

en el bien o la prestación, no se trate de una prestación personal, exista una relación de causalidad entre la conducta discriminatoria y la no celebración del contrato, el contenido del contrato esté suficientemente determinado y la celebración sea todavía posible. Se considera que la injerencia en la libertad de contratación del oferente es adecuada, necesaria y proporcional.

Alejandra DE LAMA AYMÁ
Profesora Agregada Interina de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Barcelona

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio: *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2013, 679 pp.

Tal vez pueda resultar sorprendente que una obra con el título de este libro y el contenido que anuncia aparezca reseñada en una publicación como esta. Sin embargo, ello no debería sorprender tanto, y precisamente a justificar esta afirmación vamos a dedicar lo fundamental de este comentario.

En primer lugar, que una obra se titule «Derecho privado romano» no quiere decir que sea una obra ajena al Derecho civil. Todo lo contrario. Aun cuando el Derecho romano como tal tenga su autonomía científica desde hace muchas décadas y haya alcanzado un alto grado de madurez científica en un campo muy vasto de disciplinas de tipo jurídico, histórico y filológico –como ya destacó en su día Franz Wieacker–, ello no invalida el hecho de que la ciencia del Derecho privado romano sigue estando imbricada en el núcleo duro, en el *hard disk* diríamos ahora, de la ciencia civilista. Y no decimos esto por un mero sentimiento de admiración y respeto hacia una tradición histórica, que como tal sería muy aceptable y digno de consideración, pero que no significaría otra cosa que una pura manifestación de nostalgia por un pasado que ya se fue para siempre. No es así. Lo decimos con pleno conocimiento de causa y con absoluta convicción: el Derecho romano sigue estando en el centro de los debates jurídicos contemporáneos (al menos, en el ámbito de la civilística), y defender y sostener esto es lo que constituye la sabia del libro que comentamos. Pero es obvio que para los lectores escépticos esta afirmación podría no pasar de constituir una petición de principio, así que hay que adentrarse en un excursus que pueda explicar razonablemente la afirmación anterior.

En efecto, ya desde hace unos cuantos años viene dándose, sobre todo en el seno de la romanística y la historiografía jurídica germánicas, pero también en otros lugares del continente europeo, un interesante debate, a veces muy ácido y enconado, en torno al significado de la Historia del Derecho –y, particularmente, la del Derecho privado– en este momento histórico de transformación económica, política y social y de cambio de paradigma jurídico en Europa como consecuencia del desarrollo del fenómeno de la Unión Europea. Las posturas enfrentadas son las que, a grandes rasgos, podrían calificarse de, por un lado, una visión «anticuaria», «puramente historicista» o «estetizante» de la Historia jurídica, y, por otro, de una «modernizante» o «neopandectista»; o, por no utilizar esta terminología algo peyorativa empleada por los respectivos adversarios de cada una de ellas, de una visión «contemplativa» de la Historia frente a otra «aplicativa» de la misma (puede

verse un buen resumen de esta discusión en un artículo de Klaus Luig publicado en el número 5 de la *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, de 1997). La primera es la que ha venido sosteniéndose en Europa durante todo el siglo XX –principalmente desde la introducción del BGB, que privó definitivamente de vigencia al Derecho romano en el núcleo del continente europeo–, pero sólo se ha definido teóricamente por oposición a la segunda, aparecida recientemente, a finales del siglo pasado, como consecuencia de la creciente aceleración de los procesos de armonización e integración jurídica en el seno de la Unión Europea.

