



**LA SOLEDAD DEL HISTORIADOR
DEL DERECHO**

**Apuntes sobre la conveniencia
de una disciplina diferente**



PIO CARONI

La soledad del historiador del derecho

The Figuerola Institute
Programme: History of Universities

The Programme "History of Universities" of the Figuerola Institute of Social Science History –a part of the Carlos III University of Madrid– is devoted to improve the overall knowledge on the high-learning academic institutions, since their inception in the Late Middle Ages, until our days. The Programme uses an interdisciplinary approach, and it is open to all branches of related knowledge, such as the history of institutions, of science, and of cultural and social events. A number of experts from several countries have participated in the Programme, bringing in their specialized knowledge and dedication to the subject of their expertise.

To give a better visibility of its activities, the Programme has published in its Book Series a number of monographs on the different aspects of its academic discipline.

Publisher:
Carlos III University of Madrid

Book Series:
History of Universities

Editorial Committee:
Manuel Ángel Bermejo Castrillo, *Universidad Carlos III de Madrid*
Gianpaolo Brizzi, *Alma Mater Studiorum - Università di Bologna*
Elena Hernández Sandoica, *Universidad Complutense de Madrid*
Francoise Hiraux, *Université catholique de Louvain*
Manuel Martínez Neira, *Universidad Carlos III de Madrid*

More information at www.uc3m.es/history_universities

La soledad del historiador del derecho.
Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente

Pio Caroni

Presentación de Italo Birocchi

Traducción de Adela Mora Cañada
y Manuel Martínez Neira

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

2014

Historia del las Universidades, 20

Títulos originales:

Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach, 2005

Una «historia» para después del código, 2006

La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra, 2009

© 2005 Helbing & Lichtenhahn, Basel-Genf-München

© 2009 Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A Milano

© 2006, 2010 Universidad Carlos III de Madrid

Primera edición 2010, primera reimpresión 2014

Venta: Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.com>

Diseño: TALLERONCE

ISBN: 978-84-9849-820-2

ISSN: 1886-0710

Depósito Legal: M-5736-2010

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/6560>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

*Agli eremiti camaldolesi
del Sacro Eremo tuscolano,
fratelli nel silenzio*

ÍNDICE

Presentación: <i>Italo Birocchi</i>	11
Prólogo	45
1. La otra evidencia de la historia jurídica	55
1. ¿Por qué enseñarla?	55
2. ¿Cuándo?	58
3. Algunos ejemplos	59
4. Y algunas pruebas en contra	61
5. La aparente intemporalidad de los dogmas	64
6. El tiempo en el derecho. Tres situaciones	65
7. La historicidad del derecho	72
8. ¿Qué historia?	74
9. Otra respuesta a la misma pregunta	78
10. Descubrir un nuevo paisaje	80
11. Unos lentes sin los cuales resulta difícil leer	83
12. Conclusión	87
2. El naufragio de la historicidad. Reflexiones sobre el neopandectismo	89
1. Un deseo y su descubrimiento	89
2. Recepción y continuidad	91
3. El pasado ¿prefiguración del presente?	93
4. El purismo jurídico y sus consecuencias	94
5. <i>Ius commune</i> : ¿«una elipsis del pensamiento»?	98
6. Devaluar el código	102
7. El presente como una simple etapa	106
8. Preocupación y desilusión	107
9. ¿Un modelo útil?	109
10. <i>Conclusio</i>	110
3. Espiando al vecino. Sobre la relación entre la historia del derecho y las <i>otras</i> historias	113
1. Una pregunta conscientemente unilateral	113
2. La historicidad del derecho	118
3. <i>Ubi societas, ibi ius</i>	123
4. La estructura conflictiva de la sociedad	126
5. La norma jurídica y su ejecución	130

6. Una mirada directa	136
7. El derecho en competición	139
8. <i>Conclusio</i>	148
4. Mirando atrás. Un primer balance sumario	151
1. El ejemplo de los poetas	151
2. De la <i>primera</i> a la <i>segunda</i> vida del derecho romano	153
3. El humanismo jurídico: <i>cum philologia et historia</i>	158
4. La escuela <i>histórica</i>	160
5. Primeros resultados: el valor de la historia en el viejo sistema de fuentes	166
6. ¿Y cuándo aparece el código?	167
7. La dualidad de las fuentes y sus consecuencias	171
8. El código del derecho común	174
9. Entre continuidad homófona y renovación jurídica	180
10. Una tercera vía	184
11. Tres puntos firmes	189
12. <i>The backward look</i>	193
13. La cantera permanece provisionalmente abierta	197
5. En resumen: una historia para después del código	199
1. Introducción	199
2. Tres estrategias fracasadas	203
3. Una estrategia distinta	208
Nota de edición	215
Bibliografía	217

PRESENTACIÓN

1. Esta es la versión italiana de un libro que, publicado originalmente en alemán, recoge distintos trabajos editados previamente¹.

El hilo conductor es claro y da unidad a todos los ensayos, que parecen capítulos de una monografía: versan sobre el papel de la historia del derecho en los planes de estudios universitarios, con particular atención al desarrollado en las facultades de derecho. Aunque didáctica e investigación sean campos interrelacionados, el autor advierte que en estos trabajos intenta ceñirse a la utilidad de la enseñanza histórico-jurídica en la formación del jurista.

El argumento se refiere a una cuestión preliminar que todo responsable de un curso de esta disciplina debe plantearse, más aún cuando –Pio Caroni lo advierte inmediatamente, endosándonos esta afirmación– se trata de una disciplina «tan diferente» (p. 45). Por su parte, el profesor suizo reconoce que las cuestiones del *por qué* y del *cómo* profesar esta disciplina histórico-jurídica han sido el hilo conductor de un vagabundeo que coincide con toda su vida académica (pp. 49 y 153).

1 P. Caroni, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel 2005. Respecto a la edición alemana, este libro contiene un nuevo ensayo que, publicado originalmente en castellano en los *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 9 (2006), ha sido después reeditado con algún retoque en los *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Napoli 2007: por la conexión con el tema tratado, esta última versión se incluye en la presente recopilación. La unidad del argumento abordado en el libro ha sido expresada en la recensión de P. Costa, *Quaderni fiorentini*, 35/2 (2006), p. 917.

Da la impresión de que se trata de preguntas incómodas, frecuentemente silenciadas.

En Italia, estas cuestiones han sido tratadas de manera distinta por los romanistas y por los cultivadores de la historia del derecho medieval y moderno. Entre estos últimos predominan los discursos elusivos y las adhesiones superficiales a una tesis tan repetida que se ha convertido en tradicional; se hace referencia a la función crítica del estudio de la historia del derecho que, de manera natural, no se allana a la reflexión sobre el microcosmos del derecho vigente, y menos aún a la exégesis de la legislación actual. En la disciplina hay muchos docentes buenos y apasionados que ofrecen cotidianamente una respuesta coherente orientando sus cursos hacia objetivos formativos, seleccionando la bibliografía y cultivando las relaciones con los colegas juristas y de las otras historias; pero es raro encontrar en Italia, en revistas o espacios culturales frecuentados por los historiadores del derecho medieval y moderno, quien hable de los manuales y de su finalidad en referencia a las distintas perspectivas formativas de los destinatarios, o quien discuta sobre la utilidad y el papel de la enseñanza de la historia del derecho².

La utilidad didáctica —es decir el *por qué* del estudio de la disciplina— suele presuponerse, se considera una especie de postulado que no necesita demostración; se comprende así que quien lo discute seriamente desde dentro sea considerado un masoquista o, mejor aún, un hereje. La discusión sobre el papel de su enseñanza —es decir el *cómo*— se agota en la relevancia que tiene en los planes de estudios: una batalla sobre los límites, se dice. Por ello, se dirigen los esfuerzos a «defender» los créditos que el ministerio concede a la disciplina y que después la junta de facultad y la de titulación concretan. Aquí entra en juego, con toda su ambigüedad, la relación con los romanistas, naturales compañeros de viaje por la común pertenencia a la familia de los historiadores del derecho y rivales bajo un doble punto de vista:

– el científico, por mostrarse como aliados de los cultivadores del derecho positivo (especialmente de los civilistas) y por sus frecuentes «incursiones» — así se llaman— en territorios tradicionalmente reservados a los medievalistas y modernistas;

– el didáctico, porque desde hace poco tiempo los ordenamientos universitarios, al incluir la nueva materia denominada Fundamentos del derecho europeo

2 En esto observamos una gran diferencia con otros contextos europeos. Pienso en el vivo debate desarrollado en el área de lengua alemana donde, quienquiera que sea el historiador del derecho (romanista o germanista), está también encargado de enseñar derecho positivo; pero pienso también en España, donde las divisiones en áreas de conocimiento son muy parecidas a las de las universidades italianas.

