

CHRISTIAN BALDUS

*ESPACIOS DE PARTICULARES,
ESPACIOS DE JURISTAS*

Estudios dogmáticos de derecho
privado romano, 2006-2016

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2017

ÍNDICE

	Pág.
<i>Laudatio</i> de Christian Baldus, por Javier Paricio	13
Desarrollar un derecho de diferencias. La aportación del derecho romano a la orientación del jurista europeo, por Christian Baldus	21

ESPACIOS DE PARTICULARES, ESPACIOS DE JURISTAS

Estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016

Introducción, por Christian Baldus	33
1. Libre albedrío en el derecho contractual romano.....	39
2. Bildung als Sachmangel? Note minime sul concetto di vizio in Ven. D. 21,1,65 pr.....	81
3. La autonomía privada en Roma: imágenes y proyecciones entre derecho, historia y política	103
4. <i>Res incorporales</i> im römischen Recht.....	137
5. I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	165
6. Verfahren, Wahnsinn und Methode. Modestin D. 28,7,27 pr. als Element einer politischen Methodengeschichte der Jurisprudenz	201
7. <i>Iura in iuribus alienis</i> ? Zu D. 20,1,31 (Scaevola 1. resp.).....	221
8. <i>Ius gentium</i> und «Feindesrecht». Annäherungen an Tryphoninus D. 49.15.12.9 (4. disp.).....	239
9. «Tempelrecht» bei Cervidius Scaevola? Hochklassische Praxis, römische <i>religio</i> und «juristische Person».....	251

ÍNDICE

	Pág.
10. Interkulturalität und <i>ius gentium</i> : Erbrecht in den Juristentexten?.....	287
11. Letztwillige Verfügung zu Gunsten des <i>collegium</i> : Erblasserwille und Förderungszweck in Scaev. 3 resp. D. 32.93.4.....	321
12. Art. <i>Dediticius</i>	337
13. Art. <i>Ius gentium</i>	341
14. Art. <i>Status</i>	345
15. Art. <i>Captivitas/Postliminium</i>	347
Bibliografía.....	359
Índice analítico.....	399
Índice de fuentes.....	409

LAUDATIO DE CHRISTIAN BALDUS

P O R

JAVIER PARICIO

Universidad Complutense de Madrid

Sr. Presidente del Consejo General del Notariado español,

Sr. Director General de los Registros y del Notariado,

Sr. Ministro Consejero de la Embajada de Italia en España,

Lieber Professor Baldus,

Caro Professore Casavola,

Sras. y Sres.:

1. Los premios internacionales Ursicino Álvarez, de concesión bianual, fueron creados en el año 2007 coincidiendo con el centenario del nacimiento de quien solemos considerar como «padre» de la moderna romanística española: no en vano discípulos directos suyos fueron Juan Iglesias, Álvaro d'Ors, Francisco Hernández-Tejero o Juan Miquel, y ese carácter en cierto modo «fundacional» le fue reconocido no solo por los mencionados, sino por muchos otros miembros de la (en sentido amplio) generación posterior a la suya que no se formaron con él, entre los que se contaba mi maestro José Luis Murga. La elección de los premiados la realiza el Patronato de la Fundación Ursicino Álvarez en su reunión estival de los años impares, y la entrega efectiva de los premios tiene lugar a comienzos de los años pares, siempre en este Salón de Actos del Colegio Notarial de Madrid, un colegio hacia el que solo podemos mostrar nuestra gratitud inmensa.

Así pues, la entrega de los premios Ursicino Álvarez llega hoy a su quinta edición, y, como acaba de referir Juan Iglesias-Redondo, en esta ocasión van a recibirlos —la cita y la entrega las hacemos siempre por orden alfabético— los profesores Christian Baldus y Francesco Paolo Casavola, exponentes de máxima relevancia de la romanística alemana e italiana, que son a su vez las dos romanísticas de mayor importancia a nivel mundial.

El profesor Franco Casavola —para nosotros nunca es Francesco Paolo, sino simplemente Franco Casavola—, es discípulo de Francesco de Martino —uno de los nombres clave de la romanística del siglo XX—, es autor de estudios memorables, es presidente emérito del Tribunal Constitucional de Italia, pero es, sobre todo, persona de calidad excepcional y uno de los iconos vivos con que cuenta la romanística actual en el plano internacional. De su *laudatio* se ocupará Lucio de Giovanni, discípulo suyo y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Federico II de Nápoles. Advierto que he mantenido la nomenclatura tradicional, pues, como quizá algunos de Ustedes sepan —aunque seguro que no todos—, ahora resulta que, en uno de los tantos despropósitos en los que la posmodernidad tan ridículamente incurre (y no solo en España), en la Universidades italianas las Facultades han quedado convertidas en Departamentos y, consecuentemente, los decanos ya no son decanos sino que se han transformado en directores de Departamento. Fascinante.

2. Por razones de edad, el galardón al profesor Casavola se inserta bien en la práctica de lo que hasta ahora han sido los premios Ursicino Álvarez, mientras que con el profesor Christian Baldus se abre una nueva vía, con cuya explicación voy a comenzar su *laudatio*. Una *laudatio* que, debido a las circunstancias en que esa nueva vía surgió, quizá se aparte de manera significativa de otras que en el pasado he debido realizar en este premio o en investiduras *honoris causa*.

La génesis de esa nueva vía está cronológicamente vinculada, en el sentido que luego indicaré, a dos ausencias: la de Alejandro Fernández Barreiro y la de José María Coma Fort, que en cualquier caso no era posible silenciar en este acto. Dos ausencias inestimables para nuestro Departamento de Derecho Romano de la Universidad Complutense y para la Fundación Ursicino Álvarez, pero que lo son también para la romanística española en su conjunto, pues se trataba de dos de sus miembros más eminentes y más respetados. Al plano personal no debo descender porque su desaparición va más allá de lo que puedo expresar con palabras, y por eso guardaré silencio, limitándome a manifestar que ellos eran en sentido estricto mis eslabones anterior y posterior en la cadena de la tradición, y que siempre he considerado un privilegio el que mi vida se cruzara con las suyas de manera no tangencial.