No es posible entrar aquí a desarrollar todos los argumentos vertidos por los autores de una y otra tendencia a lo largo de una ininterrumpida discusión que ha ocupado básicamente los últimos veinticinco años. En líneas generales, haciendo abstracción de los diversos matices que singularizan a cada uno de los autores, podrían resumirse de la siguiente manera:

La concepción «aplicativa» parte del presupuesto de que la creación de las Comunidades Europeas ha supuesto la generación de un nuevo orden jurídico paneuropeo (al menos, potencialmente), que en el ámbito del Derecho privado constituye un auténtico *ius commune Europaeum* renovado. El proceso de construcción europea y el propio mercado exigen un desarrollo «orgánico» de tal Derecho, superador de la lógica particularista de los últimos dos siglos contenida en los Códigos nacionales de Derecho privado y que haga enlazar el nuevo Derecho común con la tradición unitaria del viejo *ius commune*. En este contexto, el papel de la Historia del Derecho ha de consistir en mantener la conciencia de esa tradición común que informa aún los ordenamientos nacionales contemporáneos y realizar el análisis preparatorio del acervo de la tradición jurídica común con vistas a una armonización ordenada del Derecho privado europeo, ya que puede proporcionar argumentos para la «concretización», «corrección» y «desarrollo ulterior» del nuevo Derecho privado europeo común, que debe interpretarse conforme a los resultados de la investigación histórica (como ha destacado, por ejemplo, Christian Baldus en un artículo publicado en el fascículo IV del ADC de 2006).

La postura «contemplativa», por el contrario, defiende una posición que podríamos calificar como de cierto «conservadurismo metodológico»: niega la capacidad de intervención de las disciplinas histórico-jurídicas en la construcción del nuevo *ius commune* europeo y permanece apegada, por tanto, a la acostumbrada separación epistemológica radical entre Historia y Ciencia del Derecho. Se acusa al «neopandectismo» de incurrir en una «confusión de categorías» entre Historia y Dogmática, entre el «ser» y el «deber ser»; de construir una tradición artificial, que ignora el «contexto decisional» y los datos de la realidad social del tiempo del viejo *ius commune*. En cualquier caso, los partidarios de esta visión «contemplativa» de la Historia jurídica descreen de la verdadera fuerza de convicción que los argumentos de los neopandectistas puedan tener sobre los juristas prácticos del Derecho vigente y los verdaderos creadores del Derecho privado comunitario.

Pues bien, el libro que aquí sucintamente comentamos se inscribe en este debate, adoptando de forma decidida –y, a nuestro juicio, de modo acertado– la primera de las posturas antedichas, es decir, la partidaria de una visión «aplicativa» de la Historia jurídica –en este caso, del Derecho privado romano, que no deja de ser la parte más sólida de la Historia del Derecho occidental, a nuestro modo de ver– y, por tanto, aquella que trata de resaltar los elementos vivos de una determinada tradición histórica («the Roman foundations of the civilian tradition», como señala Reinhard Zimmermann) que de forma

decisiva siguen informando los elementos esenciales del Derecho privado actual y siguen aportando savia nueva a una interpretación jurídica siempre ayuna de los matices y perspectivas diversas que solo la penetración histórica puede proporcionar. Porque, en efecto, un Derecho privado construido de espaldas a la referencia histórica –como por desgracia tan a menudo estamos acostumbrados a observar en los últimos tiempos– es un Derecho llamado a la esterilidad y, en última instancia, a la disolución en un magma de reglas y prescripciones provenientes de entidades extrañas al propio cuerpo político y a las propias demandas sociales, en la medida en que ha de encontrarse inerme frente a las exigencias de poderes económicos que nada saben de naciones ni de comunidades. La única defensa efectiva de la identidad cultural –la propia y la común– que hoy puede plantearse en Europa frente a esas presiones ingentes de una globalización económica y jurídica desnortada y destructiva de los tejidos sociales pasa por una reivindicación de la tradición –en este caso, de la tradición jurídica, pero también de la cultural que constituye la herencia del Humanismo y la Ilustración– que nos ha constituido a lo largo de los siglos y ha cristalizado en lo que se ha dado en llamar el «espacio social europeo» o, más en general, Europa como una *communauté du droit*. Y de esa tradición jurídica común la columna vertebral ha sido y sigue siendo el Derecho romano, y en particular su creación más excelsa, el Derecho privado de raigambre jurisprudencial y cristalizado en la *Compilación justiniana*, el verdadero «libro de texto» por excelencia de los juristas europeo-occidentales durante los últimos mil años. De ahí, por tanto, que todo intento de conservación de un Derecho privado nacional –y, *a fortiori*, supranacional a nivel europeo– ajeno a esa tradición romanista (como lamentablemente estamos observando en estos tiempos de mudanza de los planes de estudio en nuestras Facultades de Derecho, donde frecuentemente el Derecho romano ha sido preterido o, como mucho, convertido en mero elemento ornamental, cuando no directamente eliminado) no constituya a la postre sino un canto de cisne de la propia civilística nacional y europea, en cuanto que, sin tradición, nada justificará que para la próxima reforma no sea el propio Derecho privado nacional el que sea simplemente sustituido por un Derecho global de los negocios que, al fin y al cabo, es el que responde en verdad a los intereses empresariales que dominan el mundo globalizado, o por un simulacro de Derecho privado europeo que no será en realidad otra cosa que un *common law* postmoderno mal disfrazado.