(tanto en las escuelas de especialización para profesiones legales como en las titulaciones de las facultades de derecho), asignan su enseñanza a los romanistas, en un acto de investidura que confirma sus pretensiones de depositarios de las presuntas raíces del derecho europeo³.

Los romanistas cuentan con una larga tradición de debate sobre el papel de su disciplina. Como se sabe, al menos desde los años treinta del siglo pasado, de distintas formas pero siempre en torno a *Die Krise des römischen Rechts*, la discusión nunca se ha apagado y, especialmente en Alemania, ya en la segunda mitad de los años sesenta, se ha entrecruzado con el debate sobre la tarea de la ciencia jurídica en el nuevo espacio abierto por la construcción de la comunidad europea. Desde esta perspectiva, la historia del derecho (privado) y la comparación fueron señaladas como los pernos de un ámbito de investigación unitario⁴. En el mismo periodo, en Italia la discusión se ha desarrollado según orientaciones distintas pero imbricadas; salvo que las posiciones se han perfilado en clave científica y sólo indirectamente ha entrado en juego la didáctica, que sólo en los últimos quince años ha comenzado a asumir cierto relieve en las discusiones y, en particular, cuando se ha tratado de precisar la orientación y el contenido de la novísima enseñanza de Fundamentos del derecho europeo.

Resulta revelador, de todas maneras, que el historiador del derecho medieval y moderno se haya quedado sustancialmente al margen de este debate; para justificar tal ausencia no basta con aludir a los distintos papeles que desde finales del siglo XIX el legislador italiano otorgó a los historiadores del derecho (entonces los del derecho romano y los del derecho «italiano»). En su origen, se trataba sólo de una distinción cronológica entre dos especialidades históricas que comportaba diversidad de fuentes y de contenidos y, con el tiempo, de métodos e instrumentos de trabajo: ¿se puede hablar entonces de una distinción epistemológica, como si el romanista conservase su traje de jurista y el historiador del derecho por el contrario se vistiese de historiador? Es otro dilema que a veces se

3 La relación de alianza-rivalidad resumida en el texto se documenta en las actas del congreso celebrado por la Società di storia del diritto en Padua en 2005 y dedicado al tema *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, editadas por L. Garofalo, Napoli 2007. Una visión comedida y compartible de esa relación la expresa A. Mantello, «Di certe smanie “romanistiche” attuali», *Diritto romano attuale*, 2000/4, p. 51.

4 Como indica el título de dos conocidos ensayos de Helmut Coing, publicados originalmente en 1967 y 1968 (ahora en Íd., *Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht*, II, Frankfurt a. Main 1982, pp. 67-99 y 157-176). De hecho, exponía el proyecto que de allí a pocos años tomó cuerpo con la publicación de los volúmenes del *Handbuch*: y es un proyecto en el cual la historia es considerada globalmente, como historia de las fuentes, de la cultura y de los juristas y no sólo de las instituciones jurídicas. Véase, además, nota 27.

enuncia⁵ y con más frecuencia se elude, pero que es necesario discutir, al menos para evitar muchos malentendidos: se hará más adelante. Por ahora baste con decir que hoy no es raro ver que al romanista no le resulta natural situarse entre los historiadores del derecho y prefiere usar la etiqueta de «romanista» como distinta de la de historiador del derecho⁶.

Pero volvamos a la sustancial ausencia de los medievalistas y modernistas en el debate, más llamativa si consideramos que en los últimos quince años se han dedicado numerosos encuentros y seminarios a la renovación de las facultades de derecho y a la formación de los futuros juristas⁷. Si se exceptúan intervenciones aisladas, las principales palestras de discusión que recordamos han sido el congreso florentino organizado en 1992 por Paolo Grossi, que tuvo como protagonistas a los historiadores del derecho medieval y moderno (no sólo italianos y no sólo de las facultades de derecho), y el de Padua de 2005 organizado por la Società italiana di Storia del diritto, que convocó a romanistas e historiadores del derecho intermedio italianos refiriéndose en particular a la enseñanza en las facultades de derecho: el primero, singularmente oportuno al poner sobre la mesa las nuevas tareas de la didáctica y de su principal instrumento (el manual), y animado por tantas prestigiosas presencias; el segundo, no menos ambicioso al encauzar la discusión hacia el papel de la historia del derecho en la formación del jurista europeo⁸. Pues bien, la impresión de conjunto, prescindiendo del valor de ciertas intervenciones o testimonios, es que en ambas ocasiones el terreno de la didáctica no provocó una discusión profunda, como hubiera sido necesario para

5 «No es que en el intermedio [entre Justiniano y la actualidad] no exista nada; sólo nos resulta difícil encontrarlo, a nosotros que venimos de lejos, de los tiempos de la Roma antigua. Desde que nuestras corporaciones se separaron –a finales del siglo XIX–, los *speculatores* que se han aventurado en estas tierras salvajes, los historiadores del derecho italiano, medievalistas o modernistas, casi siempre han recorrido otros caminos distintos a los nuestros, que son todavía, aun con esfuerzo, los del derecho. Han recorrido los cómodos senderos de la biografía y de la cultura general, que, por lo que se refiere al derecho, no llevan a ningún sitio» (M. Talamanca, «Relazione», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, edición de P. Zamorani, A. Manfredini y P. Ferretti, Torino 2005, p. 41; el mismo concepto en Íd., «Il corpus iuris giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente», en *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, Padova 1995, p. 793).

6 En este sentido, distintas intervenciones en las actas del congreso organizado en 2005 por la Società di storia del diritto (véase arriba, nota 3).

7 En los cuales han participado historiadores del derecho medieval y moderno, pero sin que las posturas fuesen expuestas y discutidas en un debate que abarcara profundamente la disciplina.

8 Ha habido otro congreso celebrado en Milán los días 10 y 11 de diciembre de 1999 y organizado por la Società italiana di Storia del diritto, que desarrolló el tema *Il ruolo delle discipline storico-giuridiche nelle Università italiane*; pero no se han publicado las actas (lo cual ya es significativo).

afrontar el nudo ineludible del papel de la historia del derecho en una facultad de derecho de masas y, respectivamente, en la formación del futuro jurista europeo. Y se observa con frecuencia un continuo deslizamiento desde el ámbito didáctico —en función del cual fueron organizados los dos congresos— al ámbito científico: no tanto por la natural contigüidad entre la esfera de la enseñanza y la de la investigación cuanto, como parece desvelarse, por una persistente aversión a distinguir los dos campos. Es probable que en este juego también encontremos cierta resistencia del historiador del derecho hacia los discursos sobre el método, respecto a los cuales se siente poco ducho o desinteresado, quizá porque es inconscientemente propenso a considerarse un descubridor de datos (elaboraciones teóricas, soluciones normativas, fuentes documentales) poco dispuesto a la teorización. Pero ¿se puede ser intérprete razonablemente —incluso en lo poco, como profesor encargado de interpretar el papel de docente en la malparada universidad de hoy— sin un método y una filosofía, aun artesanales⁹?

Con mayor razón merece ser atendido el argumento de Pio Caroni. El público italiano lo conoce sobre todo por sus *Saggi sulla storia della codificazione*, publicados hace poco más de diez años en esta misma colección: un libro que ha circulado también entre universitarios, doctorandos o simples estudiantes, ya que ha sido usado en la docencia y es fruto de unas lecciones¹⁰. Los especialistas lo conocen además por muchas intervenciones en congresos y por sus estudios sobre Savigny, sobre numerosos aspectos de la historia del derecho privado y del derecho mercantil, de la cultura jurídica de la edad moderna y contemporánea, y por otros ensayos sobre la codificación. Aquí aparece en su gabinete de estudio, solitario y polémico al mismo tiempo. Solitario porque expresa un pensamiento crítico, inconfundible en su claridad expositiva y en su línea argumental; polémico porque pone en duda esquemas y estilos, dialoga con las razones ajenas pero no tolera cómodos silencios ni simples repeticiones. Como es obvio, solitario no alude a la separación del mundo, al aislamiento de la erudición; al contrario, se refiere a la condición de quien piensa autónomamente y se siente responsable de sus propias ideas¹¹. La compañía —y aquí se alude en particular al encuentro con

9 Se entiende que no es una pregunta dirigida a un destinatario concreto y aún menos una crítica individual; es más bien una reflexión dirigida a la corporación de estudiosos dedicados a la historia del derecho, y afecta también a quien escribe estas líneas.

10 P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998; el texto fue originalmente publicado en lengua castellana: *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996.

