una asignatura con el título de: *Fundamentos de Derecho Europeo*, cuya enseñanza Italia ha encomendado (sabidamente) a los romanistas. La razón es sencilla (en la

forma) y científicamente impecable (al menos bajo mi óptica) en el fondo y la ofrece TALAMANCA⁴⁹ porque le corresponde desempeñar el mismo papel unificador (sugiero como hace MURILLO, “armonizador”) que ejerció el Derecho Romano en el mundo antiguo.

4. EL TERCER MILENIO: JUICIOS JURÍDICO CRÍTICOS

Hoy, en el año 2011, conviene recordar: 1) que, si “conocer” equivale, como dice BISCARDI⁵⁰, a *scire per causas*, el Derecho Romano resulta necesario para conocernos a nosotros mismos y a nuestro Derecho; 2) que, si la Historia del concepto de Europa muestra la continuidad de una tradición jurídica no interrumpida desde el mundo clásico hasta nosotros es, precisamente, a través de la supervivencia del Derecho Romano y 3) que, si se tiende a la construcción de un Derecho Común europeo, no es novedad si recordamos la Historia de la propia cultura jurídica europea⁵¹.

Es cierto que, hoy, se habla de una crisis en el estudio del Derecho Romano y, en las Universidades europeas, en lo académico, se reduce su docencia, pero no lo es menos que tal crisis es el reflejo de otra más amplia que no sólo afecta al Derecho Romano, sino a la Sociedad, al Estado, al Derecho (al Derecho Privado), a la propia Universidad y que viene siendo denunciado por voces más autorizadas que la mía. Aludamos al reflejo de esa crisis: A) en el propio Derecho; B) en quienes lo profesan y C) en quienes lo enseñan y estudian.

A) SOBRE EL DERECHO

Hay que tener presente: a) Que entre los sistemas jurídicos se difumina la tradicional distinción de codificados y jurisprudenciales al invertirse los factores, nos dice LÓPEZ ROSA⁵², con los que venían operando; b) que, en estos, y en particular en el nuestro, la inflación legislativa propicia la superación del Código como dogma y hace que se cuestione la idea de la codificación, incluso se habla de una

época de descodificación, aunque algunos territorios (también dentro de nosotros, el inciso es mío) en el polo opuesto, la acometen con entusiasmo más que por necesidad real y auténtica, como manifestación externa de su discurso nacionalista⁵³; c) que se fomenta un vulgarismo e inseguridad jurídico al que no es ajeno el confusiónismo de las propias fuentes y d) que, en el ámbito universitario, también se difumina la imagen del futuro profesional del Derecho; porque la incidencia de las ciencias sociales y económicas parecen amenazar la autonomía de unos estudios propiamente jurídicos⁵⁴, a la vez que, en España, las directrices de la docencia jurídico-universitaria a instancia del legislador, so pretexto de unos nuevos planes de estudios, “de grado” los llama ahora, y un adecuar el contenido de las materias a las nuevas necesidades, se traducen en una reducción de los programas y en invitación a que los manuales y libros, en nuestras Facultades, reduzcan el Derecho a una serie de recetas de fácil aplicación.

B) SOBRE QUIENES LO ENSEÑAN

¡Es cierto... toda esta crisis! Pero tampoco es novedad, sobre todo si preguntamos a la Historia y más aún si nos centramos en el Derecho Romano Posclásico a partir del siglo III⁵⁵.

En fin, no quiero seguir por un camino que me conduciría de lo académico a lo económico, como consecuencia de la eventual aplicación de unas discutibles tasas de rendimiento académico con las que, como el Guadiana, de vez en cuando se amenaza a los docentes. Por ello me limitaré, si se me permite el empleo metafórico de los elementos, (Arts. 1088 y 1911 del CC) que acaban por integrar el concepto de la obligación (teoría iniciada por el pandectista ALOYSIUS VON BRINZ, en 1874) y del fin que persigue (me limitaré, repito) a advertir de un triple peligro, derivado *ex hipotesi*: a) de una mal entendida necesidad, deber, *debitum*, *Schuld* (o conveniencia al menos) de suspender poco o de aprobar mucho (anverso y reverso, como crédito y deuda, de una misma moneda); b) de obviar la responsabilidad, *obligatio* o *Haftung* (al menos social) al

bajar unos niveles de exigencia académica; y c) de incumplir (dolosa o culposamente) la exacta observancia de la prestación debida, al ignorar quienes propugnan tales directrices la distinción formulada por los economistas entre bienes de *conocimiento*, bienes de *experiencia* y bienes de *confianza* (que serían estos últimos).

Finalizo este punto; me convierto en *nuntius* de TORERENT⁵⁶ del que no solo transmito, sino que hago mías sus palabras e intento tranquilizarme, al pensar que debo de estar equivocado porque: *la crisis está en todo. Y cada uno la ve, piensa y define a su manera y así, (tan diversamente vista, pensada y definida) se ha convertido en moneda corriente aun con unos perfiles totalmente desdibujados, acaso por el terrible poder que tienen las palabras de liberarse de su significado.*

C) SOBRE EL QUE LO PROFESA

Si es pacífico, en general, tener por jurista (de *ius*) a quien estudia y/o profesa el Derecho, no lo es, en particular, precisar la misión u oficio de este (*iurisprudens*) o sea del concededor del Derecho y, por ello, el tipo de educación jurídica que requiere.

En cuanto a la importancia del jurista solo observaré⁵⁷: a) Que, tras sustituir al clérigo medieval, en el siglo XIX, goza de un indiscutible e indiscutido prestigio, que se proyecta y mantiene durante la primera mitad del siglo XX; y b) que, a partir de la segunda mitad del pasado siglo y trascurrido ya el primer decenio del presente, constata que su imagen, como la que del propio Derecho se sigue, difuminando y vuelve, cada vez más borrosa.

Profundizando algo más, y sin pretender salvar, al menos de forma consciente, unos intereses profesionales; ni la vanidad de los juristas, *los más vanidosos de todos los hombres* (según ERASMO) y, menos aun, plantear el problema del humanismo moderno, sí parece oportuno: advertir (con MARX) *que todos debemos tender a que sean más humanas las relaciones entre los hombres*; tener presente (con KANT) *que todo hombre es fin en sí mismo y no instrumento de intereses ajenos* y recordar (con

LATORRE) *“Que el ser humano por serlo debe tener todos los medios necesarios para el desarrollo de su personalidad”.*

Por ello, en cuanto a la educación jurídica, huyendo de posturas extremas que la historia, *magistra vitae* en frase de CICERÓN (*De oratore*, 2.9.36), son inviables: comparto, con LATORRE⁵⁸, que aquella *no debe ser pura teoría ni simple práctica, sino adecuación del análisis intelectual a la práctica* y que un pensamiento así entendido se refleja en los 50 libros del Digesto y es la eterna lección de Roma⁵⁹.

Siguiendo al propio LATORRE⁶⁰, cabe precisar que la misión del jurista no debe ser “solo”, aun siendo importante, el exclusivo uso, o sea *aprender* el Derecho, como instrumento al servicio de unos fines concretos. La razón es obvia: porque toda técnica es instrumento y no fin. Por ello, debe ascender un segundo peldaño en su actividad intelectual y *comprender* el Derecho, lo que implica ponerlo en conexión con toda la realidad social, pues... (no lo olvidemos) es a la sociedad a la que debe servir. Comprensión (del Derecho) que es paso previo para su *interpretación* y obligado para su *crítica*. Y no nos referimos solo a una crítica interna, en cierto modo ya incluida en la técnica jurídica, sino, también, a otra externa, que (realizada fuera del sistema) recae sobre los fines y se funda en una ideología determinada. Por ello, en los países de diversa ideología, como el nuestro, podrá ser de signo distinto, y aun contradictorio, y cada jurista, o grupo, intentar persuadir del acierto de sus puntos de vista al último y difícil juez de una sociedad democrática y pluralista: la opinión pública.

Partiendo de la crítica, el jurista ha de luchar por el logro de su último objetivo: promover las *reformas* que estime oportunas, en lo que también incidirá su ideología, y, así, aunque en el mundo moderno el jurista, a diferencia del romano, no *crea* derecho, sí puede, y debe, intervenir en este proceso, en lo que estime oportuno, con su única arma: la persuasión, para así acercarnos a esa sociedad más justa que todos deseamos

5. LAS TRADICIONES JURÍDICAS EUROPEAS: COMPATIBILIDAD

Dice CANNATA⁶¹ que la experiencia inglesa (*common law*) y la de Europa continental (*civil law*) son tenidas en un mapa sistemológico, ya no europeo, sino mundial (por sus ulteriores difusiones) como tradiciones jurídicas, netamente diferenciadas. En suma: los Ordenamientos jurídicos, hoy, se suelen agrupar, como es notorio, en dos tipos, *abiertos* o jurisprudenciales y *cerrados* o codificados; nombres que se deben a SCHULZ, quien los formula en su *Historia de la jurisprudencia romana*⁶²; se difunden por ESSER, a través de su *Principio y Norma*⁶³, y superan la polémica, ya aburrida, dice WIEACKER⁶⁴, entre *jurisprudencia de conceptos y de intereses*⁶⁵.

Las principales notas diferenciales entre ambos tipos de ordenamientos descansan, tradicional, cronológica y respectivamente: a) en la contraposición de materias (codificadas, o no); b) en el modo de pensar clásico (axiomático o problemático) y c) en las categorías modernas, también de pensamiento, (sistemático o aporético).