Hace ahora dos años, como muchos de los presentes recordarán, Alejandro Fernández Barreiro recibió en este salón, junto a Matteo Marrone, el premio Ursicino Álvarez en su cuarta edición. Se encontraba entonces en un momento

de plenitud intelectual y, en apariencia, también físico; sin embargo, pocos meses después mostró la cara, y de modo irreversible, la enfermedad que lo había atrapado y que pondría fin a su vida el 14 de octubre de 2014. Contaba setenta y un años de edad. Se marchó con la elegancia y discreción que siempre lo caracterizaron. Su influjo en la romanística española más reciente —ejercido «desde el noroeste», como a él le gustaba decir— ha sido tan profundo como decisivo.

Por otra parte —y ya imaginarán que la coincidencia con este acto es cualquier cosa menos casual— esta noche se cumple el primer aniversario de la muerte, cuando contaba cuarenta y cinco años de edad, de José María Coma Fort. Una muerte que nos sobrecogió y nos sumió en una confusión terrible a cuantos lo conocíamos de cerca y lo queríamos. Una muerte que nos infundió de inmediato la certeza inequívoca de que con él desaparecía algo irremplazable. La huella que José María ha dejado en el plano personal de tantos, en la Fundación Ursicino Álvarez (de la que fue secretario general), en nuestro Departamento de la Universidad Complutense y en la romanística española e internacional, no es escindible de su tensión continuada de dar de sí lo más y mejor que le resultó posible. Muestra tangible del aprecio personal y del reconocimiento científico de que gozaba lo constituye el formidable volumen de *Seminarios Complutenses de Derecho romano* correspondiente a 2015, confeccionado por colegas amigos suyos de todas las latitudes en el increíble espacio de tres meses. Un caso similar a ese yo no lo conozco.

Sabemos bien —y esto en el plano teórico lo ha formulado de modo tan riguroso como asequible Javier Gomá, a quien conocí como alumno de licenciatura y que tan vinculado está por razones familiares con el ámbito notarial— que la ejemplaridad constituye, salvo en estadios históricos recientes, una idea básica y persistente en la historia de la cultura de Occidente. En nuestros ámbitos más próximos (docente, investigador, jurídico e incluso político) Alejandrino y José María son modelos que sirven de referencia sobre lo que un universitario y un intelectual deben ser; pero a su vez, nosotros romanistas —miembros de una disciplina tan pequeña como esencial— podemos mostrarlos con orgullo fuera de nuestro restringido ámbito, porque sus figuras nos recuerdan que incluso en los momentos históricos menos propicios siempre hay un espacio para las perspectivas grandes y para la verdadera excelencia (y hablo de verdadera excelencia, enfatizando los dos vocablos, porque el término «excelencia», al igual que tantos otros, está perdiendo su sentido genuino por su uso indiscriminado).

3. Los días 10 y 11 de octubre de 2014 se celebraba en la Universidad de Roma Tre un congreso internacional sobre la historia de la romanística moderna en los diversos países del mundo y las perspectivas de futuro. La asistencia a esa reunión me supuso posponer en una semana la visita de despedida a Alejandrino Fernández Barreiro, que ya no sería tal, pues mientras se desarrollaba aquel congreso romano el final de su vida se precipitó y el viaje a La Coruña se produjo en la fecha prevista pero para asistir a su funeral. En ese congreso de

Roma, Christian Baldus era, junto a Michael Rainer —catedrático de Salzburgo—, el encargado de ocuparse de la historia moderna y de las perspectivas de futuro de la romanística del área germánica; al concluir su intervención —que incluyó varias referencias a la romanística complutense—, un colega más joven que estaba sentado a mi derecha apuntó la conveniencia de que los premios Ursicino Álvarez no se restringieran a personas que se encontrasen al final de su andadura profesional, sino que pudieran concederse también, cuando los méritos fueran destacados, prescindiendo de ese requisito. Pero lo cierto era que esa exigencia nunca había figurado en las bases del premio y solo la práctica la había ido configurando. Cuando comenté tal posibilidad con diversos miembros de la Fundación, resultó bien acogida, sin que por el momento nadie concretara nada más.

Casi cuatro meses después, el día 3 de febrero de 2015, Christian Baldus dirigió un seminario en la Universidad Complutense, concebido como introducción a otros futuros, en los que procuraríamos iluminar el alcance de la relación científica y personal que existió entre Ursicino Álvarez y su maestro alemán Ernst Rabel, uno de los más afamados juristas de la última centuria: esa relación consta como segura pero de ella no sabemos casi nada concreto. Como contraponente de Baldus tratábamos de vencer la resistencia de José María Coma, que no dejaba de ser el mayor experto español en la tragedia que tantos romanistas alemanes de primerísimo nivel, como Rabel, sufrieron bajo el nazismo. La última cuestión tratada en aquel seminario sobre Rabel y Ursicino Álvarez la suscitó precisamente José María Coma, y, según he referido en otros lugares, las últimas palabras que intercambié con José María, sin que —por las prisas— yo pudiera ser consciente entonces del alcance profundo de lo que él me proponía, lo fueron precisamente en el pasillo del Departamento al concluir aquel seminario, tras del cual yo debía trasladar sin dilación a Christian al aeropuerto.

La inevitable conexión ideal entre lo sucedido en el congreso de Roma coincidiendo en el tiempo con el anochecer vital de Alejandrino Fernández Barreiro y el desarrollo de aquel seminario complutense en la antesala de la muerte de José María Coma Fort, unido a las circunstancias objetivas que concurrían en la persona del profesor Baldus, me persuadieron de que debía presentar su candidatura al premio Ursicino Álvarez, lo que contó de inmediato con el apoyo unánime y entusiasta del Patronato de la Fundación por las razones que paso a explicar del modo más sucinto.