Frente a todo eso reacciona adecuadamente el libro que nos ocupa, aunque no sea esta, obvio es decirlo, su intención explícita, sino la más pertinente de ofrecer a nuestros estudiantes (que, no lo olvidemos, son los verdaderos protagonistas del futuro Derecho europeo), y a los estudiosos del Derecho romano en general –tanto romanistas como juristas dedicados al Derecho positivo–, una nueva panorámica del sistema del Derecho privado romano, pero haciéndose cargo de toda esta problemática actual. De ahí que a lo largo de toda la obra la exposición del contenido del Derecho privado romano venga en todo momento acompañada de la oportuna cita –incluso reproduciendo su tenor literal– de los textos legales del Derecho español vigente (particularmente, del Código civil) referidos a las instituciones romanas que se analizan en cada caso. De esta manera se presenta plásticamente a ojos del lector –incluso al más apresurado– la pervivencia de los textos de la tradición histórica romana que, a la postre, no es sólo nacional, sino común europea. Esta metodología, aparentemente simple, constituye, sin embargo, en la práctica, una auténtica revolución en nuestros estudios romanísticos, habitual-

mente anclados en la visión «anticuaria» o «contemplativa» de la Historia jurídica que decíamos antes, ya que de pronto hace legible un texto institucional romanístico también a los cultivadores del Derecho positivo nacional, en particular del Derecho civil español, situando así la aportación romanista en el centro de los debates presentes sobre el destino y significado del Derecho privado en la actualidad (en esto la obra del A. se sitúa en la misma longitud de onda de otras excelentes manifestaciones de la manualística romanista reciente a nivel europeo, como es el caso, por ejemplo, del *Manuale breve* de Cosimo Cascione, los *Fondements romains du droit privé* de Pascal Pichonnaz, el *Römisches Recht* de Jan Dirk Harke, por no hablar de las últimas ediciones del clásico *Römisches Privatrecht* de Max Kaser, a cargo del profesor Rolf Knütel). A ello se une el hecho de que el A. ha optado, acertadamente a juicio de quien suscribe, por acoger de forma abierta la sistemática pandectista de exposición del Derecho privado (el plan de Savigny), con la única matización de introducir el tratado del Derecho de familia inmediatamente después del estudio del Derecho de personas, en cuanto que la dependencia del régimen familiar del grado de capacidad jurídica de los individuos (*status*) es mucho más intenso en el Derecho romano antiguo que en el Derecho moderno (en que la capacidad jurídica se predica de toda persona física por el mero hecho de serlo). Esta adopción (matizada) del programa savignyano, si bien hoy desde un punto de vista metodológico podría ser discutible, es, desde la perspectiva estrictamente docente y, sobre todo, desde la opción estratégica de hacer inteligible el Derecho romano al jurista positivo actual, una opción absolutamente plausible, ya que la utilización de un lenguaje y unas coordinadas sistemáticas comprensibles constituye el primer y decisivo paso para la posible intelección de la disciplina romanista por parte de los colegas de las disciplinas jurídicas positivas. Si a eso se suma el manejo constante de un estilo siempre diáfano y elegante y un decidido espíritu de síntesis, hay que concluir que la obra constituye una espléndida aportación a la imprescindible tarea de hacer entrar el Derecho romano –en particular, el Derecho privado, aunque no sólo este– en los debates jurídicos del presente. Tal es, a juicio de quien suscribe, el mayor servicio que esta reciente obra viene a rendir a la defensa de la romanística en España en estos tiempos de cambio, y, más aún, dadas las reflexiones anteriores, también en general a la «lucha por el derecho» (Ihering) en esta compleja época en que la tradición milenaria que conforma el *civil law* corre un serio peligro de extinción, borrada por los tenebrosos vientos niveladores de una globalización jurídica de neta estirpe anglosajona.