11 Tiene razón P. Grossi, «Il punto e la linea», en *L'insegnamento del diritto oggi*, edición de G. Rebuffa y G. Visentini, Milano 1996, pp. 255-256; Íd., «Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», *Rivista di diritto civile*, 42-1 (1996), p. 281; Íd., «Storia

el jurista positivo— es una condición deseable, pero el deseo no sustituye a la realidad. Conviene ser franco, nos dice Pio Caroni¹².

Fiel a su estilo, el autor no se esconde, está presente con su inconfundible timbre y no duda en mostrarse. Por ello, es posible leer entre líneas las referencias a su experiencia docente, como es natural para quien ha tenido durante treinta años una apasionada relación con la didáctica y con sus alumnos; pero el discurso nunca se centra en los —por otro lado— ricos y extensos cursos de Berna, sino que se apoya en los múltiples canales que el estudioso suizo ha mantenido abiertos y que le permiten dialogar con la historiografía jurídica alemana, italiana, ibérica y francesa. Meditaciones personales, simbolizadas por la imagen del pensativo gato americano —un compañero del profesor del Tesino— que mira la cordillera del Jura, que en la edición original del libro aparecía discretamente en el reverso de la cubierta, casi a modo de epígrafe; meditaciones que constituyen un apoyo precioso para todos nosotros, que damos vueltas buscando los porqués profundos de nuestro papel de docentes¹³.

2. Pienso que el asunto principal del libro es el siguiente: en el ámbito de la didáctica —y en referencia a las facultades de derecho— no conviene que el historiador del derecho mire hacia atrás. Si lo hace, terminará —inevitablemente— buscando soluciones y formas o incluso «sistemas» que justifiquen (expliquen, valoren y confirmen) el derecho vigente. Generalmente, en esto se ha resumido la utilidad del historiador: una razón de ser de la historia eminentemente práctica, conectada con su instrumentalización respecto al derecho vigente. Una función práctica y por ello inatacable, se dice, porque también nos sitúa

del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi» (1998, en castellano), ahora en *Íd.*, *Società, diritto, Stato*, Milano 2006, pp. 21 ss., en temer el aislamiento de quien se retira del debate, ya sea jurista positivo, ya historiador del derecho, y practica a veces la soledad de la erudición. Imposible, por otro lado, sorprender a Pio Caroni en el ejercicio de la erudición: a lo más, lo vemos absorto en sus citas refinadas, a veces preliminares, de alguno de sus amados poetas o escritores.

12 Me viene a la cabeza una observación maliciosa y áspera de G. Bognetti, «L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi e il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia del diritto italiano», *Rivista di storia del diritto italiano*, 17-20 (1947), p. 182: «Es muy fácil que los juristas se hagan ilusiones acerca de sus propios recursos en materia de historia y acerca de su propia capacidad para asimilarlos. Siempre he considerado con desconfianza la bonita dedicatoria de Vivante, en su tratado, a Goldschmidt, quien le había enseñado a «sacar el sistema del derecho vigente de las intimidades de la historia. Intimidaciones y maternidad más que dudosas».

13 La poesía «Un gatto», de Giorgio Orelli, abre la recopilación de escritos promovida por los amigos: *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a Pio Caroni*, edición de G. De Biasio, A. Foglia, R. Garré e S. Manetti, Bellinzona 2004.

inmediatamente en el mismo terreno del jurista positivo, que se convierte así en aliado del historiador.

Esta razón de conveniencia puede tener su lado positivo pero, siendo indulgentes, se trataría para el autor de una capitulación; porque establecería la servidumbre de la enseñanza de la historia del derecho respecto del derecho existente, tanto si se le considera como expresión de la historia de un pueblo reexaminada a través de las elaboraciones doctrinales, como si se privilegia la matriz de derecho positivo de derivación legislativa. Por eso, la crítica se refiere al mismo tiempo al método de enseñanza de cuño savignyano y al que prevalece en ordenamientos de derecho codificado como el austriaco (pp. 59-60). Y no hay ninguna contradicción en esta revelación, ya que, como dice Pio Caroni, tanto la escuela histórica como el legislador austriaco, al valorar la enseñanza de la historia, se proponían apuntalar el derecho vigente dotándolo de una sólida justificación histórica.

La servidumbre así puesta en evidencia se conecta con una postura conservadora en sentido propio sobre la que vale la pena detenerse, porque trata asuntos particularmente interesantes para el lector italiano. En efecto, como es sabido, la enseñanza de la historia del derecho se consolidó en los planes de estudios de las universidades de la península en la primera mitad del siglo XIX, unida a otra materia bajo una sola denominación: Enciclopedia del derecho. El modelo tomado de las universidades alemanas, que en esencia consistía en el carácter unitario de la enseñanza del derecho –que antes estuvo asegurado por el estudio centrado exclusivamente en el *corpus iuris* y que después se vio amenazado por la creciente autonomía asumida por varias disciplinas–, ahora se reforzaba con una materia que encerraba –a modo de enciclopedia– las líneas fundamentales de todo el derecho vigente, acompañado de su desarrollo histórico. Una materia nebulosa, como suele decirse, sea por la conjunción entre historia y enciclopedia, sea porque, al tratar de recuperar la formación de los esquemas fundamentales de las dos grandes ramas del derecho privado y público, la historia que contemplaba el jurista era una suerte de *excursus* comparado: se unían, en un breve panorama, las experiencias de la antigüedad (pueblos orientales, mundo clásico griego y época romana) para dirigirse al fin, pero siempre de manera muy sumaria, hacia el derecho bárbaro y bizantino y la «floración» del bajo medievo y de la edad moderna.

No fue un método pasajero, se prolongó en los planes de estudios universitarios más allá de los primeros decenios del Estado unitario. Fue en los años ochenta cuando se consolidó un plan de enseñanza que, de un lado, preveía la separación de la Enciclopedia del derecho y que, por otro, restringía el ámbito del interés histórico, estableciendo cátedras autónomas de historia del derecho

romano y, respectivamente para la edad media y moderna, de historia del derecho italiano. Los manuales que comenzaron a aparecer en esos años reflejan ese cambio¹⁴. El modelo que se siguió manifestaba una perspectiva historicista, que avalaba la ideología de la continuidad del ordenamiento estatal —«poder constituyente» y teorías contractuales fueron excluidas de las doctrinas publicistas¹⁵— y hasta fue capaz de insertar los códigos en el ininterrumpido proceso que contribuía a consolidar; al mismo tiempo esa estructura también englobaba, eclécticamente, las exigencias de protagonismo del legislador positivo, que pedía y exigía encontrar en el pasado las raíces y la justificación del nuevo derecho. Los códigos del Estado unitario recién constituido eran vistos como coronamiento de un proceso que había propuesto desde siempre, en el plano del derecho, el carácter unitario de los pueblos italianos.

Fue Antonio Pertile quien dio forma a este modelo, antes que el legislador italiano interviniese, pero siguiendo la vía preparada por la legislación del soberano austriaco de quien había sido inicialmente súbdito. Leyendo la declaración de intenciones con las que la enseñanza de la historia del derecho fue instituida en Padua y en virtud de las cuales se había formado Pertile para hacerse cargo de la cátedra, aparecen exactamente las finalidades reveladas por Pio Caroni al sostener la «justificación» de su enseñanza: una materia que debía propiciar el consenso en torno a las instituciones jurídicas del derecho codificado del presente indagando en el pasado¹⁶.

3. Existe otra versión del uso de la historia en función del derecho vigente que tampoco pasa incólume el análisis crítico de Pio Caroni. Se trata de una

14 Es fundamental M. Martínez Neira, «Sobre los orígenes de la enseñanza de la historia del derecho en la universidad italiana», *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, 7 (2004), pp. 117-154. Cfr. I. Biocchi, «I manuali di insegnamento della storia del diritto nel secolo XIX in Italia», en *Dalla pecia all'e-book. Libri per l'università: stampa, editoria, circolazione e lettura*. Atti del Convegno internazionale di studi Bologna 21-25 ottobre 2008, a cura de Brizzi e Tavoni, Bologna 2009, pp. 377-391.

15 M. Fioravanti, «Costituzione, amministrazione e trasformazioni dello Stato», en *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, edición de Schiavone, Roma-Bari 1990, especialmente pp. 8 ss.