Tras este mínimo recordatorio doctrinal, conviene, de inmediato, advertir que estas diferencias, hoy, no se producen (parafraseando a KASER)⁶⁶ “*en toda su pureza*”. Al revés, es opinión difundida que en los sistemas jurídicos se difumina la tradicional distinción. ZIMMERMANN⁶⁷ habla de *diferencia evanescente* y PANERO ORIA formula al menos, tantas observaciones críticas a contrario (*a repugnantibus*, es la terminología ciceroniana que usa) como criterios diferenciales, antes en doctrina, se habían señalado.

Es momento y ocasión de detenernos en ello, aunque sea mínimamente, porque de no hacerlo y proponer al Derecho Romano como *armonizador* entre lo que, por lo común, podría calificarse de tradiciones irreconciliables, resultaría *a priori*, incluso para un mero aprendiz de lo jurídico, tan fácil de rebatir que ni siquiera tendría que argumentar. Así, aun presumiendo, *iuris tantum*, su buena fe (la ignorancia también es peligrosa), esta hipotética persona se equivocaría y, lo que es peor, induciría a otros a un error. Por ello, se debe precisar:

1º) Que aunque las materias (en los sistemas *cerrados*), estén codificadas, su interpretación, complemento y reelaboración se realiza dentro de las categorías y con los medios del derecho casuístico, sin olvidar que en estos sistemas *abiertos* hay partes importantes de Derecho reglado⁶⁸. 2º) Que la oposición entre pensamiento problemático (tópico) y deductivo (axiomático), en el mejor de los casos, es equívoca, al ser conceptos de rango lógico diferente y operar en momentos distintos del proceso racional. En otras palabras: la tópica puede cumplir además de una primera función analítica, otra segunda sintética, a través de la cual podría construir un sistema. 3º) Que sobre el valor (o valores) de la palabra Tópica, también se debe proceder *ad cautelam* pues, siendo unívoco como significante, es plurívoco como significado, sin preterir, lo apunta VIEHWEG⁶⁹, que, también, hay una tópica de segundo grado, que consiste en aplicar unos sencillos repertorios de puntos de vista o catálogos de tópicos, previamente elaborados. Un catálogo así, con el título *de regulae iuris antiquae* ofrece Digesto 50.17. Y 4º) Que, en cuanto a lo sistemático y lo aporético⁷⁰, la prudencia invita a eludir identificar el término “sistema” con “axioma”. Es cierto que el modo de pensar sistemático procede desde el todo y el aporético al revés; pero no lo es menos que las dos funciones son compatibles y lo que exteriorizan es que, si se pone el acento en el *sistema*, su establecimiento opera en la selección de *problemas*, y si lo hacemos en el *problema*, éste buscará un *sistema* para encontrar la *solución*.

Como colofón a lo hasta aquí expuesto. CANNATA, a quien vuelvo, reitera que nadie puede negar, en los sistemas europeos del continente, los *cerrados*, que los precedentes jurisprudenciales tienen tal importancia y autoridad que, en muchos campos, no se *conoce* el derecho, si no se *conoce* la relativa jurisprudencia. A lo que me permito añadir, también, como complemento, en cuanto a los *abiertos*, y de la mano de SCHULZ, que Roma (a la que se toma como base, familiarmente, a través de su Tradición) “*que es el pueblo del Derecho, no es en cambio, el pueblo de la Ley*” y, con igual orientación, que, *en Roma*: En principio no

estaba la Ley... (el inciso es mío). “*En principio... estaba el caso*”.

HERRERA⁷¹, siguiendo a RAINER⁷² y STEIN⁷³, nos da noticia de un caso, relativo al derecho anglosajón actual, que puede servir de adecuado punto final a este apartado en que mantenemos la compatibilidad de las dos tradiciones jurídicas europeas. Se trata de dilucidar sobre los derechos de dos compañías cuyo petróleo se había mezclado en la bodega de un petrolero⁷⁴. El tribunal entendió que, al no mediar culpa de parte, debía reconocerse la copropiedad según cuotas respectivas (D.6.1.3.2)⁷⁵. La decisión se apartaba del precedente pero el tribunal, consciente de ello, declaró haber optado por la solución que *la justicia requería*, lo que no convenciendo a una de las partes, la hace recurrir a la *High Court*, argumentando la existencia de un *error iuris* o tratarse de una sentencia arbitraria, fundamentada en la *Arbitration Act*. de 1979. Este Tribunal decidió, de nuevo, a tenor del Derecho Romano, razonando que las soluciones anteriores de la *Common Law* eran toscas y primitivas y la actual tenía una base más sólida, y conforme a la aplicación de los principios de Derecho Romano vigentes en casi toda Europa.

6. DERECHOS: COMÚN, COMUNITARIO Y CODIFICADO

A) DERECHO COMÚN

Hemos visto que el fenómeno de la unificación jurídica europea no es algo reciente, sino que se ha manifestado en la Historia de su Derecho a través del *Ius Commune*. Hasta aquí no hay duda, ni tampoco que hay cierto paralelismo, *prima facie*, entre éste y el derecho *Comunitario*, aunque solo lo fuera por su raíz terminológica: pues *Comunitario* viene de *Común*. Esto, debo confesarlo, me atrae. Sin embargo, de sucumbir a la tentación, incurriría en la falta de seriedad y rigor que, siempre, hemos intentando denunciar y combatir y, en cierto modo, también, implicaría ir contra

nuestros propios actos (*patere legem quam ipse fecisti* D.2.2)

Por ello, sin negar este primigenio nexo, se debe diferenciar uno y otro Derecho para lo que nos basta incidir con HERRERA⁷⁶: Que por las *fuentes* el Derecho *Comunitario* se asienta en las directivas y tratados, mientras que el *Ius Commune* se desarrolla a través de la doctrina, se enseña y difunde en las Universidades y juegan un relevante papel los juristas. Que, por el *objeto*, el Derecho *Comunitario* se compone por normas de naturaleza pública y, *a contrario*, el *Ius commune* por elementos de derecho privado. Y por la *aplicación*, el Derecho *Comunitario* tiene aplicación preferente, mientras que el *Ius commune* es supletorio de aplicación general en toda Europa⁷⁷.

B) DERECHO COMUNITARIO

A riesgo de repetir, pero con deseo de aclarar. El actual *Derecho Comunitario*, aunque es: *común* para los estados miembros de la UE; fundamento de la cultura jurídica europea y base del derecho de la Europa cristiana y de la tradición jurídica occidental... no es un verdadero *ius commune* revivido⁷⁹. Éste, baste recordar que, entre otras notas: a) *contenía* el derecho romano-canónico; b) su *vigencia* temporal, huyendo de fechas, tomaba, como *dies a quo*, finales de la Edad Media y como *dies ad quem*, la Revolución francesa y c) por último, su *vigencia espacial* se ceñía a los países del centro y oeste del continente europeo.

Así pues, históricamente, cumple su misión y se integra en las codificaciones y en los diferentes derechos positivos, contribuyendo su estudio en la formación del jurista para que pueda comprender, interpretar y criticar el Derecho Vigente Codificado

C) DERECHO CODIFICADO

Se ha dicho, recuerda TORRENT⁷⁹, que los Códigos son *certificado de defunción del ius commune* que se había ido acrecentando complementado por los derechos y tradiciones locales; que abrían la puerta a la emancipación del

hombre buscando su felicidad con sus derechos fundamentales (personalidad y libertad) protegidos y los patrimoniales (responsabilidad y bienes) claramente perfilados. Pues si *dicitur*..., en nuestra opinión..., *nihil obicitur*. Pero también, se observa, prosigue TORRENT, aunque a lo mejor se diga menos, que los Códigos han llegado a un punto de agotamiento tal, que se discute como hemos visto, hasta su propia conveniencia. (Otra cosa cabe apostillar: su rédito, oportunidad o conveniencia política)

Dos siglos de experiencia postcódigos, prosigue TORRENT⁸⁰ han insuflado presión sobre las profesiones jurídicas. Muchos no entienden la vida sin Códigos (o sea, sin derecho legislado) y (de nuevo en nuestros días) vuelve a surgir una discusión recurrente sobre la conveniencia de contar con normas positivas dadas por el legislador o ser preferible un derecho jurisprudencial. La discusión se vuelve a plantear con el derecho de la UE y nos remitimos a su compatibilidad y a las observaciones de PANERO ORIA.

Tal vez, ahora, los juristas teóricos y prácticos, dice TORRENT⁸¹, están en un *impasse* por el agotamiento de la experiencia codicista y las dificultades propias de un derecho nuevo, derivado de la UE, cuya finalidad última es lograr un *ius commune europaeum*. Que llegue a ser realidad (o quede en *desideratum*) depende de la propia ciencia del Derecho, que ha demostrado, a lo largo de siglos, saber enfrentarse con notables dificultades y, hasta ahora, superarlas con éxito.

7. EL DERECHO EUROPEO: UNDE?; QUO?; UBI?; QUA?

Inicialmente tres preguntas, a nuestro juicio, deben contestarse para afrontar, con rigor, la formación de lo que se podría llamar Derecho Privado Europeo (*Ius Privatum Europaeum*)⁸² y que, respectivamente, fijarían su punto de partida, arribo y camino a recorrer entre aquél y éste. Método, si se prefiere, puesto que método es camino. Tales preguntas, de forma simplista,

cabría anadarlas a otros tantos interrogantes latinos: lugar *De* dónde (*Unde?*) venimos; lugar *A* dónde vamos (*Quo?*) y lugar *En* dónde estamos (*Ubi?*). Aún se podría ampliar el cuadro formulando el cuarto interrogante que especificaría el lugar *Por* donde se pasa (*Qua?*).

A) UNDE? = ¿DE DÓNDE?