4. Christian Baldus nació hace ahora medio siglo en Haan, localidad de Renania del Norte-Palatinado próxima a Düsseldorf. Su padre ha sido juez y presidente de salas de derecho penal y de derecho civil del Tribunal de Colonia, y también ha sido profesor universitario.

Los estudios universitarios los cursó en dos Universidades alemanas y una italiana: las de Passau (donde fue alumno de Ulrich Manthe), Pavía (donde

estudió con el romanista Ferdinando Bona, a quien siempre se lo he oído considerar como principal de sus maestros) y Trier —para nosotros Tréveris—, a las que hay que añadir la Academia de Derecho Internacional de La Haya y el Instituto Universitario de Florencia en cursos estivales. En 1993 se incorporó como investigador al Instituto de Derecho romano de la Universidad de Colonia, que entonces dirigía Andreas Wacke. Fue precisamente ese el momento en que Christian Baldus y yo nos conocimos: quiero decir que lo vi entrar como investigador novel en aquel Instituto de Colonia donde yo trabajaba entonces con el patrocinio del Deutscher Akademischer Austauschdienst y de la Fundación Humboldt. Christian era un torbellino (como lo sigue siendo ahora), con una capacidad de trabajo y de gestión apenas creíble, y con un conocimiento de lenguas asombroso, pues no solo sabía las lenguas antiguas propias de nuestro trabajo, sino que hablaba el portugués como un portugués, el italiano como un italiano, el francés como un francés, el inglés casi como un inglés, estudiaba entonces el español, idioma que muy pronto dominaría.

En 2002 obtiene en la Universidad de Colonia la Habilitación, con *venia* en derecho romano, derecho civil, derecho comunitario y comparado, y ese mismo año se traslada a la Universidad de Heidelberg, donde pocos meses después sucedería en la cátedra a Karlheinz Misera. Desde entonces ha permanecido como catedrático de derecho romano y derecho civil en esa histórica Universidad, de cuya Facultad de Derecho fue decano entre 2008 y 2010. Esa actividad la ha compaginado con innumerables cursos y conferencias (sobrepasan el centenar) por toda Europa y Latinoamérica, y singularmente con la dirección de la escuela de derecho alemán de Cracovia, con la condición de profesor contratado en las Universidades italianas de Verona y Trento y en la francesa de Nancy, y con la docencia estable de doctorado en la Universidad de Siena. Por el lugar en que ahora nos encontramos, se debe mencionar que entre 2010 y 2014 ha sido consejero del *Réseau Notarial Européen* para la formación continua de los notarios, y que entre 2005 y 2008 fue miembro del grupo de expertos de la Comisión europea sobre los efectos patrimoniales del matrimonio y de las demás formas de unión y las sucesiones y testamentos en la Unión Europea: fue entonces cuando se produjo su primera intervención en este Colegio Notarial de Madrid. Dentro del ámbito romanístico cabe recordar, por su carácter excepcional, que entre 2012 y 2014 Christian Baldus ha sido el miembro extranjero que, junto a otros cuatro italianos, ha integrado la última comisión general de Habilitación de catedráticos y titulares en derecho romano de Italia, que en total ha habilitado a más de cien profesores (y rechazado a un número mayor).

En el ámbito de la investigación, su obra científica supera muy de largo, entre monografías y escritos de distinto tipo, los doscientos títulos, que afectan al derecho romano, a la historia del derecho, a la metodología jurídica, al derecho privado moderno y al derecho comparado. Según mis cálculos, en torno a la mitad de su producción científica puede considerarse como romanística, que se inserta claramente en la tradición alemana de la escuela de Max

Kaser (reitero, no tanto de Kaser, como de su escuela), aunque atemperada por su formación italiana junto a Bona y, según a él le gusta manifestar, por la perspectiva procesalista que caracteriza a una parte de la romanística italiana y española. Imposible, absolutamente imposible, detenerme aquí en esa inmensa producción. Baste recordar ahora su monografía en dos volúmenes sobre las reglas romanas de interpretación de los contratos según la posición subjetiva de las partes y su recepción en el moderno derecho internacional, o sus revisiones de las posiciones metodológicas de la romanística moderna, que abarca desde el conservadurismo en la crítica textual de Kaser a la *Textstufenforschung* de Wiaeacker (proponiendo incluso un nuevo concepto de *Textstufen*), desde el *ius controversum* a la individualidad histórica de los juristas, o desde la *Dogmengeschichte* hasta el alcance y límites del comparativismo entre el derecho antiguo y el moderno. Además, estudios sobre tantas y tantas otras cuestiones: el *ius gentium* antiguo y moderno, los tratados de paz romanos, la acción reivindicatoria, la concurrencia de acciones en la compraventa, la libertad contractual en la Roma antigua, el concepto de *res* y de *res incorporales*. Y estudios sobre el pensamiento de juristas concretos, singularmente Cervidio Escévola y Modestino. Al margen queda, claro, toda la enorme producción relativa a la historia del derecho —particularmente del siglo XIX— y del derecho privado actual, tanto alemán como comunitario, iluminada por su condición de romanista.

Como complemento de esa actividad científica debe mencionarse que en 2003 funda, y desde entonces codirige, la *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* (*Revista de Derecho Privado Comunitario*), que se publica en Múnich, y dirige también otras colecciones jurídicas, siempre en Alemania, de las cuales una es de creación reciente, estrictamente romanística. Además es miembro de los comités científicos de múltiples revistas jurídicas; menciono solo las más importantes: *Archivio Giuridico «Filippo Serafini»*, *Annali Palermo*, *Studia et Documenta Historiae et Iuris* y *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, revista de la que es el encargado para el área germánica.

Siendo todo lo anterior importante y justificativo por sí solo del galardón que hoy se le concede, otra razón decisiva indujo también al Patronato de la Fundación a otorgar al profesor Baldus el premio Ursicino Álvarez. Esa razón es la que quizá quepa definir como la apuesta personal de Christian Baldus por el ámbito romanístico y jurídico español y de habla hispana, en la que a su vez podrían distinguirse distintos *Stufen*. Con ellos concluiré la exposición.