16 La obra de Pertile se comprende dentro de la ideología de su tiempo (cfr. Martínez Neira, *Sobre los orígenes*, cit., pp. 139 ss.). Según L. Garofalo, *Giurisprudenza romana e diritto privato europeo*, Padova 2008, especialmente pp. 39-40, aun valiosa por la información que aporta, «es en realidad insuficiente, porque evita deliberadamente penetrar en el derecho vigente y desvelar el pasado que lo anima»: juicio, me parece, sugerido no tanto por el interés histórico de la gran obra del maestro de Padua sino por las inclinaciones dogmáticas que hoy prevalecen (el mismo autor lo declara abiertamente, especialmente pp. 53-54, 95-96, 109 y *passim*).

orientación que se presenta con diferentes matices pero que, de forma sumaria, se suele llamar *neopandectismo*.

Debe advertirse que la polémica investigada por el estudioso helvético se refiere a una corriente extrema que en Italia no ha encontrado, al menos de palabra, muchos adeptos. Es más, la etiqueta *neopandectista* suele rechazarse por los romanistas italianos como si fuese un insulto¹⁷. Lo cual es comprensible: en primer lugar el apelativo evoca una cultura nostálgica, una especie de refugio donde encerrarse, que conlleva una evidente negación de la historicidad del derecho, y un resultado así genera una reacción crítica igualmente obvia e inmediata en todos los romanistas que no desprecian la filología¹⁸ o se mueven en un método historicista¹⁹.

Es difícil encontrar entre los romanistas italianos alguno que declare abiertamente que es el momento de abandonar el tradicional estatuto de estudioso especialista en el derecho de la antigua Roma; pero se extiende, cada vez más, un ansia, una aspiración, unas ganas de recuperar la tradición romanista y de afirmar las perspectivas funcionales que la metodología dogmática (o, si se prefiere, lógico-formal) abriría en el presente, bien para estimular al legislador, bien de modo más modesto, para criticar el derecho existente, bien –finalmente– de modo más ambicioso, para protagonizar el proceso de formación de un derecho multinacional y ecléctico, necesitado por eso de ser reconducido a *sistema*²⁰. Diver-

17 Se desliga de esta posición Mario Talamanca, quien elegantemente declara que no se ofendería en el caso hipotético de ser incluido entre los neopandectistas: «Considerazioni conclusive», *Minima Epigraphica et Papyrologica*, IX, 2006 [*Studia in honorem Mari Amelotti in Athenaeo genuensium iuris romani emeriti*], p. 40.

18 Como bien escribe D. Mantovani, «Il diritto romano dopo l'Europa- La storia giuridica per la formazione del giurista e cittadino europeo», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 72, «la filología es el antídoto de los discursos *a priori*». Precisamente por esto es difícil seguir al mismo estudioso cuando, «para hacer ver la relevancia del derecho romano en la elaboración de los derechos fundamentales», propone «reconducir los textos clásicos del iusnaturalismo y del constitucionalismo –de la segunda escolástica española a Grocio, de los ingleses al racionalismo de la escuela de Pufendorf– a la tradición que los ha alumbrado, en vez de considerarlos como ruptura» (p. 75).

19 Entre éstos seguramente L. Capogrossi Colognesi, autor de muchas intervenciones al menos a partir de «Riflessioni su I fondamenti del diritto europeo: una occasione da non sprecare», *Lura* 51 (2000), pp. 1-27 y L. Labruna (véase por ejemplo «Principii giuridici, tradizione romanistica e humanitas del diritto tra Europa e America latina», *Labeo* 50 [2004], p. 25). Es inútil recordar aquí las posiciones de Bretone, con frecuencia recordadas (y compartidas) por Pio Caroni.

20 Hace ya una decena de años, en la romanística italiana se pensaba que «la orientación prevalente» era la que consideraba «el derecho romano como la trama de la ciencia jurídica (europeo-continental en primer lugar) y del nuevo derecho». L. Peppe, «Alcune riflessioni sulla storia del diritto ovvero: della rottura della tradizione (giuridica)», *Diritto romano attuale*, 2000/4, p. 67.

sas finalidades, perseguidas con distintas orientaciones, pero unificadas por una perspectiva «actualizadora» y por preocupaciones esencialmente dogmáticas²¹. Eventualmente, utilizando incluso elaboraciones propias de la llamada tradición postirneriana del derecho continental o del *common law*, se abandona de hecho el terreno histórico, se adopta una óptica observadora-reconstructora y se realizan contribuciones encauzadas ambiciosamente en una especie de teoría general del derecho europeo, para la cual faltan evidentemente los presupuestos²². En esencia, se postula de una vez por todas la unificación del derecho en Europa y así se superan los problemas de interrelación que produce esa unificación: ¿cómo se transmitían los modelos y cómo circulaban los libros?, ¿cómo se formaban y cómo se movían los juristas²³? Es cierto que una vez descartada la historia, se produce inevitablemente un deslizamiento hacia la idea de un derecho «movido por una dinámica *propia*, autónomo y por ello descontextualizado, sobre todo, del sustrato social» (p. 94).

El *neopandectismo* no es el calco de una pandectística vuelta hacia el pasado; al contrario, es una compleja orientación animada por preocupaciones prácticas actuales. Propone un romanista «capaz de actuar en el mundo del derecho vigente», y al mismo tiempo un romanista «provisto de raíces» que le ligan al

21 A. Schiavone, «Diritto romano», en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, VI, Milano 2002, pp. 1159-1160. La perspectiva «actualizadora» parece consumir la prudencia que inducía a los maestros de la generación anterior a distinguir la diversidad entre nombres y categorías aparentemente similares (por ejemplo G. Pugliese, «Aspetti del diritto comune europeo», en *Scintillae iuris. Studi in memoria di Gino Gorla*, II, Milano 1994, pp. 1077-1101). La perspectiva «actualizadora» no debe confundirse con la metodología que considere actual el derecho romano (generalmente rechazada: L. Vacca, «Intervento», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 256); pero no existe otro modo de definir brevemente la propensión a considerar el derecho romano como el hilo conductor «para la solución de los problemas de la ciencia jurídica actual y para la construcción de un nuevo modelo transnacional coherente con la tradición jurídica común» (ibid., p. 258).

22 Para la distinción entre *dogmática* y *teoría general* véase L. Ferrajoli, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, I-III, Roma-Bari, 2007, I, introducción, especialmente §§ 9 y 10 (pp. 43 ss. y 51-52). El ámbito de la aportación —teórico o dogmático— no se ve siempre con claridad en la romanística que aquí se discute; aunque C.A. Cannata, «Storia del diritto e comparazione come metodologia della scienza giuridica», *Studia et documenta historiae et iuris*, 53 (1987), p. 386, declara abiertamente que no se trata de aportaciones de teoría del derecho; más recientemente, sobre la estela de la nueva enseñanza que alude al futuro derecho europeo, parecen agruparse actitudes que se acreditan como contribuciones teóricas.

23 Preguntas formuladas, concienzudamente, por A. Padoa Schioppa, «Per una storia comparata del diritto europeo», en *Harmonisation involves history? Il diritto privato europeo al vaglio della comparazione e della storia*, edición de O. Troiano, G. Rizzelli y M.N. Miletta, Milano 2004, p. 30.

pasado (no sólo al antiguo, sino también al medieval y moderno)²⁴. En la situación actual, la romanística moderna debería desarrollar los planteamientos fundacionales de Savigny, como la rama de la ciencia jurídica a la que le competiría «el papel de catalizadora de todo el pensamiento jurídico transnacional»²⁵; por usar las palabras de Zimmerman, debería ser capaz de desvelar las líneas de conexión existentes entre el derecho romano y su desarrollo en la Europa continental y anglosajona en el juego de las recepciones y de las «criptorrecepciones»; un método definido como histórico y comparado para un uso actual, como reza el título de una de tantas contribuciones metodológicas del comparatista alemán: *Usus hodiernus Pandectarum*²⁶.

Aquí se habla desde este punto de vista, independientemente del número de romanistas que, en Italia, se reconozcan como tales, en todo o en parte, y del intento que anime a sus protagonistas, a veces noble y compartible cuando –por ejemplo– ese método trata de eliminar la estrechez de miras de la enseñanza. Por lo demás, las cuestiones que deberían ser analizadas desde el punto de vista epistemológico²⁷ apenas importan desde el punto de vista de la didáctica. Cuenta

24 Son conceptos y palabras de C.A. Cannata, «Usus hodiernus Pandectarum, common law, diritto romano olandese e diritto comune europeo», *Studia et documenta historiae et iuris*, 57 (1991), p. 387.

25 C.A. Cannata, «Il diritto europeo e le codificazioni moderne», *Studia et documenta historiae et iuris*, 56 (1990), p. 316, nota 27. El mismo concepto en R. Zimmermann, «Diritto romano e unità giuridica europea», *Studi di storia del diritto*, I, Milano 1996, p. 25.