Creemos que tres observaciones que formula MURILLO⁸³ posibilitan dar cumplida respuesta a este primer interrogante. Éstas son: 1ª) Que la UE tiene, entre sus deberes, acercar las legislaciones comunitarias allí donde su variedad puede plantear obstáculo para la libre circulación de personas, mercancías, capitales y servicio. 2ª) Que esto aún no ha tenido lugar, sobre todo, en el ámbito del Derecho Privado Europeo, que no es otra cosa que mera “consrelación” (metáfora que apostillo adecuada por las estrellas de la bandera de la UE)⁸⁴ de ordenamientos autónomos que se coordinan a través del sistema del Derecho Internacional Privado y la Cooperación Judicial. 3ª) Que la Unificación jurídica no es tema nuevo en Europa. Al revés, vuelve a plantearse de modo recurrente, cada cierto tiempo, y siempre teniendo las condiciones políticas un denominador común, *su necesidad*. Así, resume TORRENT⁸⁵, que: existió en el *mundo antiguo*; volvió a darse con el *renacimiento jurídico medieval*, en el siglo XI; fue defendida *de humanismo y renacimiento*, en los siglos XV y XVI; repropuesta por el *iusnaturalismo racionalista*, en los siglos XVII y XVIII que, debatiéndose entre tradición y razón (me permito matizar al Decano de los actuales Romanistas) puso los cimientos de la inmediata *codificación*, legislación única y uniforme que se producirá, a fines del siglo XVIII y a lo largo del XIX, en Prusia, Francia, Austria, Italia y España.

En definitiva, hoy, no basta con ser europeo, observa MURILLO: hay que saber serlo, lo que comporta: (1) tener un conocimiento esencial del pasado y de la actual organización colectiva de Europa. (2) Reconocer el valor de los principios en que se funda. Y (3) querer contribuir en su consolidación y mejora. En

(todo) ello Roma (su Historia y su Derecho) tiene mucho que decir, ya que, precisamente de él emanan la mayoría de los ordenamientos jurídicos vigentes.

B) QUO? = ¿A DÓNDE?

Pasemos, de la vertiente *histórica*, el pasado, a la *dogmática*, lo actual (a donde = *quo*); y de lo conocido a lo que tenemos que descubrir, *inventar* (de *invenio*) en su primera acepción. Así, en lo posible, tomando como base aquellas improntas de utilidad y practicidad, notas indelebles del *iurisprudens*, y tras las pautas sugeridas por MURILLO⁸⁶, cabría observar respecto a ese *Ius commune europaeum*:

1) Que una reflexión histórica parece imprescindible. La razón es simple y no otra que: la dificultad (imposibilidad metodológica, si recordamos, como ya dijimos, que método es camino) de saber a dónde vamos si desconocemos de dónde venimos. 2) Que no puede surgir *ex nihilo*. No debe ser inventado (en su acepción irreal y peyorativa). ¿La razón? o ¿razones?: a) *porque* se estaría creando un derecho superficial, artificial y por ende efímero; b) *porque* se encubriría (en la forma) lo que (en el fondo) no dejaría de ser Ingeniería jurídica, asentada en criterios inspirados por políticos tecnócratas; c) *porque* sería muy difícil (si no imposible) prescindir de unas categorías jurídicas ya existentes, esenciales para armonizar y regular nuestra relaciones. 3ª) Que, en el polo opuesto, no hay que llegar a la exaltación enfermiza del pasado.

Permítanme que hable de una fuente no escrita, que cita MURILLO, y creo puede y debe invocarse: *La moral del naufragio*. “Salvar lo imprescindible”, al menos lo necesario, en sentido estricto. A) ¿*Su Dificultad?* Que habría que adaptarlo a las nuevas necesidades. (Me empiezo a asustar, y hablo en primera persona, porque no sé si estoy planteando un *neopandectismo*). B) ¿*Su Atractivo?* Existir unos sólidos cimientos basados en el Derecho Romano, *ius commune* medieval y moderno. C) ¿*La gran ventaja?* que el tiempo ha sido un buen banco de pruebas al facilitar unos materiales jurídicos contrastados y consolidados de los que sería una barbaridad

prescindir a la hora de construir Europa. D) ¿*El peligro?* (y me permito prevenir a MURILLO, aunque su subconsciente lo percibe, pues habla de *barbaridad*) Que siempre ha habido *barbaros*. Y, si se me permite la *levitas animi*, basta preguntar a los romanos.

Otras razones, podrían ser E) Que un ordenamiento jurídico europeo que se base en sus antecedentes históricos, en lo esencial Derecho Romano, nunca parecerá extraño a cualquiera de los pueblos a los que se pretenda aplicar, pues cada uno podrá reconocer en ese ordenamiento unitario parte de una historia común y parte de su propio presente enriquecido con lo mejor de la realidad actual de cada una de las demás tradiciones jurídicas nacionales; pues, en definitiva, el Derecho Romano es, en frase de MURILLO, *la casa común del jurista europeo*, en donde encuentra principios y contenidos que le permiten el análisis y crítica, en profundidad, en un lenguaje que no le resulta extraño y sí familiar como la *domus* referida. Pues debe tenerse presente que si la propia UE es un proyecto en la historia, el Derecho Romano será la *graffia* con la que deba cumplirse pues no en vano se ha calificado, por IHERING: de *alfabeto del Derecho*; por ÁLVAREZ SUÁREZ de *humanismo de los juristas* y por KUNKEL de su *lingua franca*⁸⁷.

Ante la formulación de un renovado *ius (privatum) commune europaeum* (que en apariencia parece volver a recorrer caminos trillados), TORRENT⁸⁸ formula una doble pregunta: Si estamos seguros de que esto solo será posible a condición de que el jurista esté marcado a sangre y fuego por la tradición romanista, único baluarte y garantía para nuestra europeización y de la que no podrá, en modo alguno, prescindir. Y, de contestar afirmativamente, a lo anterior: Si no será un romanticismo ilusorio seguir sosteniendo la infinita efectividad del Derecho Romano.

Con sinceridad, debo confesar a TORRENT que, honradamente, no lo sé. Pero al final de mi vida académica ¿me falta tanto que aprender; Y me pregunto ¿Y no es romanticismo en una época de total y absoluto materialismo invocar que el Derecho es “el espíritu” (que en mi opi-

nión se opone a lo material o corporal, tanto como el *corpus* al *animus*) de un pueblo...? olvidando que esta frase tampoco sería nueva, sino también recurrente, y que, antes de usarla hoy nuestros políticos, DURÁN y BAS ya la había utilizado y ya antes SAVINY con su *Volksgeist*, y la incoherencia de identificar al Derecho Romano con el Alemán, cuando Roma jamás logró dominar a Germania.

C) UBI? = ¿EN DÓNDE?

Descendamos un peldaño. ¿Cómo se puede lograr este *ius europaeum*? ¿En dónde? La respuesta a este *ubi?*, a mi juicio, es clara. Solo con un esfuerzo importante de la ciencia del Derecho, concentrada, como demuestra la historia (lo hemos dicho y reiteraremos) en la Universidad, se pueden poner en claro los Fundamentos del Derecho Europeo y situar los ejes de una conciencia europea jurídica común. Ello no debe interpretarse como menosprecio a la actividad de los operadores prácticos⁸⁹, pero sí como descarte, en todo caso, de subordinarse a ella. En fin, el Tema de la unificación o armonización, lo hemos visto: *No es un problema nuevo*

Recordemos que el *ius commune (europaeum)* fue, en esencia, fruto del laboreo científico sobre textos romanos, que terminan por convertirse en *ratio scripta*, a la que se fueron añadiendo influencias canónicas y de los derechos locales. También hoy, la aspiración de alcanzar un *ius commune europaeum*, debe ser tarea prioritaria de la ciencia del Derecho y, por tanto, producida (por lo común, e incurrir en consciente *iteratio*) por las Universidades que deben preparar juristas europeos.

En este momento histórico entiendo que desde las Universidades tendréis que hacer y esforzaros⁹⁰ en ofrecer soluciones para el logro de un correcto conocimiento, elaboración y aplicación del Derecho de la EU. A favor de ello se cuenta, con a) una *tradición jurídica*, en su mayor parte Derecho Romano, espectacular; b) una experiencia jurídica sucesiva, su Historia, enormemente enriquecedora, y c) una dogmática, Derecho Civil, depuradísima. Todo lo cual hace de los saberes jurídicos uno

de los campos estudiados con más alto nivel y perfil científico⁹¹. Por ello, si en la práctica a romanistas y civilistas (no olvidemos estamos en la génesis de un *ius privatum europaeum*), se incorpora: el historiador, el filósofo del Derecho; el comparativista; el internacionalista... esta *societas iurisprudentium* en el sentido romano del primer término (huérfano, por ende, de un *animus lucri*) deberá acometer una empresa que no me atrevo a calificar de utópica, pues comportaría la extinción de la *societas* que estamos creando, casi antes de su constitución por imposibilidad de poder cumplir su fin (*solvitur...ex rebus*)⁹² pero sí de muy difícil logro, pues me cuesta trabajo entrever la obligada *fraternitas* entre los eventuales *socii*. En todo caso: será apasionante; los papeles específicos de cada especialista de lo jurídico deberán respetarse y, aun lindando la contradicción en apariencia, todos ellos conectarse.

Este camino se empieza a recorrer y los profesores (al menos de Derecho Romano⁹³) van abandonando o, en nuestra opinión deberían pensarlo, su *neo-mosgallicismus* o *neohumanismo*, para descender al derecho positivo, en su doble vertiente de *ius proprium* o *ius commune*.

D) ¿QUA = POR DONDE?