Cuando nuestra generación daba los primeros pasos romanísticos, a finales de los años setenta y comienzos de los ochenta del pasado siglo, es verdad que desde bastante tiempo antes distintos romanistas españoles eran ya tomados en consideración por sus colegas alemanes, e incluso varios de ellos habían publicado (siempre en alemán) en las más relevantes sedes científicas alemanas de nuestro ámbito (me refiero, en concreto, a la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung* y a la *Pauly-Wissowa*). Eso es indiscutible. Pero también lo es que el español no era

una «lengua activa» para los romanistas alemanes de entonces y para quienes comandaban en aquel momento la romanística alemana: Kunkel (fallecido ya en 1981), Kaser, Wieacker y Flume.

El primer romanista alemán que se desarrolló en español fue Andreas Wacke, y luego, ya en nuestra generación, sobre todo Michael Rainer: ambos han tenido y tienen amplia relación con España, y con ellos han trabajado un significativo número de jóvenes españoles. Pero con Christian Baldus se produce un salto cualitativo en distintas direcciones. Exige a sus discípulos el conocimiento pleno del español y los envía a trabajar en España, singularmente a la Complutense; por eso existe una estrecha relación entre los jóvenes romanistas de Heidelberg y los de la Complutense. Fomenta de modo regular, sobre todo a través de sus discípulos pero con supervisión suya personal, la traducción de textos jurídicos españoles al alemán. Busca financiación y encarga todos los años a jóvenes profesores españoles la explicación del derecho español a los universitarios de Heidelberg. Tiene siempre presentes a juristas españoles de relieve (y no solo a romanistas) en sus publicaciones periódicas o docentes, y tanto en la investigación personal como en las tareas de dirección de revistas y colecciones jurídicas. Recibe de continuo, para su formación, a jóvenes españoles e hispanoamericanos en su Instituto de Heidelberg. Y, lo que quizá sea más importante: persuadido como está de las limitaciones de difusión en nuestro mundo globalizado de las dos lenguas principales en las que se ha expresado la romanística moderna —el alemán y el italiano—, trata de que el idioma principal de difusión del derecho romano en el futuro próximo en el plano internacional no sea el inglés sino el español, lo que tampoco perjudicaría al italiano (lengua primordial de la romanística actual) por la proximidad entre el italiano y el castellano. Era, pues, esta una faceta especialmente importante y cuyo conocimiento nos resultaba muy cercano por la estrecha vinculación existente desde muchos años atrás de Christian Baldus con el Departamento de Derecho romano de la Universidad Complutense y la Fundación Ursicino Álvarez.

Espero haber sabido mostrarles de modo convincente las razones que indujeron al Patronato de la Fundación a dar en este caso un salto de dos generaciones (o casi) y otorgar el Premio Ursicino Álvarez, junto al profesor Franco Casavola, al profesor Christian Baldus. Se trata, de todas formas, de una figura internacional de primer orden, que se encuentra en el vértice de su desarrollo científico e intelectual, y de la que, por eso mismo, quizá quepa esperar aún los frutos mejores. Por tanto, Christian, en este premio que hoy te entregamos, se aúnan las certezas y las esperanzas.

Señoras, señores, muchas gracias por su paciencia.

[29-30 de enero de 2016]
15 de febrero de 2016

DESARROLLAR UN DERECHO DE DIFERENCIAS

La aportación del derecho romano a la orientación del jurista europeo

P O R

CHRISTIAN BALDUS *

Universidad de Heidelberg

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—1. AGRADECIMIENTOS.—2. EDADES Y PALABRAS.— 3. DIFERENCIAR.—4. *DIFFERENTIAE* Y *REGULAE* EN ROMA.—5. HOMOGENEIDAD Y TRADICIONES COMUNES.—6. INTEGRACIÓN DIFERENCIADA Y DERECHO PRIVADO.—7. EJEMPLOS: LA ESFERA DE LAS SUCESIONES.—8. UN CASO EMBLEMÁTICO.—9. ¿QUÉ BUSCAMOS EN LAS FUENTES?.—10. ¿QUÉ SIGNIFICA «APRENDER»?.—11. VIVIR CON LA IMPERFECCIÓN.—12. REGLAS E INTERPRETACIONES.—13. HISTORIA POLÍTICA DEL MÉTODO JURISPRUDENCIAL.—14. ESTUDIAR JURISPRUDENCIA ROMANA.—15. INVERSIÓN FUTURIZA EN LA HISTORIA.—16. ESPEJO Y RESPONSABILIDAD.—17. VIVIR POTENCIALES.—18. MIRADAS.

¡Señores presidentes,

Illustre collega, eccellentissimo Signor Presidente Casavola,

colegas,

señoras y señores!

* La forma de ponencia oral ha sido conservada, las partes del texto original no pronunciadas por escasez de tiempo están eliminadas o sustituidas por unas muy elementales notas a pie de página. Versión española revisada por Javier Paricio.

INTRODUCCIÓN

Madrid, para mí, es un lugar especial, por más de un motivo. En el avión, habitualmente reservo un asiento al lado izquierdo para ver la ciudad ya antes de aterrizar en Barajas; y esta vez, con mayor razón. Es siempre fuente de reflexión conversar con colegas de la Complutense o con miembros del Ilustre Colegio de Notarios de Madrid. Es un honor extraordinario, y doy las gracias también en nombre de mi esposa, ser uno de los premiados en este acto. No por último me parece un honor especial, aunque no merecido, poder recibir tan alta distinción junto con el presidente Casavola, del que soy colega, pero muy menor. La confianza de la Fundación me alegra y obliga de igual medida; y la obligación pesa menos en la presencia de los colegas y amigos madrileños que desde tanto tiempo se comprometen en la búsqueda común de un derecho romano genuino y, a la vez, fructífero: para el derecho actual, para nuestro mundo cada vez más en transición.