26 Conceptos expresados en R. Zimmermann, «Usus Hodiernus Pandectarum», en *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, edición de R. Schulze, Berlin 1991, pp. 79, 88 y *passim*.

27 Por ejemplo, dentro del método histórico-sistemático, la orientación programática de Helmut Coing parece atender al perfil histórico, no sólo en el enunciado teórico («I want to suggest another and more historical approach...») [Quiero sugerir otro enfoque, más histórico], sino también en la selección de los temas (relativos a instituciones jurídicas, o a problemas como «the rationalistic criticism of legal traditions under the impact of the enlightenment of the 18th century» y «the Impact of Industrialisation» [la crítica racionalista de las tradiciones legales bajo los efectos de la ilustración y de la industrialización]), en la manera de tratarlos (por ejemplo, para el fideicomiso, véase nota 42), en la bibliografía de referencia (Marc Bloch) y en la consideración de la correspondencia con otros ámbitos históricos (y en particular con la *social history*: H. Coing, «Common Law and Civil Law in the Development of European Civilization. Possibilities of Comparisons», en *Englische und kontinentale Rechtsgeschichte: eine Forschungsproject*, edición de H. Coing y K.W. Nörr, Berlin, 1985, pp. 31-41 [cit. p. 32, 38 y 39]). Así pues, bajo el mismo rótulo encontramos una interpretación muy distinta; y, además, para darse cuenta de la enorme diferencia bastaría con tener en cuenta que Coing consideraba que los esfuerzos de la investigación histórico-comparada debían ser corales: si era concebible que un único estudioso, aun con mucho esfuerzo, pudiese obtener resultados dignos con un enfoque de tipo dogmático-comparativo, sólo una investigación conjunta de varios (o muchos) estudiosos podría abordar razonablemente los problemas planteados por la

poco, en este campo, que se prefiera la utilización del método que se autodefine como histórico-comparativo, que se prefiera descubrir la «potencialidad» propia del derecho romano para la comprensión y la construcción del derecho existente y futuro²⁸: es evidente más bien una uniformización de base en la traducción didáctica de las diversas orientaciones, e importa el sentido de conjunto que se le va dando a la enseñanza en los currículum formativos del futuro jurista.

Se admite de buen grado que las ideas no están bien definidas, porque se trata no sólo de abrir un campo inmenso²⁹ sino también de redefinir el estatuto didáctico de la romanística, contando, entre otras cosas, con las confusas instrucciones dadas por el Ministerio. Ni siquiera sabemos si se limita al terreno del derecho privado o si, con el recurso a la «tradición romanística», se amplía el discurso a toda la esfera jurídica³⁰; la ambigüedad aparece en el nombre mismo de la nueva enseñanza –Fundamentos del derecho europeo– que, sin especificaciones, parecería aludir a toda la esfera jurídica³¹. De todas maneras está claro que los ensayos didácticos giran en torno a la idea de que el derecho romano es la linfa esencial y el hilo conductor de la experiencia jurídica que desde Justiniano llega hasta hoy, y que por ello constituiría el fundamento del derecho europeo según la denominación de la enseñanza varias veces citada³². La vocación hegemónica es

investigación histórica. No hay duda de que, un cuarto de siglo después, las observaciones sobre lo mucho que hay que hacer en esta dirección siguen siendo válidas.

28 Garofalo, *Giurisprudenza romana*, cit., pp. 190-191.

29 M. Marrone, «Relazione», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., p. 47; la observación parece fundada, aunque indudablemente tiene razón C.A. Cannata, «Relazione», ibíd., p. 53, al señalar que la materia de Fundamentos del derecho europeo se inserta en un proceso de formación que debería prever una conexión entre materias de derecho actual e histórico.

30 A veces esta extensión es explícita (por ejemplo P. Cerami, «Intervento», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., p. 83; G. Falcone, «Ricerca romanistica e formazione del giurista europeo», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 9), otras veces es implícita (por ejemplo, puede leerse: «muchos de los conceptos del derecho penal hoy vigente en Europa se remiten a la jurisprudencia romana»: Garofalo, *Giurisprudenza romana*, cit., pp. 148-149). Sin embargo, el ámbito disciplinar reivindicado bajo la influencia del derecho romano es, con frecuencia, más reducido (lo ha señalado varias veces Talamanca, *Relazione*, cit., p. 45; Íd., «Il diritto fra giuristi e legge», en *Harmonisation involves history?*, cit., pp. 3-6).

31 Observaciones críticas concretas sobre esta ambigüedad en A. Mantello, «Diritto europeo e diritto romano: una relazione ambigua», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., pp. 93-94.

32 Los ensayos para el uso didáctico aparecidos en los últimos años muestran una gama que va del manual introductorio (G.L. Falchi, *Introduzione ai fondamenti del diritto Europeo*, Città del Vaticano 2007) al tratamiento de temas y materias (C.A. Cannata, *Fondamenti del diritto europeo*, I-II, Torino, 2005-2008, afirma que el contenido de la nueva enseñanza no puede «identificarse

tan clara que incluso es denunciada por algunos sectores historicistas de la propia romanística³³.

Casi a modo de corolario, se subraya la continuidad de los planteamientos de la experiencia jurídica occidental entre los sistemas de derecho, codificado o no, de tal modo que ni siquiera el código representaría una ruptura –todo lo más una «ocultación» del desarrollo lineal³⁴–, pues expresa categorías, materias y soluciones ya existentes; a partir de aquí, se podría extraer horizontal y verticalmente de los ordenamientos del *civil law* y del *common law*, como hipótesis de la existencia de un fondo unitario y homogéneo, desde luego romano, que podría reducirse a sistema pese a las innegables diferencias existentes³⁵. De forma

con un discurso de carácter general», sino que debe ser «la propuesta de un método de investigación, y consecuentemente abarcar una temática que indique cómo y dónde pueden ser individuados los fundamentos de nuestros derechos europeos actuales», I, pp. 2-3). Para otro reciente ensayo didáctico, de Zoz, véase nota 34.

33 Talamanca, *Relazione*, cit., p. 39: «Los tiempos han cambiado. Sobre todo porque vivimos en una Europa en la cual existen países sin tradición romanista. En quien subraya el valor de la tradición romanista debe verse también un diseño hegemónico, más o menos consciente, por el que los países de esta tradición deberían caminar en esencial unidad». Mantovani expresa también posiciones fuertemente escépticas sobre el valor del derecho romano para la individuación de los elementos comunes del derecho europeo: Íd., *Il diritto romano dopo l'Europa*, cit., pp. 57-60 y 81-82 nota 42.

34 Zimmermann, *Diritto romano e unità giuridica europea*, cit., p. 13. Particularmente radical en la línea continuista es la reciente propuesta de M.G. Zoz, *Fondamenti romanistici del diritto europeo. Aspetti e prospettive di ricerca*, Torino 2007, donde aparecen afirmaciones según las cuales el derecho romano sería «elemento común y sustancial de las legislaciones modernas» (p. 2), la compilación justiniana se encontraría «en una relación sin solución de continuidad con el derecho vigente» (p. 4), los distintos códigos (no sólo de la Europa continental) derivarían «en su mayor parte del *Corpus iuris civilis* y de sus desarrollos interpretativos» (p. 6), y los códigos serían «obra de la *iuris scientia*, que empleó su influencia para hacer triunfar las soluciones del derecho romano» (p. 12) y asumieron «los *principia* del sistema, casi resumen de las normas que han superado la prueba del tiempo» (ibíd.). Como es obvio, en esta visión continuista se postula una mirada que no se detiene en la actualidad, sino que se proyecta hacia el futuro (p. 4). También Talamanca, *Il «corpus iuris» giustiniano*, cit., p. 773 ha afirmado que «el *Corpus Iuris* se encuentra con el derecho vigente en una relación sin solución de continuidad», pero con una observación importante: «es en esta característica, en la “racionalidad” en sentido no metafísico del sistema de solución de los conflictos socio-económicos, donde se encuentra la esencial continuidad entre la cultura jurídica romana y la de nuestra época» (p. 775).

35 Los dos sistemas –*civil law* y *common law*– serían «manifestación de una única experiencia jurídica», y el representante de este planteamiento, Reinhard Zimmermann, habría enfocado la comparación «en función de las posibilidades concretas de ósmosis en la práctica, es decir de la reconstrucción o del reencuentro de una ciencia jurídica europea común y de un *ius commune* actual». Así lo dice un estudioso italiano que no esconde su simpatía por la corriente aquí tratada: Cannata, *Usus hodiernus Pandectarum*, cit., p. 384.

persuasiva, al joven jurista en formación se le propone el restablecimiento del papel de la doctrina, con una función crítico-constructiva que partiría del perno de la dogmática romanista. En este sentido, el planteamiento de los problemas y el instrumental para intervenir hoy serían el fruto de un amplio patrimonio lógico-dogmático, según una visión innegablemente continuista que no significa sin embargo afirmar la continuidad del derecho romano en el derecho actual³⁶. La continuidad está en el planteamiento, que se define como histórico-comparado pero que es simplemente dogmático³⁷; y es una continuidad que bien puede alojar en su interior diferentes soluciones que la metodología adoptada postula precisamente como elementos que han de ser comparados en el procedimiento.