Observa KNÜTEL⁹⁴, a quien, desde este momento, sigo: que casi sin advertir, se está desarrollando en la jurisprudencia de la UE un conjunto de principios jurídicos, en el ámbito no solo del Derecho en General y del de Obligaciones en particular, sino en el del resto de Derecho Privado. Principios que son comunes a los ordenamientos jurídicos de sus Estados miembros y que, en buena medida, contribuyen a que un derecho comunitario *in fieri* se vaya “haciendo” por la razón, útil y práctica, que asumiría el jurista romano, de que los Tribunales recurren a ellos, lo que se desprende, con facilidad, del ojear y hojear la jurisprudencia del TJCE de Luxemburgo; Cámaras de Recursos de la Oficina Europea de Patentes en Múnich y de su Casuismo en general.

En definitiva se trata, de un retorno a aquellas acrisoladas máximas de la época del *ius com-*

mine previo a las Codificaciones⁹⁵; y la razón, prosigue KNÜTEL⁹⁶ de que Jueces y Abogados Generales, acostumbrados a los ordenamientos jurídicos propios de los diferentes estados miembros, se pongan sin gran dificultad de acuerdo sobre la validez de aquellas, se explica, por la tradición jurídica común de la Europa continental, que ni dejó de tener sus efectos también en el Reino Unido y en Escandinavia, ni se interrumpió al llevarse a cabo los códigos nacionales; pues, aunque es obvio, al establecer numerosas disposiciones especiales redujeron importancia al denominador común de la tradición jurídica, también lo es, que no abandonaron, por ello, sus fundamentos comunes, puesto que todos, sin excepción, llevan la fortísima impronta del *ius commune* y del Derecho Romano. Por ello, pueden suponer una aportación esencial para la formación de un (nuevo) Derecho Europeo y siendo así, se colige que, si queremos comprender los “principios de derecho comunes” en su sentido y objeto, difícilmente podremos hacerlo sin volver a los orígenes.

Admitido lo anterior en general, es oportuno, en particular, realizar ciertas matizaciones. Así, el propio KNÜTEL precisa: 1) Que a veces, no se trata, *stricto sensu*, de reglas de Derecho Romano o del *ius commune*, sino de Principios Generales del actual Derecho Civil. Serían por ejemplo, los casos de Responsabilidad Extracontractual⁹⁷ o *Aquiliana*. Si se prefiere, de un Derecho Civil Europeo en desarrollo. Lo que no es óbice para que, de todos modos, tengan su fundamento en el *ius commune* y en el Derecho Romano⁹⁸. 2) Que es evidente que, en su mayoría, coinciden, muy estrechamente, con los principios estructurales de la UE, como: la democracia, el estado de derecho, el estado social, la protección de los derechos fundamentales y la tenencia de los derechos humanos... por ejemplo. 3) Que es excepcional que sean investigados ahondando en sus raíces⁹⁹. Lo común es citarlos literalmente, indicando solo que se trata de un principio (general), impresión que se tiene, sobre todo, cuando el principio aparece en latín.

Este el Retorno a las reglas antiguas se va haciendo de forma metódica y ha sido expuesto

con toda claridad (y la ironía, sobre sí mismo, típica de un jurista) por un juez de la Cámara de Recursos. Transcribo, este hecho de la mano de KNÜTEL¹⁰⁰: “En la Cámara de Recursos de la Oficina de Europea de Patentes las reglas de derecho latinas de nuestra historia jurídica común han dado lugar, hasta ahora a un consenso mayor que el conseguido por medio del uso de los derechos nacionales. La Gran Cámara también consulta el Digesto”. “Así que quien quiera tener buenos resultados ante esta Cámara debería olvidar las Codificaciones de los diferentes estados de los tres últimos siglos y volver al viejo derecho europeo común, tal y como ha sido formulado, de forma todavía bien comprensible en latín”. El mismo juez, sigue informando KNÜTEL, confiesa, a continuación, que *él ha empezado ya a olvidar y a aprender de nuevo*”.

8. ALGUNOS PRINCIPIOS JURÍDICO EUROPEOS DE BASE ROMANISTA

Como último apartado del presente artículo: información ejemplar para los más; mero recordatorio para los menos y, en todo caso, sin ánimo exhaustivo, ni pretensión sistemática alguna, citaremos algún principio reconocido, asumido y aplicado por los Tribunales de la UE y que sirven, a su vez, de testimonio de todo lo hasta aquí expuesto, consignando, en cada uno de ellos, el texto o textos, *fuentes en definitiva*, en que se asientan, que, incluso, a veces, (aunque no es lo frecuente) aparecen reflejadas, de forma explícita, en la argumentación de las *sententiae* de aquellos tribunales y que certifican, indubitadamente, su base romanística¹⁰¹.

1) “Causa de la constitución de todo derecho es el hombre”. Es tan notorio como pacífico que el respeto a la libertad y propiedad y la afirmación de la igualdad, no discriminación y proporcionalidad, son parte constitutiva de la concepción jurídica que enmarca y determina todo el sistema comunitario. Lo que no es tan difundido y, a lo peor, ni siquiera se conoce, es que si nos retrotraemos en el tiempo y deshacemos lo andado¹⁰² se observa que

tales principios: a) se formulan, en términos solemnes, por las Constituciones políticas modernas; b) que, ya antes, en las codificaciones del siglo XIX, quedan configurados al plasmar, en artículos, las *sententiae* pretéritas que dan fe de su existir en los ordenamientos jurídicos antiguos; c) que, en suma, constituyen la *ratio scripta* de la vida humana en sociedad (cfr. I.1.A) y d) que, en fin, por lo que a nosotros interesa, en esencia, se trata tan solo de la mera aplicación del principio formulado, en el siglo IV, por HERMOGENIANO¹⁰³, según el cual: “Causa de constitución de todo derecho es el hombre” y que se recoge en D.2.1.5.2: *hominum causa omne ius constitutum est*¹⁰⁴.

2) “No dañar a otro” = *alterum non laedere*. En realidad, es uno de los *tria iuris praecepta* de ULPiano (recogidos en D.1.1.10.1=I.1.1.3) y que tomado ya de la filosofía estoica por CICERÓN (*De Off.* 1.10.31: *fundamentum iustitiae primum est ne cui noceatur*) convertirá KANT, no solo en precepto jurídico esencial, sino en fundamentación de la metafísica de las costumbres¹⁰⁵. Su vigencia y aplicación por organismos y tribunales de la UE es axiomática y, por ello, innecesario su *onus probandi*.

3) “El principio de igualdad jurídica”: *ius suum cuique tribuere*, según KNÜTEL¹⁰⁶, debe ser entendido en su triple sentido práctico, real y sustancial: lo que ocurre en el común de los estados miembros de la UE. Por ello, su quebrantamiento y la discriminación en los derechos de aquellos estados y en el propio derecho europeo es argüido y justificado partiendo de ARISTÓTELES. Citado el estagirita, resulta obligada la referencia al *iuris praeceptum* de ULPiano, *ius suum cuique tribuere* (D.1.1.10.1 = I.1.1.3), que anticipaba CICERÓN (*De Rep.* 3.15.24 *Iustitia praecepit...*) y que, hoy, no solo es asumido, sino invocado por las más altas instancias jurídicas de la UE, reiterándose su total sintonía con el pensamiento común europeo.

4) Principio de “claridad y comprensión legislativa”¹⁰⁷. Dos aspectos que vierten en uno y son recordados, *ab initio e in fine*, en tres obras muy significativas del Derecho Romano: *Lex XII Tabularum*, *Institutiones* y *Codex*. La pri-

mera manifestación legal, las XII Tablas¹⁰⁸, es acaparadora de elogios de juristas muy posteriores¹⁰⁹, entre otras cosas, por su *brevitas* y *elegancia verborum*. Este sentir vuelve a manifestarse al final de la evolución jurídica romana, época justinianea: bien como recomendación, en consonancia con el carácter docente de la obra en que aparece, *Institutiones*, diciéndose (I.2.23.7) que en las *leges* se debe preferir la simplicidad a la dificultad (= *legibus magis simplicitas quam difficultas placet*) y que (I 3.2.3) la sencillez es su amiga (= *simplicitas legibus amica*); bien con carácter más imperativo, al ser una recopilación de *leges*, en *Codex* (C.1.14.9) exigiendo que deben ser entendidas por todos (= *intellegi ab omnibus debent*)

5) El “Principio procesal de Audiencia” tiene en la *aequitas* su fundamento y se expresa así: “la parte demandada en juicio tiene derecho a ser escuchada” = *Audiat et altera pars* (= *audi alteram partem*)¹¹⁰. Por lo que no extraña que aquella y éste se anuden e invoquen, tanto en las fuentes literarias, como jurídicas. Así, entre las primeras, SÉNECA (*Medea* 199,200) dice que: el que sentenció sin oír a la otra parte, aunque haya sentenciado con equidad, no ha sido equitativo. = *Qui statuit aliquid inaudita altera, aequum licet statuerit, haud aequus fuit*; y, en las segundas, MARCIANO (D.48.17.1.pr) que usa, como jurista, más concreción, expresa: que la razón de equidad no tolera que se castigue a alguien sin haberlo escuchado antes (= *neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur*). La existencia de refranes en las principales lenguas europeas (español, italiano, francés, alemán e inglés)¹¹¹ que comunican este mismo mensaje, a nuestro juicio, es tan revelador que eximen de más comentario; pues, si el Derecho es, o debe ser, fiel reflejo de la sociedad a la que se destina, estos dichos populares son en cuanto a su adecuación otras tantas *praesumptiones iuris et de iure*.