1. AGRADECIMIENTOS

Muy en breve, porque es una tarde larga, mis agradecimientos: ante todo, a la Fundación; a los titulares de esta espléndida Casa notarial; y a cuatro personas académicas que —aunque de manera muy diferente— han influenciado mi trayectoria hacia las funciones que desempeño hoy.

A Ulrich Manthe, catedrático hoy emérito de mi primera Universidad en la hermosa ciudad de Passau, que me enseñó las bases y las perspectivas del derecho romano y que me indicó la dirección hacia Pavia.

A Ferdinando Bona, sabio *pater patratus*, mi maestro pavesé fallecido hace más de quince años, que me enseñó lo que hoy intento continuar.

A Peter-Christian Müller-Graff, antiguamente catedrático de la Universidad de Tréveris, capital romana, que me demostró que un derecho privado comunitario es factible con base en la cultura humanística del continente europeo.

A Andreas Wacke, catedrático de la Universidad de Colonia, que me abrió las puertas al mundo de habla hispana —y la más importante de estas puertas, se llama, sin duda ninguna, Universidad Complutense de Madrid—.

2. EDADES Y PALABRAS

Hace seis años, Dieter Nörr dijo en esta sede: «Tratándose de la concesión de un galardón tan prestigioso como es el Premio Ursicino Álvarez, resulta ocioso preguntarse si uno lo ha merecido. La respuesta solo puede ser negativa».

¿Entonces, qué puede decir una persona que tiene poco más de la mitad de sus años y que no ha escrito en comparación casi nada? Javier Paricio acaba de insinuar que el sentido del premio no es el mismo para los príncipes de la disciplina que para los más jóvenes. Eso alivia un poco. Pero aún así no me cabe ni contar memorias ni proponer líneas de investigación. Solo preguntas de camino.

3. DIFERENCIAR

Mucho se ha dicho acerca de las funciones del derecho comparado y del estudio histórico del derecho, *in primis* del derecho romano; mucho acerca de paralelismos y diferencias entre el planteamiento comparatístico y el histórico. El panorama teórico es complejo, y ciertamente no voy a añadir algo nuevo a nivel teórico. La alternativa no es entre «todo lo actual está bien al ser romano» y «todo cambia, entonces todo vale»; en lo esencial, se trata de optar entre conocer el terreno bueno y el malo para pisar.

4. *DIFFERENTIAE* Y *REGULAE* EN ROMA

Y así ha sido ya en tiempos romanos, como nos muestra por ejemplo la existencia de unos *libri differentiarum* de Herenio Modestino, jurista muy implicado en los trabajos de la cancillería imperial y heredero de la gran tradición de Ulpiano, también en la semántica de la diferenciación². Ojo: este género de libros no describe sencillamente diferencias (y paralelismos), como en general el derecho romano no copia sino plasma el mundo exterior. Más bien las crea en función dogmática y constructiva³, al ser un género sistemático: muy parecido a los *libri regularum*⁴, que identifican dentro de la casuística lo que, para situaciones típicas, puede ser asentado⁵. La reflexión sobre la posible diferencia es un modulo para la sistematización⁶. Ni diferencia ni casuística equivalen al «todo

² Sobre el autor, *vid.* G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto* (Torino, 2012); brevemente ya *eadem*, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici* (Torino, 2009).

³ *Vid.* solo, para un caso de posible indignidad para suceder, Mod. 6 diff. D. 34.9.7.

⁴ Modestino menciona expresamente una *regula iuris* en 7 diff. D. 26.5.20.1; cfr. textualmente también Coll. 10.2.2. Además, en algunos casos se refiere, en cuanto al contenido, a reglas.

⁵ *Vid.* R. BÖHR, *Das Verbot der eigenmächtigen Besitzumwandlung im römischen Privatrecht. Ein Beitrag zur rechtshistorischen Spruchbegriffsforschung* (München-Leipzig, 2002) y ahora V. GIUFFRÈ, «“Regulae iuris” e metodi della “scientia iuris”. Prospettive di approfondimenti», en *QLSD*, 5 (2015), 11-26. Observaciones sobre *regulae* y *tópoi* en U. ÁLVAREZ SUÁREZ, *La jurisprudencia romana en la hora presente* (Madrid, 1966), 106-111.

⁶ *Vid.* los estudios clásicos de F. BONA, «L'ideale retorico ciceroniano ed il “ius civile in artem redigere”», en *SDHI*, 46, 1980, 282-382; *Id. et al.*, *Prospettive sistematiche nel diritto romano* (Torino, 1976).

vale». Hasta el día de hoy, es tarea del jurista marcar las diferencias e indicar lo que se puede fijar en categorías más abstractas y lo que aún (o de nuevo) está en movimiento.

5. HOMOGENEIDAD Y TRADICIONES COMUNES

Terreno de diferencias es también el derecho privado europeo, materia en la cual he tenido el honor de trabajar con insignes representantes del Notariado español. Notamos que hay materias más o menos homogéneas en Europa y por ende más o menos aptas para la actividad legislativa de la Unión. Es más fácil crear derecho común donde ya se está de acuerdo sobre lo esencial (y donde tal conexión está intelectualmente presente). En muchos casos, hay más homogeneidad hoy en día donde hubo más desarrollo sistemático en Roma, y menos donde hubo menos: sistemático en el sentido de su tiempo, es decir, coherencia en la solución de casos y conceptualización mirada a tal solución coherente, no metaconstrucciones inútilmente teóricas.

6. INTEGRACIÓN DIFERENCIADA Y DERECHO PRIVADO

Es más: integración europea, hoy en día, puede significar muchas formas. La Unión ha sido creada para los particulares. Pero creciendo con asombrosa rapidez, la Unión ha llegado a un punto donde los conflictos políticos ponen en peligro una ulterior continuación lineal. Si eso no debe perjudicar a los particulares que quieren, muy acertadamente, buen derecho privado, se impone más que nunca una *intégration à la carte*, con *beaucoup de vitesse(s)*. La crisis es una *chance*. La integración de los derechos privados tiene que continuar, con criterio, precisión y perspectiva, aunque sea solo dentro de la esfera geográfica adecuada. Un criterio para la geografía de tal desarrollo diferenciado puede ser por ende el civilístico que nos lleva a la tradición romana⁷. Lo demuestran los países ibéricos, céntricos en la Europa civil ya por sus grandes tradiciones de derecho civil culto (y además puentes para América Latina, continente en el que todos podemos aprender). No es un azar que en el corazón de la Unión, que coincide largamente con los países de notariado latino, el derecho privado es muy ampliamente de raíz romana.