¿Se va hacia una nueva versión del «sacerdote del derecho» que todavía aspira a manejar un arte «de rostro granítico e impenetrable» (p. 64), o en todo caso del ministro de una ciencia fundada en el «permanente protagonismo del derecho romano»? Procedería responder afirmativamente al leer ciertas enseñanzas que hablan de un «derecho común que sólo espera ser descubierto por un intérprete sensible» y que constituiría un imprescindible fundamento de la razón, el único que nos haría ser conscientes frente a las reglas empleadas cotidianamente³⁸.

Ya se ha hecho la crítica a la postura que parte del derecho romano como hilo conductor de la experiencia jurídica medieval y moderna, y no se ha salvado ni siquiera el estudioso antidogmático por excelencia y crítico acérrimo de las

36 C.A. Cannata, «Cuiusque rei potissima pars principium», en *Diritto romano attuale*, 2001/6, p. 160; el mismo concepto en Vacca, *Intervento*, cit., p. 256. A veces, la misma doctrina romanística declara su malestar por algunas investigaciones que «parecen entendidas y orientadas a modo de comparaciones idóneas entre el derecho romano y el régimen vigente, a modo de señales idóneas y a veces continuistas de raíces, de precedentes y de paralelismos» (Falcone, *Ricerca romanistica*, cit., p. 14).

37 Como dice Cannata, *Il diritto europeo*, cit., p. 318, la historia del derecho es necesaria para el comparatista que quiera asumir el rango de estudioso-guía, pero es una historia de los elementos y del problema dogmático, es una historia de «un material construido por una tradición de pensamiento metódico» y que necesitaría, sobre todo, poseer el método de la jurisprudencia romana. Coherentemente con esta concepción dogmática de la historia, por poner un ejemplo concreto, mi antiguo y apreciado maestro de derecho romano considera que, desde que —hace cerca de un cuarto de siglo— Santoro expuso la tesis del uso consciente de la categoría general del contrato por parte de Labeón, esta interpretación ha trastornado las viejas ideas sobre la historia del contrato, también en lo referido a la edad intermedia y en particular a la doctrina iusnaturalista (C.A. Cannata, *Usus hodiernus Pandectarum*, cit., p. 398). Yo diría que la tesis de Santoro podría trastornar las viejas ideas sólo si se aborda la cuestión desde el punto de vista de una historiografía dogmática; pero para hablar de las sistematizaciones de los contratos en tiempo de Donello, Grocio y Pufendorf debemos ver los problemas desde el punto de vista de estos autores y no desde el de Santoro.

38 Así Garofalo, *Giurisprudenza romana*, cit., p. 28 (referido en particular a un autor, Impallomeni, con frecuencia calificado de precursor de las ideas hoy en boga) y p. 42.

pretensiones de actualización del derecho romano, que entre los romanistas del siglo XX ha creído quizá con más insistencia en la historicidad de ese derecho³⁹. Nadie pone en duda que el jurista deba ser educado para desarrollar su sentido crítico, pero no se entiende por qué debe tomar impulso en los eternos fragmentos del *corpus iuris* e incluso, como a veces se pide, en textos anteriores⁴⁰. Quien sostiene la íntima historicidad del derecho aprecia la clara deformación que conlleva tal postura, que corre fácilmente el riesgo de convertirse en un motivo de complicación respecto a las exigencias concretas de la construcción del derecho europeo; aquí «concretas» no significa «inconscientes» sólo por no haber sido formuladas con el impulso dilatadísimo (y también selectivo e incompleto) que parte del derecho romano; y tampoco significa un ciego abandonarse a concepciones informes y fundadas en un primitivo legiscentrismo del ordenamiento; ni la aspiración a la concreción equivale de por sí al nihilismo, evocado como un espectro por la metodología dogmática que, por su parte, se muestra impotente para combatirlo.

Quizás, educar para una función crítica requeriría comenzar mostrando la relatividad histórica del sector científico que se maneja⁴¹. En caso contrario, como advierte Pio Caroni, falta simplemente la historia: es el «naufragio» de la historicidad, como se titula un ensayo contenido en esta recopilación. Si se conci-

39 P. Grossi, «Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica (a proposito della rinnovata e definitiva Introduzione allo studio del diritto romano di Riccardo Orestano)», *Quaderni fiorentini*, 17 (1988), pp. 545 ss.; véase también Íd., *Modelli storici*, cit., especialmente pp. 282 ss. En el texto se alude a las posiciones de R. Orestano, compendiadas en un texto *–Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987– que, entre otros, contiene un capítulo (XIV) todavía muy sugerente dedicado al «problema del derecho romano y de su historicidad» (en p. 458 manifiesta el reconocimiento de que «desde Justiniano hasta nuestros días, el *Corpus iuris* ha representado el eje en torno al cual han girado gran parte del derecho y de la ciencia jurídica de los pueblos que han entrado en contacto con él», aunque no sea el único aspecto bajo el cual las ciencias jurídicas puedan ser estudiadas).

40 Falcone, *Ricerca romanistica*, cit., pp. 9-10 y sobre todo 13: «es verdad que la denominada base romanista de los ordenamientos jurídicos continentales es, en su mayor parte, fruto de un constante trabajo interpretativo que, durante siglos, se ha cimentado sobre los textos del *Corpus iuris*. Y sin embargo el jurista (sin más, o «europeo»), si de verdad tiene que comprender críticamente y orientar, en vez de limitarse a registrar como un notario el flujo jurídico existente o que se está constituyendo, con todo lo que hay bajo él y le precede, no puede ser adiestrado sólo con los datos conservados en la Compilación justiniana (y reelaborados en los siglos siguientes). Hundir la vista en un pasado mucho más lejano [...]». Y se pregunta: pero ¿no debería ser tarea de una enseñanza diferente de la de la historia del derecho romano?

41 «El historiador del derecho es [o quizá debería ser] –dada su naturaleza– un relativizador y un desmitificador» (P. Grossi, «Unità giuridica europea: un Medioevo prossimo futuro?», *Quaderni fiorentini*, 31/1, p. 42).

be la historia jurídica como historia de las instituciones, la atención se dirige inevitablemente hacia planteamientos continuistas de gran alcance y dotados de una vocación legitimadora a toda prueba (pp. 172-173), dotados de la «indiscutible certeza de que la dogmática actual hunde sus raíces en la antigüedad» (p. 78), provistos de vida pero en el fondo atemporales y por eso sin vida (pp. 64 y 137 nota 96). Este modo de ver las cosas nos indica, todo lo más, si un determinado planteamiento se ha perdido en la historia por caer en desuso o ser abrogado, pero no le interesa adentrarse en los motivos y modalidades (y luchas) que acompañan su desaparición. Y sin embargo el conocimiento de estos aspectos sería utilísimo para comprender planteamientos sucesivos, quizá contradictorios con la vieja institución desaparecida. Pienso en el fideicomiso, que intriga al historiador porque supera el estrecho ámbito de las sucesiones al que dogmáticamente pertenece, interesando también, cargado de significado, a la familia y a la condición de los distintos miembros, a la propiedad y al mercado. Como es sabido, el debate sobre el fideicomiso fue vivísimo entre los legisladores y los hombres de gobierno, en la literatura mercantil y entre los ilustrados; muchos rasgos se encuentran incluso en las novelas y obras de teatro de la época. Pero ¿cómo enseñar todo esto al jurista en formación si nos limitamos a la aséptica denominación de la institución de las sustituciones hereditarias⁴²?

Precisamente porque falta la dimensión de la historicidad, observamos algunas posturas extrañas que representan otras tantas manifestaciones de simplificaciones inaceptables. Se ha trazado ya un cuadro de conjunto crítico de tales simplificaciones y no es necesario dibujarlo aquí de nuevo⁴³; baste con proponer alguna observación llamativa que salta rápidamente a la vista del historiador.

Hay periodos enteros, o corrientes culturales, o temas que no le interesan *a priori* a la corriente *neopandectista*. Es el caso de la alta edad media y, en general, del sector de la experiencia jurídica consuetudinaria que se adentra en los siglos siguientes. La marginación o la subestimación se refiere a culturas y aspectos que pueden llamarse heterodoxos, como *le droit coutumier* y las

42 Para una perspectiva bien orientada de la investigación histórico-comparada sobre el fideicomiso, véase Coing, *Common Law and Civil Law*, cit., p. 37.