6) El principio de “consumición procesal de la acción” se expresa diciendo: que no se juzgue a alguien dos veces por la misma causa (= *non bis in idem*) y está recogido, en el ámbito internacional, en el art. 60 del Estatuto de la CIJ. Esto es sabido, pero no lo es tanto que su

origen se debe vincular, en general, al *crimen de repetundis* (y, si compartimos el juicio de MOMMSEN a la *lex Acilia repetundarum* 123-122 AC)¹¹² y, menos aún, que sea *communis opinio*, el que su primera formulación, como aforismo, deba vincularse al *Ius commune*, en particular, a la *Glossa Ordinaria ad Decretum Gratiani* (glosa *non potest* 2.2.1.14.1)¹¹³.

7) “Las disposiciones de carácter especial (excepcionales) no se pueden interpretar de forma generalizada”=*Singularia non sunt extendenda*. La base de este principio interpretativo restrictivo se encuentra en PAPINIANO (D.40.5.23.3)¹¹⁴ y la consecuencia que de él emana es que se prohíbe la aplicación analógica de este tipo de disposiciones, lo que ya advierte y explica la razón PAULO (D.1.3.14): porque lo constituido contra la razón del derecho no debe ampliarse a las consecuencias=*quod vero contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias*.

Una somera consulta a la jurisprudencia europea causa sorpresa en cuanto a la inmediata naturalidad con la que ha sido aducido y aceptado este principio. Bajo el prisma terminológico, la cercanía en Derecho Romano de los términos: *ius singulare*, *privilegium*¹¹⁵ y *beneficium* obligaría a un *excursus* más detenido que excede de nuestra finalidad¹¹⁶. Por ello solo apuntamos: Que el *Ius Singulare* parece una conceptualización postclásica¹¹⁷, siendo, precisamente, su jurisprudencia la que trasciende la contraposición desde el plano del derecho positivo al teórico racional y enfrenta, ahora, *ius commune* a *ius singulare*. Por ello, PAULO en D.1.3.16 (texto que se suele considerar alterado) define al *ius singulare*, (*ius singulare est*) dentro del *ius scriptum* y lo contrapone al *ius commune* (que ni cita ni define) como derecho que contra el tenor de la razón es introducido por alguna utilidad (concreta) en virtud de la *auctoritas* de quien lo establece,=*quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum*¹¹⁸. Con esta distinción volveríamos al principio de que bajo el prisma teórico impide que del *ius singulare* puedan extraerse reglas aplicables analógicamente a otros casos distintos de los previstos

8) “La exigente de fuerza mayor y la legitimación de lo hecho en defensa propia o estado de necesidad” son asumidas por todas las leyes y derechos. Sirva de ejemplo por todos el Art. 51 de la Carta de las Naciones Unidas de 1945. También aparecen ya formulados en Derecho Romano. Por ello, baste sólo a recordar, como textos de más interés y difusión: a) que, en el s I, CASIO (en ULPIANO, D.43.16.1.27) escribe que es lícito repeler un acto de fuerza por medio de la fuerza=*vim vi repellere licet*, *Cassius scribit* y ... también rechazar las armas con las armas=*arma armis repellere licet*; b) que, según PAULO (D. 9.2.45.4): Todas las leyes y derechos permiten defenderse de la violencia con la violencia=*vim vi defendere omnes leges omniaque iura preemittunt*; c) que, apunta FLORENTINO (D.1.3.3) lo que cualquiera hiciese para proteger su cuerpo se estima fue hecho conforme a derecho=*Quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, iure fecisse existimetur*; d) que según ACCURSIO Glosa Ordinaria ad *Digestum Verus*, Glosa *Expedire* ad D 1.10.1.1, p. 56. La necesidad no tiene ley=*Necessitas non habet legem* y Cesa la ley en estado de necesidad=*Cessat lex ubi venit necessitas* y e) que en Bonifacio VIII *Liber Sextus* (5.13.78) se lee que: no sirve como argumento lo que ha sido concedido alguna vez por razón de necesidad=*In argumentum trahi neque eunt, quae propter necessitatem aliquando sunt concessa*¹¹⁹

9) Nadie puede ir contra sus propios actos. a) La formulación más conocida y actual se debe EDWARD COKE¹²⁰ que se expresa en los anteriores términos: *Nemo contra factum suum venire potest*. b) Ya resulta y es aplicada por ULPIANO que (en D.1.7.25.pr) prohíbe al padre que emancipó, válidamente, a su hija ante testigos, tras morir ésta, promover controversia contra su propio acto. c) En el fondo no es más que una concreción del principio de buena fe que debe informar toda relación jurídica y un límite al ejercicio de los derechos subjetivos. d) Sus raíces jurídicas¹²¹ se encuentran en la *Lex Cornelia de Iurisdictione* (67 AC) en la que, expresamente, se dispone que los pretores estaban obligados a atenerse a lo que ellos mismos habían dispuesto en su edicto¹²².

10) “Lo que alguien ha establecido para otro también debe observarse para él”. Este principio es coherente con el de la igualdad jurídica; toma como base la equidad (*Summa aequitas*) y aparece, en el Digesto donde hay un título al que le da nombre: *Quod Quisque iuris in alterum statuerit ut ipse eodem iure utatur* (=lo que alguien ha establecido en derecho para otro debe ser observado, también, para el mismo). En él se reproduce y comenta un Edicto del s I AC que lo establece y Ulpiano (D.2.2.1.pr.) destaca en su comentario que “Este edicto responde al máximo grado de equidad: *Hoc Edictum summam habet aequitatem...* pues ¿Quién se negará a que se le aplique a él el mismo derecho que él ha aplicado a otros o permitido que se le aplique.=*quis enim aspernabitur idem ius dici sibi, quod ipse aliis dixit vel dici efficit?* Detrás de ello está una Regla de oro: lo que no quieres que te hagan a ti, no lo hagas a otro *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris*.¹²³ La suma equidad de preside este principio de igualdad jurídica, que asegura la utilización equitativa del derecho y prohíbe su aplicación arbitraria, debe ser resaltada hoy, aún con más fuerza, pues está fuera de duda que el TJCE y la Cámara de Recursos

Jurídicos invocan una máxima con plena vigencia europea.

11) El que calla se considera que consiente=*Qui tacet consentire videtur*¹²⁴. a) Se formula este principio, en Derecho Canónico, por Bonifacio VIII, *Liber Sextus*, 5.12.43; b) su origen se vincula a época preclásica, pues en las fuentes literarias CICERÓN (*De inventione* 1.32.54) ya compara el silencio y la confesión: *taciturnitas imitatur confessionem*); c) su vigencia, en Derecho Romano clásico se acredita por CERVIDIO ESCÉVOLA (D.46.8.5) que admite la ratificación tácita, al decirnos que no sólo puede ratificarse con palabras sino también con un acto=*non tantum verbis haberi potest, sed etiam actu*; y d) sus matices los ofrece el discípulo de ESCÉVOLA, PAULO, *De eo qui tacet* (D.50.17.142) que nos dice: el que calla no por ello confiesa, pero, tampoco niega=*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen rerum est eum non negare* y, en fin, e) su limitación se debe a ULPIANO, del que se deduce, de lo que trata en D.19.2.13.11 (pese a no decirlo) que esto solo se aplica: cuando debía haber hablado=*ubi loqui debuit*.

NOTAS

1. Se reproducen algunas consideraciones recogidas en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” *Anuario da Facultade de Dereito da Univerasidade da Coruña*, AFDUDC, 12,2008, pp. 723-746. Artículo que tuvo su origen en las Primeras Jornadas sobre Metodologías docentes activas en *Dereito Romano*, presididas por el Catedrático de Derecho Romano Prof. Dr. Luis RODRÍGUEZ ENNES y la dirección de la Profesora Titular M^a José BRAVO BOSCH, ambos de la Universidad de Vigo, celebradas en abril 2008, en el Campus de Orense. También figuran en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, p. 38 y, en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum iuventus” *Revista Internacional de Derecho Romano*, RIDROM (on line) 7, 2011, pp. 10-14, www.ridrom.com.

2. A efectos docentes, cfr. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Epítome de Derecho Romano*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 28.

3. LATORRE SEGURA, A.; *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 1987, pp. 21 ss.

4. TORRENT RUIZ, A.; *Derecho Público Romano y Sistema de Fuentes*, Edisofer, Zaragoza, 2002, p. 11.

5. Reproduzco, amplio y matizo unas preguntas que vengo formulando, siempre que hay ocasión, desde un ya lejano 1998, con motivo de la Lección magistral impartida en El Aula Magna de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona, en la Inauguración del Curso 1998-1999, año conmemorativo del 40º aniversario del Edificio de Pedralbes de dicha Facultad, con el título: *La experiencia jurídica de Roma. Su proyección en el umbral del siglo XXI*. Publicada, con este título, por Tirant lo Blanch, Valencia 1998, pp. 12 y 13. Cfr. también PANERO GUTIÉRREZ, R.; RIDROM (on line) 7,2011, “Cupida legum iuventus”, ob. cit. pp. 10-14.

6. En los términos del texto, y referido al Derecho en general, ya se manifestaba LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, Dirosa, Barcelona, 1997 p. 20. De ello, siguiendo a mi maestro me hice eco en PANERO GU-

TÍERREZ, R.; *El Derecho Romano en la Formación del Jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)* PPU, Barcelona, 1998, p. 22.

7. BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Giuffrè, Milano, 1933, p 1 ss. = Scritti 1, Milano, 1965.

8. VINOGRADOV P. G.; *Derecho Romano en la Europa Medieval (Proceso formativo, Francia, Inglaterra, Alemania) Derecho Romano en Escocia*, traducción MANUEL J PELÁEZ y EDUARDO PARDO UNÁNIA, Editan: Cátedra de Historia del Derecho y de las Instituciones. Universidad de Málaga. Institut per la Culture et la Coopération. Montreal. Grupo de Investigación Historia de las Instituciones Jurídicas de los Sistemas Políticos y de las Organizaciones sociales de la Europa Mediterránea, Barcelona 2000, p. 24.