Se trata, además, de un libro en permanente actualización, un *work in progress* podríamos decir. A lo largo del tiempo, la obra ha ido incrementando sus materiales, no solo a través del abordaje de cuestiones nuevas que no se encontraban inicialmente presentes, sino también añadiendo constantes actualizaciones bibliográficas y referenciales. El A. huye de modo consciente –y con plena razón a nuestro juicio– de la tendencia cada vez más peligrosamente creciente de un adelgazamiento progresivo de los manuales de estudio en nuestras aulas universitarias, con el fin explícito de acompañar la extensión del manual con la duración, cada vez más exigua, de las horas de enseñanza de las disciplinas en los actuales planes de estudio, adaptados (supuestamente) a las exigencias del «plan de Bolonia». Esto es un grave error. Precisamente –como ha subrayado en Italia, por ejemplo, el profesor Cannata, y ha puesto en práctica magistralmente el profesor Massimo Brutti en su magnífico manual de Derecho privado de la antigua Roma– cuanto más corto

es el espacio temporal dedicado a las lecciones magistrales y las explicaciones de clase, más extenso y exhaustivo debe ser el tratamiento de las materias en los libros de texto, a fin de que estos suplan de algún modo el déficit de atención que los profesores pueden dispensar a sus alumnos. Asimismo, ello es lo verdaderamente compatible con el nuevo sistema de enseñanza introducido a partir de la implantación del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES), que pone su punto de mira más en el trabajo del alumno que en la actuación del profesor, que debe pasar a ser una especie de *couching* para animar al alumno a entrar en el estudio y a desarrollar por sí mismo el conocimiento de las disciplinas académicas.

Esta obra comulga con el ejemplo. En concreto, esta edición ha incorporado la importantísima materia del Derecho de los contratos en particular, prosiguiendo así en el desarrollo del tratado del Derecho de obligaciones, que es la materia que, como es bien sabido, sigue presentando un mayor influjo romanístico en todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental (y en muchos otros extraeuropeos) y que, además, se encuentra en el centro mismo de los debates sobre la armonización y unificación del Derecho privado europeo —una problemática que el A. de esta obra tampoco olvida en su tratamiento de la cuestión. Supone este punto, por tanto, un enriquecimiento sustancial del contenido de esta obra, que sin duda la convierte en un documento aún más imprescindible para la formación de nuestros futuros juristas, llamados a tener un papel no limitado ya al ámbito nacional, sino sobre todo, dada la creciente europeización de nuestra economía, pero también de nuestra sociedad y nuestra cultura, también en la esfera internacional. Portar esta obra en su impedimenta hará de nuestros jóvenes (y no tan jóvenes) estudiosos, no solo mejores y más preparados juristas, sino sobre todo personas más cultas y, por eso mismo, más eficientes y competitivas.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

LYCZKOWSKA, Karolina: *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, 349 pp.

1. En esta monografía la Doctora Lyczkowska desarrolla de modo completo el régimen jurídico de las garantías financieras contemplado en el Capítulo II del Título I (artículos 2 a 17) del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*; RDL mediante el que se incorporó a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, *sobre acuerdos de garantía financiera*. Esta norma ha sido luego modificada en alguna de sus partes, en virtud de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el RDL 5/2005, de 11 de marzo*. Esencialmente esta modificación obedece a dos propósitos: por un lado, añadir a su ámbito los «derechos de crédito» como activo que puede darse en garantía (la Directiva 2002/47 había sido modificada por la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de