43 Una crítica concreta a las simplificaciones de esta corriente romanística, en A. Mazzacane, «Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo», *Index* 29 (2001), pp. 97-111, y en Mantello, '*Diritto europeo*' e '*diritto romano*': una relazione ambigua, cit., p. 97 ss. En el discurso que sigue se omiten algunas referencias a los «errores» (por ejemplo, dataciones de obras equivocadas en más de un siglo) que con frecuencia aparecen en la corriente aquí tratada: se entiende que la responsabilidad es personal y que de los errores responde el autor y no la corriente a la que se adscribe, pero la impresión es que no son signo de ignorancia sino de escasa atención a la cronología y a la historia.

corrientes iusnaturalistas⁴⁴ y, en esencia, todo el periodo ilustrado, poblado de no juristas o de desconsiderados críticos del derecho romano, elementos de ruptura por definición que contrastan con el ideal de continuidad al que esa corriente aspira⁴⁵. También se excluye programáticamente la consideración del Estado: un sujeto molesto como lugar de desencuentro y de mediación, producto y a su vez productor de cultura (no sólo jurídica) y de derecho (bajo múltiples formas y no sólo a través de la legislación). Sobra decir que su presencia –ora débil, ora fuerte, ora dotada de escasa autonomía, ora provista de una sólida ideología– ha caracterizado la historia jurídica, y sin embargo sobre ella reina un silencio soberano: *tamquam non esset*.

Esto nos lleva a una observación posterior concerniente a la selección de las fuentes: se considera exclusivamente el derecho justiniano, y quizá el muy apreciado Digesto y sus intérpretes, como si la complicada imbricación de normas, no dispuestas en un plano jerárquico (p. 139), no constituyese un dato jurídico esencial del pasado. Y ¿qué decir de la pretensión de reducir el derecho medieval a la simple «matriz romanista», sin considerar mínimamente el derecho canónico (poco propenso a los dogmas, como se sabe)⁴⁶? Es difícil, muy difícil, reducir las complejas transformaciones y continuas innovaciones que caracterizan la experiencia jurídica europea entre medioevo y edad contemporánea a mera «reutilización, aunque no siempre consciente, de elementos preexistentes, procedentes en buena parte de los textos de los *prudentes* transmitidos por el Digesto»⁴⁷. El dominio dividido forjado por la práctica y sistematizado por la

44 En realidad aparece un iusnaturalismo que ignora las distintas corrientes reconocidas por la historiografía y por la teoría del derecho; es obvio, si consideramos el intento de extrapolar pasajes y la visión de conjunto, que convierte a los distintos autores tomados en consideración en otros tantos «romanistas» más o menos originales. Lástima que Hobbes estudiase derecho sólo al final de su vida (le era útil para defenderse de las acusaciones de ateísmo) y que Pufendorf nunca quisiera graduarse en derecho.

45 Es apropiada la observación de Ranieri sobre una obra muy representativa de la corriente aquí examinada, como es *The Law of Obligations* de R. Zimmermann: «das französische Ancien droit und das Recht der naturrechtlichen Kodifikationen (code civil und ABGB) werden hier nämlich zu wenig berücksichtigt. Die «Civilian Tradition», auch die gemeinrechtliche, ist jedoch weit mehr als das Recht der Pandektisten» [el *Ancien droit* francés y el derecho de las codificaciones iusnaturalistas (code civil y ABGB) apenas fueron tomados en consideración aquí. La «Civilian Tradition», también la del derecho común, es, con todo, mucho más que el derecho de los pandectistas] (F. Ranieri, «Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?», *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, cit., p. 100 nota 22).

46 No parece suficiente resolver el problema observando simplemente «la impronta romana» del derecho canónico (así, por ejemplo, Pugliese, *Aspetti del «diritto comune europeo»*, cit., pp. 1079 y 1088 nota 25).

47 Garofalo, *Giurisprudenza romana*, cit., p. 4.

doctrina medieval y la propiedad iusnaturalista/fisiocrática ¿son simples reutilizaciones, quizá poco conscientes, del derecho romano?

Las consecuencias de tal postura son notables.

Se descuidan territorios (por ejemplo, Venecia) (p. 98), simplemente porque no se consideran homogéneos con el tema inicial. En efecto, se reconoce que «la *Dogmengeschichte* no corresponde a la historia político-institucional de los distintos territorios»⁴⁸; pero los territorios, con sus diversidades, deben considerarse parte integrante de la experiencia jurídica y objeto de estudio sin que por eso el historiador del derecho se transforme en geógrafo.

Se descuidan los sectores en los que se afirma prioritariamente los *mores* o la legislación del soberano. Aquí la atención del historiador debería tener en cuenta los ámbitos (la práctica y la economía), los motivos (la razón de Estado, la potencia económica) y las reflexiones doctrinales elaboradas en las distintas esferas (la teología moral, por ejemplo), que irrumpen con prepotencia como expresiones de nuevos problemas, de nuevos sujetos y de nuevas ideologías, concurrentes todas ellas en estructurar el derecho. Así sucede con materias como el derecho *inter gentes*, que se forma en torno a las nuevas entidades estatales y asume como núcleo el problema de la guerra y el de las representaciones permanentes (embajadas), y como el derecho público, que se forma en gran parte fuera de los canales universitarios; pero también con materias que se refieren al derecho de los particulares, desde las relaciones laborales a las tenencias agrarias, desde la actividad mercantil al matrimonio y la familia. Es inútil continuar. Por su parte, un autor que durante toda su vida cultivó fundamentalmente el derecho privado y que era un feroz adversario de los *pragmáticos*, Giovanni Battista De Luca, nos da un elenco, quizá un poco escolástico pero de todas maneras impresionante, de las materias privatistas en las que el derecho romano era marginado en la práctica⁴⁹. De igual modo procedían la *practica nova* y los iusnaturalistas surgidos entre los siglos XVII y XVIII, bien realizando un crítica radical al *ius obsoletum*, bien partiendo de los *mores hodierni* y de la legislación del soberano, o rediseñando todo el sistema jurídico⁵⁰. En definitiva, el historiador, para ocupar-

48 Vacca, *Intervento*, cit., p. 256.

49 Las posiciones de De Luca se encuadran, como es conocido, en el proceso de nacionalización del derecho común del que fue un lúcido lector en Italia: véase I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino, 2002, pp. 297-315.

50 Sobre el asunto, véase I. Birocchi, «La formazione dei diritti patrii nell'Europa moderna tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi e insegnamento», en *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, edición de I. Birocchi y A. Mattone, Roma 2006, pp. 17-71. Bien fundadas las consideraciones de Mantello, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., p. 44-46.

se del derecho, debe seguir necesariamente muchas pistas sin dejarse capturar por el léxico persistente⁵¹ ni por la gramática común⁵²: si se ocupa, por ejemplo, de la institución familiar, no puede olvidar las reglas contenidas en los manuales de los confesores, o las sesiones del Concilio tridentino, o el texto de los concordatos, o las disposiciones de las Iglesias nacionales, etcétera.

Surgen otras observaciones en relación a las fuentes civilistas empleadas, tanto por lo que se refiere a la doctrina utilizada como al modo en que es utilizada. Es muy escaso el interés por la doctrina más ligada a la práctica y por las formas concretas en que se transmite y aplica⁵³; para las obligaciones contractuales, por ejemplo, los eternos Domat y Pothier (casi siempre alegremente unidos en una línea de continuidad que prescinde no sólo de las respectivas situaciones sino de las obras), quizá con el añadido de algún iusnaturalista, algún exponente de la escuela holandesa (Vinnius, Voet; ya es más difícil cruzarse con Huber), y finalmente algún italiano específicamente dedicado al tema examinado (Mantica, quizá). Es imposible, obviamente, encontrar no sólo las respuestas sino simplemente las preguntas: por ejemplo, sobre *por qué* Domat sistematizó el problema de la causa o de los contratos reales, *a través de qué lecturas* de autores precedentes (¡no todos juristas!), condicionado por *qué ideología* (la etiqueta de jansenista es tan repetida como ignorada), o por *qué relaciones sociales*. Procedería añadir que, si la selección de la doctrina a examinar es siempre lícita (y además arbitraria), los autores citados deberían ser tratados como figuras que actuaban con unas cualidades profesionales específicas en un determinado contexto social y cultural: como juristas, y no como fantasmas dotados de una misteriosa aptitud para construir dogmas⁵⁴. Y sucede que el jurista –incluso Domat de carne y hueso

51 Inolvidable la crítica de G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna*, I, Bologna 1976, p. 83 nota 79, oportunamente recordada por R. Savelli, «In tema di storia della cultura giuridica moderna: strade maestre e sentieri dimenticati», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 109 nota 34 (otras consideraciones compartibles en p. 102).