9. En definitiva dice, WIEACKER, F; *Vom römischen Recht.*, 2ª Ed. Stuttgart, 1961, p 195, que en estas posturas late el dualismo entre “historia” e “idea” y responden, en pp. 228 y ss., a dos posturas fundamentales de la propia existencia humana. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano*, ob. cit. en p. 121 resume sus consecuencias.

10. BIONDO BIONDI, *Prospettive romanistiche*, ob.cit. p. 1.

11. Hay traducción española, en 6 tomos, de JACINTO MESÍA y MANUEL POLEY, prólogo de Don MANUEL DURÁN Y BAS, vertido de la traducción francesa de M. CH GUENOUX, Góngora y Compañía Editores, Madrid, 1878-1879.

12. Sus dos obras: la de KOSCHAKER, P; *Europa y el Derecho Romano*, traducción de SANTA CRUZ TEIGEIRO, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955 y la de WIEACKER, F; *Historia del Derecho Romano en la Edad Moderna*, traducción de FERNÁNDEZ JARDÓN, Aguilar, Madrid, 1957 merecen, ya lo dijimos, en “Os novos xuristas”, ob. cit. p. 728 n 21 el calificativo de “clásicas” y siguen siendo, en todo caso, fundamentales.

13. Reproduzco el punto 4 de PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Juventus”, ob. cit. pp. 18-21; también, con el mismo nombre que aparece en el texto, aparece en el punto III de PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas”, ob. cit. p. 728; reenvío a su n 23, a efectos de una mayor extensión; suprimo sus 4 puntos finales e incido y apunto una mínima observación respecto al *Code Napoleon* y al BGB.

14. PORTALIS, J. E.M.; *Discurso preliminar al código civil francés*, Traducción de I. CREMADES y LAURA GUTIÉRREZ MASSÓN, Madrid, 1997, p 50. Cita que tomo de MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, *Temas de Direito Privado, Uma Homenagem ao professor AGERSON TABOSA*, Fortaleza, Edição Especial da Revista Jurídica da FA 7, Volumen VII, N.º 1, Abril, 2010, p. 295 n. 10.

15. SCHULZ, F; *Principios de Derecho Romano*, Traducción de MANUEL ABELLÁN VELASCO, Civitas, Madrid, 2000, p 28. Las opiniones de SCHULZ, en sus *Prinzipien*, Leipzig, 1934, han de ser tenidas en muy especial consideración. Que fuera el propio ARANGIO RUIZ quien se encargara de traducirlas al italiano nos exime de cualquier otro comentario.

16. En el texto figura parte del contenido de la Lección inaugural del Curso 2011-2012, impartida en el Aula Magna de la Facultad de Derecho de Pedralbes, de la Universidad de Barcelona, con motivo del solemne acto académico, que tuvo lugar el día 6 de octubre de 2011, a las 13 horas, bajo la presidencia de su Ilmo. Sr. Decano Profesor Dr. Enoch Albertí y su equipo de gobierno. Tras la correspondiente revisión e inclusión de las oportunas notas a pie de página, se ha enviado dicha conferencia a RIDROM, como artículo, con el título “Cupida legum luventus”, ob. cit. pp. 18-21.

17. KOSCHAKER, P; *Europa y el Derecho Romano*, ob. cit. pp. 21 y 22.

18. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos Romanísticos de Derecho Comunitario Europeo”, *Estudios Jurídicos In Memoriam del Profesor ALFREDO CALONGE*, Volumen I, Salamanca, Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, 2002, pp. 531-548.

19. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob. cit. p. 291.

20. Cfr. síntesis de: “Occidente y Europa”, con este título en PANERO, GUTIÉRREZ, R.; (Coord.) et alii *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI. Catorce siglos de Historia y 14 de Tradición*, Tirant, Monografías, 400, Tirant Lo Blanch, Valencia 2005, pp. 129-131. Recientemente, en PANERO, GUTIÉRREZ, R.: “Cupida legum iuventus”, ob. cit., pp. 20-26.

21. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, traducción de LAURA GUTIÉRREZ MASSÓN, Madrid, Tecnos, 1996, p. 130 suministra un detenido recorrido sobre el territorio de aquella Europa inicial.
22. TOMAS Y VALIENTE “El ius commune europaeum de ayer y de hoy”, *Revista de Historia del Derecho europeo*, 5, 1993, p. 10.
23. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo. Ciencia del Derecho: Derecho romano-ius commune-derecho europeo*. Edisofer, Madrid, 2007, pp. 166 y 167, 172,177, 190-192.
24. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo” ob. cit. p. 290.
25. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. pp. 106-107.
26. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XX*. ob. cit. pp. 144-158, esquematisa el quehacer glosador, tratando de su fundación y principales representantes; método de trabajo; literatura jurídica; actividad; fin perseguido; aportación; orientación ideológica y su influencia.
27. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XX*. ob. cit. pp. 158-165 esquematisa el quehacer postglosador, tratando del nuevo clima político espiritual europeo; la denominación de una nueva escuela en atención a su método de trabajo; su fundador y principales representantes; fin perseguido; aportación y su influencia.
28. El Derecho Romano hasta la publicación del BGB es, en gran medida, Derecho vigente, no tanto de forma directa, como por su fundamentación, conceptos y reglas. Por ello los romanistas del siglo XVIII y XIX eran al mismo tiempo positivistas. Los derechos nacionales empiezan a abandonar su carácter ancilar y acceden al ámbito universitario europeo en época muy tardía. Así, valgan como ejemplo, que ofrece DAVID, R.; *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1980, pp. 34 ss.: Suecia (Upsala) en 1620; Francia (La Sorbona) en 1679; Alemania (Wittemberg) en 1707; España (Madrid) en 1741; Inglaterra (Oxford), en 1758.
29. VALLET DE GOYTISOLO *Metodología jurídica*, Civitas, Madrid, p. 125.
30. Cfr. *La Iglesia y su Derecho: referencia al Corpus Iuris Canonici y su formación* pp. 167-170 en PANERO GUTIÉRREZ, R., (Coord.) *et alii*: “El Derecho Romano en la Universidad”, ob. cit. donde se sigue, en todo momento, la senda de BUENO SALINAS, cuyo “*Dret Canonic Universal i particular de Catalunya*”, (Madrid-Barcelona, Marcial Pons 1999), resulta básico en la exposición.
31. LATORRE SEGURA, A.; *Iniciación a la lectura del Digesto*, Diosa, Barcelona, 1978, p. 69.
32. En “*Cupida legum Iuventus*”, ob. cit. pp. 36 y 37, se dice: Proyectándonos en el tiempo, tanto *ratione materiae*, como *ratione loci*, DOMÍNGUEZ TRISTÁN, en sus fecundos trabajos sobre la tradición romanística y su influencia en el *Dret Català*, parte, y nos recuerda jurisprudencialmente, sin duda, por el carácter emblemático que comporta (uso sus palabras)... que la primera sentencia pronunciada por la Sala de lo Civil del TSJC, de 4 de diciembre de 1989, en su Fundamento 3º dice textualmente que: “...no hemos de olvidar que las leyes que constituyen la tradición jurídica de Catalunya (*Decretales y Derecho Romano*) recogen criterios informadores que pueden ayudar a la hora de aplicar el derecho propio de nuestra nacionalidad”. En otras palabras (redunda DOMÍNGUEZ TRISTÁN) se sigue recordando la vigencia, a fines del s XX, de dos de los baluartes de aquél viejo *Ius Commune (ara: Dret Comú)*. Esta Tradición jurídica catalana, siguiendo el aludido criterio jurisprudencial, se recoge (de nuevo) de forma explícita, en materia de interpretación e integración del *Dret Civil*) en su nuevo Código Civil, en concreto, en su Libro 1, Título 1, Artículo 1, Párrafo 2 = 1.1.1.2 =111.2.
33. COING, H.; *Derecho Privado Europeo*, Tomo I, *Derecho Común más antiguo (1500-1800)* Traducción de Antonio Pérez Martín, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, pp. 35,36 y n 9.
34. Cfr. PANERO GUTIÉRREZ, R. *et alii*; *El Derecho Romano en la Universidad del siglo XXI*, ob. cit. pp. 189-203 y 223-229.
35. TORRENT RUIZ, A.; El Derecho Romano como instrumento para la crítica del derecho positivo, *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO I*, Madrid, 1988 p. 753.
36. MURILLO VILLAR A.; “Fundamentación Romanística en la formación del jurista europeo”, *Estudios de Derecho Romano en memoria de BENITO Mª REIMUNDO YANES*, Tomo II, Servicio Publicaciones Universidad de Burgos, pp. 2000, pp. 51 y 52.