⁷ Vid. los resultados del proyecto «Konvergenz der Rechte/Convergence des Droits», dirigido por P.-Ch. MÜLLER-GRAFF *et al.*, en cuatro volúmenes: München (ed. Sellier) 2011-2013. Lo dicho vale, a mayor razón pero sin cambios estructurales, a la luz del llamado Brexit. Cfr. Ch. BALDUS, «Narrative der Integration: Privatrecht in Zeiten des Sicherheitsdenkens», en *Integration* 2016, 319-326.

7. EJEMPLOS: LA ESFERA DE LAS SUCESIONES

Permítanme, en este momento de encuentro entre notarios y romanistas, citar apenas unos ejemplos de distinta índole sobre la proximidad o la distancia entre derechos europeos. Los tomo del derecho de sucesiones al ser tal materia, de indudable y creciente actualidad, el clásico punto de diálogo. Así, en Roma no hubo ejecución testamentaria, ni siquiera en un sentido funcional. Por ende, en Europa hay por lo menos tantas formas de albaceas o ejecutores testamentarios como de ordenamientos jurídicos: como se sabe, ya en España existen varias⁸. Por el contrario, la interpretación de testamentos, como algo muy desarrollado en Roma⁹, sigue siendo casi un lenguaje común en nuestro continente.

Lo más interesante son las instituciones que están, a estos efectos, en el medio: las que en Roma sí tenían desarrollo pero no uniforme, casi «inacabado», si puedo decirlo así sin caer en teleologías dudosas; tenían desarrollo diferenciado desde alguna raíz medio oscura, como el legado o la sustitución fideicomisaria, o bien procedencia de una pluralidad de raíces distintas, como la indignidad para suceder¹⁰. Aquí la comunicación en Europa no es automática porque, debido a la ausencia de tradición linear común, las estructuras de hoy no son uniformes. Pero es posible comunicar porque se trata de estructuras que, pese a ser diferentes, proceden de una misma y compartida experiencia, la romana: experiencia no de sistema cerrado en sentido moderno sino de desarrollo orgánico en un debate de juristas de alto nivel y, matiz no secundaria, de fina sensibilidad iuspolítica.

En esta panorámica, entender el modo romano de desarrollar sistemas y saber manejar materiales nuevos pero compatibles con las bases del propio sistema moderno es de altísima actualidad. Me hubiera gustado explicar brevemente la idea con algunos ejemplos, pero el tiempo no lo permite: baste con decir que en casos de desarrollo articulado en Roma (legado, sustitución) juristas españoles y alemanes, a pesar de tradiciones particulares distintas, podrán entender la institución del otro y viceversa¹¹. En lo que se refiere a la indignidad, en

⁸ Análisis histórico en L. KUNZ, *Postmortale Privatautonomie und Willensvollstreckung. Von der kanonischen voluntas pia zur Gestaltungsmacht des Erblassers im deutsch-spanischen Rechtsvergleich* (Jena, 2015).

⁹ Bibliografía en U. BABUSIAUX, *Wege zur Rechtsgeschichte: Römisches Erbrecht* (Köln u.a., 2015), *vid.* índice; A. FERNÁNDEZ BARREIRO y J. PARICIO, *Fundamentos de derecho privado romano* (9.^a ed., Madrid, 2016), pp. 424 ss.

¹⁰ Sobre la experiencia romana E. NARDI, *I casi di indignità nel diritto successorio romano* (Milano, 1937); B. M.^a REIMUNDO, *La sistematización de la indignidad para suceder según el derecho romano clásico* (Oviedo, 1983).

¹¹ Alemania no conoce el *legado per vindicationem* pero es posible que, tras entrar en vigor el reglamento europeo de sucesiones, entre por la puerta del derecho internacional privado, lo que tendrá que decidir el TJCE. Cuánto, viceversa, a la *Vor- und Nacherbschaft* alemana, al jurista español le puede parecer peregrina, a la luz del refrán *semel heres semper heres* —pero funcionalmente se entenderá con base en la sustitución fideicomisaria—.

más de un país se muestra el efecto de una legislación superficial decimonónica. Nuevos casos influenciados por situaciones de enfermedad crónica desconocidas en Roma demuestran con meridiana claridad algo muy típico: el legislador compuso de heterogéneas raíces romanas un *mixtum compositum* cuya finalidad hoy solo se interpreta con dificultad por falta de una clara línea diacrónica.

8. UN CASO EMBLEMÁTICO

El último caso del Supremo alemán¹² sobre indignidad nos lleva también al aspecto metodológico. Un marido anciano, deprimido hasta la tentativa de suicidio, había intentado matar a su esposa, en coma desde hace años y claramente incapaz de testar; tras morir la mujer por otra causa, un hijo pidió declarar indigno al padre. El Supremo casó la sentencia de la Audiencia¹³, pronunciada en favor del marido, pero indicando otras vías para acudir en socorro de este. En tal caso, muy delicado también a nivel humano, la Sala se sintió motivada a fundar su problemática decisión también en la historia legislativa. Si hubiera investigado más allá en la historia del problema, se hubiera topado con toda la complejidad de la disciplina romana bastante irregular y en parte históricamente contingente. Pero hubiera encontrado mayor margen de actuación. En la interpretación, manda el *télos*; pero en casos complicados necesitamos a la historia precisamente para determinarlo. Interpretando, formamos parte de la historia y por ende la tenemos que tener presente. También en este sentido se podría decir que *ogni vera storia è storia contemporanea*¹⁴.

9. ¿QUÉ BUSCAMOS EN LAS FUENTES?

No hay un caso romano que encaje perfectamente en lo que se refiere a los hechos modernos de este caso. Más precisamente: tenemos solo fuentes que tratan situaciones no exactamente idénticas, lo que puede significar o que nunca hubo casos pertinentes decididos por juristas, o que hubo casos que, sin embargo, a los posclásicos o a Justiniano no les parecían de interés. Y con eso aún no está valorado un posible impacto de cambios en el contexto técnico, económico y social. De todas maneras, el derecho romano solo tras honda reflexión puede inspirar una solución positiva. Aún menos sentido tiene, hoy en día, desarrollar para casos no contemplados en las fuentes una solución meramente posible *per analogiam*. Pero sí que el estudio de las indignidades romanas explica las difi-

¹² *Bundesgerichtshof*, sentencia n. IV ZR 400/14 del 11 de marzo, 2015 (en www.bundesgerichtshof.de). De las tantas anotaciones, *vid.* especialmente R. MAGNUS, *LMK*, 2015, 368612.

¹³ En Alemania, *Oberlandesgericht*, «Tribunal Regional Superior».

¹⁴ Sin querer, con eso, reclamar a Croce para nuestra tesis.

cultades para los ordenamientos modernos de crear sistemas modernos, marcados como están por su historia. Para entender la formación de las reglas decimonónicas y medir su adecuación actual, hay que saber de donde procedían las piedras utilizadas por los legisladores modernos. Estamos reformando la casa decimonónica en que vivimos, pero no estamos construyendo algo futurista que sea enteramente en aluminio y fibra de vidrio, y para tales trabajos es menester saber algo sobre la piedra.

10. ¿QUÉ SIGNIFICA «APRENDER»?

No es equivocado decir que podemos «aprender» del derecho romano. Pero es menester ponerse de acuerdo sobre qué significa «aprender», y de eso depende la buena manera de estudiar derecho romano. Sin embargo, sí que hay continuidades, sí que las soluciones del derecho romano en parte son siempre las nuestras. Es también verdad que se puede aprender de las discontinuidades, de lo abandonado por alteración de circunstancias históricas o por progreso dogmático. Pero no es lo esencial. El verdadero reto es conocer nuestros márgenes de actuar en sectores donde diferentes países europeos y latinoamericanos hayan desarrollado diferentes momentos de la experiencia romana —o donde un código haya recogido la tradición romana sin plasmar perfectamente una forma moderna para los contenidos—. Podemos entender lo que pasa bajo otros códigos y lo que pasa bajo disposiciones aún marcadas por las fisuras del mismo derecho romano si sabemos de la experiencia de procedencia que es la romana.

11. VIVIR CON LA IMPERFECCIÓN

Así las cosas, tal experiencia nos parece imperfecta, en el parangón con el paradigma codificador. Y de hecho es un logro tener un código sistemático, pues sería un regreso irracional recaer en un «sistema» casuístico. Lo que ocurre es que el actual proceso europeo de aproximación y parcial integración de códigos no puede funcionar rápida y monolíticamente. Lo vemos muy en concreto en estos años. Es imposible tanto política como técnicamente. Los juristas tenemos que gestionar este proceso en funciones varias: como aplicadores del derecho, como observadores de formación científica y a veces asesorando a quienes toman decisiones legislativas. Es una gestión que requiere conocer todos los grados de familiaridad histórica y comparativa entre instituciones jurídicas en concreto: y mucho, muchísimo, sobre modos de proceder de los juristas, de hoy y de ayer. No hablo de enunciados genéricos sobre las «familias» del derecho. Hablo de elementos de derecho privado como la sucesión testamentaria o contractual, el legado o la indignidad. Aquí es menester saber qué hay de común, en la tradición común; saber qué pasó, durante los siglos, con lo común

y con elementos no comunes; saber cómo los legisladores de nuestros códigos decimonónicos utilizaron las distintas experiencias anteriores a la codificación; saber qué fortuna tenían las soluciones legislativas en las relativas experiencias poscodificatorias. El proceso de unificación europea hoy en día nos obliga a manejar con habilidad todas estas experiencias si queremos llegar a un derecho privado europeo de calidad; y solo un derecho de calidad es susceptible de vencer, solo él puede tener la legitimidad para sustituir en última instancia a los derechos nacionales. Es un proceso de transformación de enorme complejidad.

12. REGLAS E INTERPRETACIONES

En tal proceso complejo nos sirve no solo saber reglas e interpretaciones romanas. *Regula* es algo distinto que la regla fija del derecho moderno; marca, en cambio, uno de los caminos desde la casuística orgánica hacia la sistemática practicable. *Interpretatio* tampoco es lo mismo que nuestro modo de aplicar el derecho codificado, es un paso histórico que permitió el nacimiento de tal derecho. Entonces, hay que estudiar reglas e interpretaciones romanas pero, necesariamente, de lejos, de descendiente que opera en un mundo transformado. Más aún, nos sirve tener la sensibilidad de los juristas romanos: actuando sin ninguna guía unitaria entre normas, interpretaciones y creaciones jurídicas, con altísima sensibilidad tanto para lo prácticamente útil como para lo políticamente posible, ellos dominaron una situación que a nosotros nos parece caótica; sin querer, actuando así crearon también las bases de nuestros códigos de ayer.