37. Así ya en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” ob. cit. pp. 739-740.
38. Este encuadrar los estudios del Derecho Romano en la Teoría General de las Ciencias, planteó a su vez, otro problema previo: el de determinar hasta qué punto dogmática e historia podían considerarse como ciencias, aspecto ligado al plurívoco valor que en si encierran dichas palabras. Nos limitamos a recordar que, por aquel entonces, mientras BOBBIO acentúa el carácter científico del Derecho, en consideración al rigor del lenguaje, asignándole como fin el análisis del utilizado por el legislador, DE FRANCISCI, califica a la Historia de verdadera ciencia y a la Dogmática de simple técnica, con una función meramente instrumental en vistas al superior fin de la realización del Derecho. Vid. referencias completas y trato más amplio en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Derecho Romano realidad histórico-realidad Actual”, *Estudios en homenaje al Profesor Juan Iglesias, con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza (1936-1986)*, Tomo II, Madrid, Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, p. 979.
39. Así sintetizo en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. p. 45.
40. D’ORS LOIS, X.; *Posiciones programáticas para el estudio del Derecho Romano*. Santiago de Compostela, Monografías de la Universidad de Santiago de Compostela, 54, 1979, p. 15 y ss.
41. Este proyectarse al día de hoy, resulta convincente si recordamos, con CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. p. 65, que la actitud del jurista de Europa continental, se asienta en una dogmática que es síntesis de casuística y de teoría (aunque, matiza, recordando, precisamente, la historia de la ciencia jurídica europea, que el equilibrio entre estos dos elementos se desplaza según el tiempo y lugar).
42. Reproduzco lo ya manifestado en el año 2008 en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano” p. 732 n 43.
43. MURILLO VILLAR, A.; “Fundamentación Romanística en la formación del jurista europeo”, ob.cit. p. 53.
44. Así lo manifesté, reciente y públicamente, en la ya referida conferencia *Cupida legum Iuventus*, pronunciada el día 6 de octubre como Lección inaugural del Curso 2011-2012.
45. Cfr. Por su difícil simplicidad y la practicidad argumentativa, sobre todo en el ámbito del Derecho Privado, MURILLO, A., “Derecho Romano”, ob.cit. p. 295.
46. Así, en PANERO GUTIÉRREZ, R. “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. pp. 45-48.
47. Registro Universitario de Grados y Títulos.
48. Quede, en todo caso, constancia: que no seré yo quien cuestione, y menos niegue, la importancia y utilidad disciplinar de la Historia del Derecho Español como materia jurídica fundamental; y que respeto en lo científico, y aprecio, en lo personal, a su Catedrático Dr. FRANCISCO PACHECO, así como a la generalidad de sus profesores, que colaboraron con sus escritos, amén de los de profesores de otras Áreas, y los propios alumnos en mantener la referida autonomía de la Historia del Derecho y del Derecho Romano, y no incidir en lo que ya propuso WENGER, en 1905, y si se me permite el juicio crítico, con la perspectiva del tiempo, con no excesiva fortuna Cfr. *Römische und antike Rechtsgeschichte*, Graz, 1905. Cfr. también PANERO ORIA, P.; en *El Derecho Romano y la Universidad del Siglo XXI*, ob. cit. cap. 5º, La Investigación Romanística, del que es autora, pp. 379-381, bajo el epígrafe: *El Método Comparativo*.
49. TALAMANCA, M.; *Il diritto romano come fattore di unificazione nel mondo antico*, en Studi Impallomeni, Giufré, Milano, 1999, pp. 405 ss.
50. BISCARDI, A.; “El Derecho y la Ciencia del Derecho en los umbrales del año 2000”, Traducción de JAVIER PARICIO, *Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense*, Madrid, 1989, p. 20.
51. Así lo expresamos ya en un apartado similar: V. *El siglo XXI: Algunas observaciones jurídico-críticas*, en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano”, ob. cit. p 733-735 y más recientemente, también en punto 10 de “Cupida legum Iuventus”, ob. cit. pp. 46-48.
52. LÓPEZ ROSA, R.; “Estudios de Derecho y Formación de Juristas. Un apunte a propósito de la reforma de los planes de estudio”, *Cuadernos informativos, de derecho histórico, público, procesal* 15-16 febrero, Barcelona, 1993, pp. 3791-3799. Cfr. también de LÓPEZ ROSA, R.; “El Derecho Romano y la Formación del Jurista. Bases para un Derecho Común Europeo” *ibidem* pp. 4093-4014.

53. Resulta sorprendente que esto sea denunciado incluso por los no juristas. Así en la *Revista de l' Escola Universitària de la Universitat de Barcelona*, Management-Empresa, nº 27, Fundació Bosch Gimpera, Barcelona, 2002, pp. 4 y 5 con el título "In pessima republica plurimae leges", sus Editores, ROCAFORT A. y PONT, JE; dicen en uno de sus párrafos: "La Unión Europea, el Estado y la Comunidad Autónoma compiten en la producción normativa, sin menospreciar a los administradores locales. Las Comunidades Autónomas, en particular, quizá por ser neófitas o para reafirmar su existencia, insisten en regular hasta los más nimios aspectos de nuestra vida y no se recatan en hacer declaraciones de principios rimbombantes y normalmente inútiles... imposible estar al día de la efervescencia leguleya de nuestros gobiernos y parlamentos".
54. Así fue denunciado hace ya más de 30 años por LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, ob. cit. p. 15 y en su *Introducción al Derecho*, ob. cit. p. 56. Siguiendo a LATORRE, vid. PANERO GUTIÉRREZ, R.; en *Derecho Romano y Formación del Jurista*. ob. cit. p. 38; *La experiencia jurídica de Roma en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. pp. 27 y ss.; en "Os novos xuristas e o Direito Romano", ob. cit. p. 734 y en *Cupida legum Iuventus*, ob. cit. pp. 46-48.
55. PANERO GUTIÉRREZ, R.; *Derecho Romano* (al hablar del Derecho Romano Postclásico) ob. cit. p. 100.
56. TORRENT RUIZ, A.; "El Derecho Romano como instrumento de crítica del Derecho Positivo". *Homenaje a JUAN BERCHMANS VALLET DE GOYTISOLO*, (Madrid, 1988), separata, p. 758.
57. Reproduzco, siguiendo a mi maestro LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual Del Derecho Romano* ob.cit. unas ideas ya expuestas en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La Experiencia jurídica de Roma en el umbral del siglo XXI*, ob. cit. p. 34 y s; en "Os novos xuristas e o Direito Romano", ob.cit. p. 737 y "Cupida legum Iuventus," ob. cit. pp. 49-50.
58. LATORRE SEGURA, A.; *Iniciación a la lectura del Digesto*, Barcelona, Dirosa, 1978, p. 73.
59. Así lo mantuvimos ya en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La experiencia jurídica de Roma* ob.cit. p. 33.
60. LATORRE SEGURA, A.; *Valor Actual del Derecho Romano*, ob.cit. p. 18 ss. cuya posición se sintetiza en el texto y al que ya seguimos en PANERO GUTIÉRREZ, R.; *La experiencia jurídica de Roma*, cit. pp. 35 y ss.; confirmamos, con amplitud en "Os novos xuristas e o Direito Romano" ob. cit. pp. 737 y 738 y resumimos en "Cupida legum Iuventus", ob. cit. p. 51.
61. CANNATA, C.A.; *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, ob. cit. p. 238.
62. De la obra de SCHULZ están, como fundamentales: la versión originaria inglesa; *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946 (ed. anastática de 1953); la publicación alemana, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961 y la traducción italiana de NOCERA, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, que es sobre la que hacemos las citas.
63. De la obra de ESSER, *Grundsatz und Norm. Untersuchungen zur Methodik der Rechtsvergleichung*, 1956, hay traducción española de VALENTÍ FIOLE, Barcelona, Bosch, 1961 y una destacada recensión crítica de DE CASTRO, en *Anuario de Derecho Civil*, XI, 1, p. 235 y ss. y 283 y ss.
64. WIEACKER, F.; *Gesetz und Richterkunst. Zum Problem der ausergesetzlichen Rechtsordnung*, Karlsruhe, 1958, p. 14.
65. Agradezco a PANERO ORIA, P.; el acceso a su "The methodological criteria of counterpropositions within the Roman social legal Framework", artículo en fase de publicación. La síntesis que figura en el texto procede de su trabajo.
66. KASER M.; *En torno al método de los juristas romanos*, traducción de JUAN MIQUEL, Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Universidad de Valladolid, 1964, p. 10.
67. ZIMMERMAN, R.; "El legado de Savigny. Historia del Derecho. Derecho comparado y el nacimiento de una ciencia jurídica europea, en *Estudios de Derecho Privado Europeo*, traducción de VÁZQUEZ ALOY, Madrid, Civitas, p. 39 y ss.
68. KASER, M.; *En torno al método de los juristas romanos*, ob. cit. p. 10.
69. VIEHWEG, T.; *Topica y Jurisprudencia*. Prólogo de García de Enterría, Traducción de Luis Díez Picazo Ponce de León, Taurus, Madrid, 1963, p. 53.
70. VIEHWEG, T.; *Topica y Jurisprudencia*, ob. cit. p. 52.

71. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos romanísticos del derecho Comunitario Europeo”, ob. cit. p. 535.
72. REINER J.; “Il significato e le prospettive del Diritto Romano alla fine del XX secolo, *Index*, 26, 1998, p. 451-452, advierte que en materia de arbitraje se hacen múltiples referencias al Derecho Romano, en el sentido de la *lex mercatoria* o se recurre a aquél como Derecho Natural.
73. STEIN *El Derecho Romano en la Historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Traducción de C. HORNERO MÉNDEZ y A. ROMANOS RODRÍGUEZ, Aguilar, Madrid, 2001, p. 179.
74. 1987 All England Law Reports 863 (1987) Indian Oil Comp. Itd. V. Greestone Shipping SA.
75. POMPONIO, según Ulpiano, *scribit, si quid, quod eieiusdem naturae est, ita confusum est atque commixtum, ut deduci et separari non possint, non totum, sed pro parte esse vindicandum...*
76. HERRERA BRAVO, R.; “Fundamentos romanísticos del derecho Comunitario Europeo”, ob.cit. pp. 545 y 546.
77. Cfr. por todos, COING, H.; Derecho Privado Europeo, I. ob.cit. p 64 en particular y de la 31 a 120 en general, donde se estudia: los fundamentos; el marco y su época tardía, transformación y disolución.
78. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. Ob.cit. pp. 32 a 37, bajo el sugerente epígrafe: Problemas de la pretendida renovación de un *ius commune europaeum*.
79. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 16.
80. TORRENT RUIZ, A.; *Ibidem*.
81. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 15.
82. Así lo hicimos en PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Cupida legum Iuventus”, *Unde?* pp. 61,62; *Qua?* pp. 63-66; *Ubi?* pp. 66-68.
83. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob. cit. pp. 291, 288 *if* y 289.
84. PANERO GUTIÉRREZ, R.; Cupida legum Iuventus, ob.cit. pp. 3-9.
85. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*, ob. cit. p. 16.
86. MURILLO VILLAR, A.; “El Derecho Romano como elemento armonizador del nuevo derecho común europeo”, ob.cit. pp. 287 y 294.
87. PANERO GUTIÉRREZ, R.; “Os novos xuristas e o Direito Romano”, ob. cit. p. 744.
88. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 33.
89. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 16.
90. Por primera vez desde que inicie mi carrera universitaria me excluyo de una tarea académica que, por edad no me corresponde, siendo consciente de ello, aunque no pueda evitar un sentimiento nostálgico.
91. TORRENT RUIZ, A.; *Fundamentos del Derecho Europeo*. ob. cit. p. 13.
92. Ulpiano D. 17.2.63.10
93. Las aportaciones de DUPLÁ MARÍN sobre la *cuarta falcidia*, en *Roma y en Derecho Catalán* (de hoy); desde hace años, tomando por base a Cassio-Ulpiano, D. 43.23.127 sobre: *Vim vi repellere licet* y su aplicación en los Principios UNIDROIT o, en fin, tomando partido, científicamente, ante la pregunta *Un codi per al Dret Civil de Catalunya: idealisme o pragmatisme* (creemos) son ejemplos suficientes de un camino que algunos (sin hablar más que lo imprescindible y en los foros adecuados) van recorriendo los romanistas. *Factis non verbis sapientia se profitetur*, diría Abelardo, (ad Astrolarium, 43) que sintetiza el más común, *Facta non Verba*.

94. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, “Ius commune y Derecho Romano en los tribunales de justicia de la Unión Europea”, (ARCANA-VERI, 2001), publicado, originalmente en la *Juristische Schulung* 36 fasc. 9. 1996, trad. Prof. Dr. G PEREIRA-MENAUT. p. 15.

95. Tras la “particular” matización de KNÜTEL, TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas, ob. cit. p. 16, expuesta en el texto, no puedo evitar llegar a lo “general” y en este sentido, no ya terminológico, *stricto sensu*, sino del contenido o del valor que encierran sus significantes, recordar que si el Derecho Romano es el elemento o denominador común de la mayor parte de los derechos vigentes, “su misión más noble”, como en su momento apuntó RABEL, en las conferencias mantenidas en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense durante el Curso 1930-1931 y publicadas por la Revista de Derecho Privado (1931, pp. 321-332 y 363-375) “sería volver a ser punto de partida de un derecho mundial, dejándose absorber por un nuevo *ius gentium* privado”. Vid. sin embargo, los problemas de una pretendida renovación de un *ius commune europaeum*, en TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho Europeo*, ob. cit. pp. 32 ss.

96. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, ob. cit. p. 16.

97. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas II, ob. cit. pp. 16 a 20, bajo el epígrafe Fundamentos de la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho de la UE.

98. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II. ob. cit. pp. 20 a 24, bajo el epígrafe de Principios Generales del Derecho Comunes a los estados europeos.

99. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, ob. cit. p. 27.

100. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, ob.cit. p 44.

101. El número de *Principia*, en nuestro caso, viene determinado por las exigencias editoriales de la Revista, editada por Tirant lo Blanch, Teoría-Derecho y que, ha tenido la amabilidad de acogernos.

102. Aun sin pretender hacer dogmática retrospectiva, lo que se admitiría *docendi causa*.

103. Uno de los dos juristas postclásicos que se conocen, el otro sería ARCADIO CARISIO.

104. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p 45.

105. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 18.

106. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 40.

107. KNÜTEL, R.; TOPICA. Principios de Derecho y Máximas Jurídicas Latinas, II, ob.cit. p. 22.

108. Este primitivo texto legal (definido por TITO LIVIO, 3.34.7 como *corpus omnis Romani iuris* y configurado, también por él, en 3.34.6, como *fons omnis publici privatique iuris*) por su lejanía en el tiempo, 450 AC, no debe frenar sus enseñanzas que por lo que a nosotros, en este momento, interesa son: el recuerdo de que los *Xviri* establecen la *isonomia*, igualdad, ante una misma situación de todos los ciudadanos ante la ley, y que formulan, como se desprende, con nitidez, de su palingenesia, la norma jurídica con su doble carácter general y abstracto. Cfr. *ad ex XII T, V.4.5: Si intestato moritur*=Si muere intestado, *cuius suus heres nec escit*, quien no tiene heredero propio, *adgnatus proximo familia habeto*, tenga la herencia el agnado próximo, *si adgnatus nec escit*, si no existe agnado, *gentiles familiam habento*, tengan la herencia los gentiles.

109. Valga como ejemplo el caso de AFRICANO, según AULO GELIO, *Noctes Atticae*, 20.1.4.

110. MARCIANO D.48.17.1.pr *Inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur* = ninguna razón de justicia tolera que alguien sea condenado sin ser oída su causa. También. *ibi: Nemo condemnatus nisi auditus vel vocatus*=nadie puede ser condenado sin haber sido oído y citado.

111. Oír las dos campanas; Parola di uno, parola di nessuno; Qui n’entend qu’une cloche, n’entend qu’un son; Der Richter muss auch zwei gleiche Oheren haben; Mit Urteil sprechen gar nicht eile, bist du gehört hast beide teile; There are two sides to every story.

112. MOMMSEN, T.; *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1889, reimpr. Aalen, 1900, pp. 708 y ss.

113. Otras formulaciones serían: *bis de eadem re agere non liquet bis de eadem re ne sit actio, crimen idem bis non cognoscitur y Nemo bis punitur pro eodem delicto.*

114. La libertad dada por fideicomiso a cargo de un hijo para después de cierta edad de éste, si el impuber no llegó a tal edad, será dada también por el heredero del hijo en el día prefijado; cuya decisión admitida por derecho singular no puede extenderse a los demás fideicomisos dejados.

115. *Privilegium* en singular (de *privus*=privado, particular) etimológicamente, alude a *privata lex* o *privatum ferre* = *lex qui in privos lata est* y evoca la representación mental de disposición singular a favor, o en contra, de una persona determinada.

116. Ello no impide se hable en las XII Tablas (9.1.2) de *privilegia*, según refiere CICERÓN (*de leg* 3.4.11 y 3.19.44 *privilegia ne inroganto*) como sinónimo de *privatae leges*. La Jurisprudencia clásica habla de *privilegia* y *beneficia* como conjunto de normas referidas a un caso especial o una clase especial de ciudadanos, normas que, Hoy, con arreglo a las categorías modernas se debería llamar, dice TORRENT, de derecho especial dentro del *ius commune*.

117. *Privilegium*, en derecho postclásico, se configuró como *ius singulare* y los juristas acaban por usar indistintamente *privilegium* y *ius singulare*.

118. Del texto parece deducirse: que la *ratio* es el fundamento del *ius commune* y que de ella se pueden desprender ciertas consecuencias. El *ius singulare*, niega esa *ratio iuris*, por lo que no pueden extraerse consecuencias de lo que va *contra tenorem rationis*. La *utilitas* concreta (*aliquem utilitatem*) es la base del *ius singulare* y la causa de la desviación de un principio común (general). Por ello esa desviación no se basa en el *imperium* o sea en un mero poder fáctico, sino que exige el respaldo de la *auctoritas* una autoridad moral.

119. Otros textos pueden ser: Celso-Ulpiano en D. 9.2.49.1; D. 43.24.7.4; Labeón, Celso y Ulpiano en D. 47.9.3.7.

120. COKE, E.; *Institutes of the Laws of England containing the exposition of many ancient and other statutes*, vols. I-IV (ed. Londres, 1817); reimpr. Abingdon, Oxon, 1986.

121. Según TITO LIVIO (8.6-8.7.22) su origen se atribuye al cónsul *Manlius Imperiosus Torquatus* y remonta a la guerra latina 340 AC. Aquél mandó ejecutar a su hijo porque vulneró la orden de no combatir, individualmente, fuera de la formación, al enemigo, habiéndolo hecho y matado a uno de sus comandantes.

122. Según un escolio del s IV de ASCONIO (o PSEUDO ASCONIO) al *Pro Flacco* de CICERÓN imponía a los pretores: *ut ex Edictis suis ius diceret*. Recuerda TORRENT, *Diccionario de Derecho Romano*, Edisofer, Madrid, 2005, p 598: que la doctrina moderna ha interpretado esta providencia en el sentido de que en el propio Edicto perpetuo encontraban los pretores un límite a sus facultades discrecionales.

123. Según la *Historia Augusta*, 51.8 era el lema de Alejandro Severo. Sin embargo, ya en Séneca, (*Epistulae Morales* 94,43) hay un precedente. La expresión positiva de esta regla, en palabras de Jesús, (Mateo 7,12) constituye principio fundamental del Derecho Natural Eclesiástico y se encuentra también al principio del Decreto de Graciano.

124. COKE, E.; *Institutes of the Laws of England containing the exposition of many ancient and other statutes*, ob.cit. II, p. 305 formula el principio en términos parecidos: *qui non prohibere quod prohibere potest, asentire videtur*.

Fecha recepción: 21/11/2011.

Fecha aceptación: 04/04/2012.