13. HISTORIA POLÍTICA DEL MÉTODO JURISPRUDENCIAL

Para nuestras leyes de hoy y quizá nuestro código europeo de mañana, tenemos que estudiar esa experiencia jurisprudencial. Parece paradójico, pero no lo es. Una historia de la jurisprudencia romana, técnica pero sensible también a sus márgenes de actuación político-sociales, nos presta mucha ayuda sin pretender facilitar soluciones sencillas. La historia no se repite ni da lecciones sencillas. Pero proporciona instrumentos para conocer el terreno y sensibilidad para moverse en el terreno. Por ende, historia del derecho romano es esencialmente historia política de los métodos de los romanos. Tales métodos son técnicos, y precisamente en la maestría de la técnica está también la garantía del margen de actuación del jurista¹⁵. En los casos de impacto también político se puede observar cómo se mueven los juristas, por ejemplo cuándo esté implicado el fisco o un soldado, es decir, una parte bajo ciertos perfiles privilegiada. ¿Y qué pasó por ejemplo si de una parte estaban los intereses de un *miles* y de la otra los

¹⁵ Cfr. J. PARICIO (dir.), *Los juristas y el poder político en la antigua Roma* (Granada, 1999).

del fisco?¹⁶. Todas las decisiones de los juristas, como dictaminadores o como colaboradores del príncipe, eran técnicas, pero ninguna ingenua. Y solo quien conoce los textos y la técnica puede llegar a los contenidos y desarrollos.

14. ESTUDIAR JURISPRUDENCIA ROMANA

Es decir: tenemos que estudiar derecho romano, histórica y concretamente, dogmática y metódicamente, desde los juristas y su relación con los demás actores. Donde una fuente parezca más generalizante y por tanto familiar al jurista moderno, puede ser falsa amiga; donde parezca muy específica y contingente, puede abrir la puerta al porqué de algo estructural. Es todo cuestión de exégesis. No teorías generales y compendios fáciles, sino cuestiones concretas, especialmente en perspectiva procesal, metodológica y jurisprudencial, como enseña la mejor tradición española, encarnada en las líneas de investigación de la Complutense de Madrid. Y en esta ocasión, me parece además oportuno recordar que las tres primeras monografías del presidente Casavola están en la misma línea. Dijo D. Ursicino hace medio siglo, en *La jurisprudencia romana en la hora presente*¹⁷:

«Esta diferenciación que hemos formulado entre *interpretatio iuris e interpretatio legis* dentro de la labor del jurisconsulto romano, responde, en realidad, a una estructura mental moderna. En el jurista romano se hallaban fundidas ambas modalidades en la unidad inescindible de su actividad como respondente. Y en ella estaba comprendida también la tarea de la interpretación de un negocio jurídico».

15. INVERSIÓN FUTURIZA EN LA HISTORIA

Saber aprovechar tal experiencia romana presupone una formación que cuesta inteligencia, tiempo y dinero. Pero es lo mejor que podemos hacer para nosotros y para las generaciones futuras: las que tendrán más código europeo, hasta que un día también este código, a su vez, entrará en una fase de reelaboración en un contexto, tal vez, global. Es una perspectiva inevitablemente abierta. Para que queden las bases de ese desarrollo, para que haya un buen

¹⁶ V. Pap. 33 quaest. D. 34.9.14 donde el jurista decide en favor del fisco y contra la «viuda» (concubina) del soldado. Papiniano era figura de inteligencia dogmática y de poder político enorme; *vid.* solo J. PARICIO, «Aspectos de la jurisprudencia romana: Quinto Mucio, Emilio Papiniano, Arrio Menandro», en *Index*, 41 (2013), 280-293; y H. ANKUM, «Papiniano, ¿un jurista oscuro?», en *SCDR*, 1 (1989), 33-63, ahora en: ID., *Nueva antología romanística* (Madrid u.a., 2014), 153-185. En la especie, su dictamen no tenía motivación ya por ser una repetición (*proxime tibi respondi*), quizá en paralelo con la fórmula un poco irritada de la cancellería imperial *saepe rescriptum est*. El *responsum* anterior no está conservado. De todas maneras, tal preferencia para el fisco no era una novedad sino algo ordenado ya por Hadriano como se aprende de un informe de Trifonino (18 disp. D. 29.1.41.1).

¹⁷ Pp. 75 ss.

código europeo y para que los valores de nuestro continente se reflejen tanto en ese código como en obras hipotéticas del futuro, será esencial tal estudio concreto y jurisprudencial del derecho romano.

16. ESPEJO Y RESPONSABILIDAD

El derecho romano es un espejo viejo, pero en él vemos muy claramente nuestras propias caras. Vemos la historicidad de nuestro derecho y de nuestra manera de hacer derecho hasta el más pequeño detalle: la más pequeña diferencia. Nosotros también formamos parte de la historia, y más nos vale tener esa conciencia que nos ayuda a hacer lo posible con tranquilidad. El espejo nos dice *tua facies computat annos*, tu cara cuenta los años; él mismo no cambia con los siglos, pero habla con cada siglo de forma distinta. Nosotros somos la cara actual del derecho. Tal responsabilidad es sostenible, en todos los sentidos, solo si nos integramos activamente dentro del proceso histórico. La condición esencial de nuestro derecho, su ser marcado, limitado, pero también potenciado por la historia, quiere ser vivida históricamente.

17. VIVIR POTENCIALES

Eso no lo han formulado exactamente así Ferdinando Bona y mis demás maestros. Pero lo han vivido, y eso es lo que permite a una persona que no merece el honor de este premio continuar con su trabajo. Al igual que este premio, otorgado por un país fundamental para la romanística y para mí personalmente, con un idioma de gran tradición y espléndido futuro: más allá de la conmoción —que no es poca—, una distinción como esta da más margen para actuar en Europa y fuera de ella. Y es eso lo que debemos a nuestra cultura común: vivir el potencial de Europa al servicio de Occidente, vivir de manera cabal y racional la pluralidad de lo individual en un constante diálogo social. No tenemos soluciones para todo, pero tenemos una forma de ser que respeta, ayuda e integra, a la vez, a cada uno con sus condicionamientos, sus límites y sus potencialidades. Diferenciamos entre tales rasgos personales para que el derecho pueda ayudar al desarrollo de todas las proyecciones individuales en el interés de todos. Europa es eso.

18. MIRADAS

Para alcanzar este objetivo, el derecho marca la diferencia, interpretando y poniendo reglas; y dentro del derecho, es el uso meditado de su historia lo que marca la diferencia entre el mirador de la romanística europea y una visión de campanario. Gracias.