52 Que, se entiende, es un dato de hecho (insiste, por ejemplo, Zimmermann, *Diritto romano e unità giuridica europea*, cit., p. 7); pero tiene toda la razón Mantello, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., p. 39, cuando critica el ejercicio del *ars combinatoria* entre conceptos de diversas épocas para demostrar la existencia de una continuidad entre Roma y el presente.

53 Vale la queja de W. Brauner, «Europäisches Privatrecht – aber was ist es?», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, 15 (1993), p. 231, planteada en la discusión del *Europäisches Privatrecht*, I-II, de Coing y del *Law of Obligations* de Zimmermann: «Von der Praxis und den lokalen Rechten gar nicht zu reden!» [¡De la praxis y de los derechos locales no hay nada que hablar!]. Hago mías las consideraciones de Savelli, *In tema di storia della cultura giuridica moderna*, cit., pp. 138-139, 156 y *passim*.

54 Fantasmas dialogando absurdamente entre ellos, como si Rogerio y Piacentino, Domat y Windscheid fuesen «personajes de la misma escena histórica»: como observa, implacablemente

trabajando en Clermont y en París— organiza sus problemas y los resuelve en el contexto espacial y temporal al que pertenece. De este modo se podría explicar por qué las posiciones del pío magistrado, que en la monarquía de Luis XIV e interviniendo en particular sobre un sector no barrido por la oleada de *ordonnances* del rey Sol, contribuyeron a unificar y reforzar el derecho privado vigente en Francia confiriéndole incluso una aureola de eternidad por su supuesta derivación natural, y discreparon totalmente de las de Thomasius o Stryk que, en Halle, casi al mismo tiempo, edificaban otro derecho nacional fundado en el sentido común, en los *mores* y (al menos en el caso de Thomasius) en una moral individual burguesa⁵⁵. Como dice en su apasionada llamada Pio Caroni (p. 180), incluso para el magistrado francés era imposible, so pena de hacer incomprensibles sus reconstrucciones, ignorar las implicaciones políticas, sociales, económicas y culturales del discurso jurídico; por ejemplo, sin salir del ámbito dogmático, se correría el peligro de tomar por errores y deformaciones del derecho romano lo que Domat propone conscientemente en su sistema fundador del derecho privado vigente (y para esto fue llamando por su rey)⁵⁶.

Al menos sobre otro punto debemos criticar aún el discurso simplificador y continuista que pretende disponer toda la experiencia jurídica en torno al ininterrumpido hilo romanista: el silencio sobre el constitucionalismo que, ciertamente, no es interpretable como la enésima manifestación del derecho de Justiniano⁵⁷.

crítico, Dario Mantovani, «el riesgo es construir *a posteriori* un diálogo que no existió nunca y componer una historia con las opiniones de los doctos, sin verificar la efectiva difusión e influencia de sus ideas en la práctica y en las jurisdicciones que, como bien saben los historiadores del derecho medieval y moderno, son la dimensión constitutiva de la historia» (Mantovani, *Il diritto romano dopo l'Europa*, cit., pp. 68-69).

55 Como lo demuestran, prescindiendo de las consecuencias penales, sus posiciones en tema de contratos y de familia.

56 En una densa y crítica intervención que abarca gran parte de la actual romanística italiana y que, mientras reconoce francamente las rupturas históricas, rechaza cualquier planteamiento continuista y artificialmente unitario del trabajo del historiador, Capogrossi reconoce la necesidad de poseer un entramado de conocimientos en el que colocar las construcciones jurídicas, pero sólo «después y no antes» (L. Capogrossi Colognesi, «Intervento», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. 286). Me permito disentir. Me parece que en el bagaje del historiador del derecho no hay un *antes* y un *después*: la exhortación del ilustre romanista, totalmente compartible, a considerar esenciales los problemas jurídicos, puede encontrar una respuesta sólo empleando, al mismo tiempo, instrumentos históricos y jurídicos. Bajo mi punto de vista, el objetivo debería ser el de una feliz confusión entre ambos tipos de instrumentos para llevar a cabo un enfoque coherente de los temas que se aborden: un acercamiento histórico-jurídico, desde luego.

57 A. Corbino, «Relazione», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, cit., especialmente pp. 66-68, en contra de una posición corriente en la

Aquí se habla ya sea del constitucionalismo florecido a lo largo del siglo XVIII como teoría de un ordenamiento que considera al ciudadano dotado de derechos iguales, reconocidos y garantizados por el Estado, ya sea del constitucionalismo democrático de las constituciones rígidas de la segunda mitad del siglo XX. Y se debe observar que la expansión de la carta de los derechos a partir de la Declaración universal de 1948 no hace sino convertir en irreal la pretensión de proceder a la construcción del futuro derecho europeo sobre la base del derecho romano y de su «tradición» subsiguiente⁵⁸.

Se puede responder a estas críticas radicalmente, es decir, sin entrar en el asunto, con una objeción: ya que no estamos tratando en esta sede de un método aplicable en el campo científico, sino en el didáctico, podría ser apropiado un acercamiento simplificador. ¿No es quizá verdad que el arte de la enseñanza se funda en la síntesis, en la lógica y en el método y aborrece proceder desordenadamente? ¿Y cómo dar cuenta de las líneas fundamentales que interesan al mundo del derecho persiguiendo fuentes y fuerzas dispersas y ligadas a las contingencias de la política, y sin partir de las únicas directrices en condiciones de interpretar ordenadamente las cosas, es decir las producidas por la reflexión de la doctrina?

Es una objeción dotada de dignidad propia aunque totalmente extraña al estatuto del historiador, incluso del historiador del derecho que, cuando desarrolla la función didáctica, no uniforma sino que distingue; y no olvida que le compete ver las cosas más allá de las formas (jurídicas), enfrentarse a las innumerables voces y fuerzas que pueblan este mundo y que concurren a forjar reglas e instituciones jurídicas⁵⁹. No significa impedir las «incursiones» de los romanistas más allá del perímetro cronológico cultivado por la antigüedad, impedimento que sería una absurda pretensión de gestión monopolística de los espacios de

romanística moderna, ha escrito una página preciosa sobre el significado del constitucionalismo y sobre la crisis de la idea de «tradición».

58 Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., I, pp. 7-8, comienza así al preparar la exposición de su teoría axiomatizada del derecho: «La asunción del derecho moderno como objeto privilegiado de la teoría comporta el análisis de su “positividad”, es decir, de una serie de principios estructurales que, en sus diversos sectores, dan lugar a una formación histórico-institucional *radicalmente distinta de toda otra formación del pasado*». Y el autor precisa y argumenta, a renglón seguido, que tal diversidad se refiere no sólo a la construcción del derecho penal, del derecho procesal penal, del derecho público constitucional y del administrativo, sino también del derecho civil codificado en cuanto «se basa en la igualdad jurídica de todos los seres humanos como sujetos igualmente dotados de personalidad, capacidad jurídica y de obrar, libertad y derechos civiles y, al menos como principio, en la subordinación a la ley de los poderes, privados de autonomía» (las cursivas son mías).

59 Como dice Mantello, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, cit., p. 108.

investigación histórica. Convendría pertrecharse frente a aventuras peligrosas: los «saltos mortales» desde Justiniano al mañana son objetivamente difíciles⁶⁰.

Pero no podemos detenernos más. Sólo una pregunta, antes de pasar a la parte propositiva de las posiciones de Pio Caroni. ¿Cómo es posible que en Italia el debate sobre estos problemas sólo haya interesado ocasionalmente a los historiadores del derecho medieval y moderno⁶¹?

Se puede especular sobre una posible clave de comprensión, dejando el juicio en manos del lector. Quizá juega la resistencia ya observada a tratar cuestiones de método. Probablemente existe un escaso hábito para el debate, franco o áspero, o quizá un malentendido amor por la paz con quienes son considerados naturalmente como compañeros de viaje en las facultades de derecho. Puede además incidir una sensación de desinterés por una postura que se sitúa fuera del estatuto del historiador del derecho. Quizá influye también la débil voluntad de aclarar el propio papel entre historia y derecho; nos satisface esa especie de

60 «No podemos, como se hace a veces por motivos varios, saltar de Justiniano a la actualidad. Es un salto mortal y, generalmente, mortífero» (Talamanca, *Relazione*, cit., p. 41): el pasaje debe ponerse en conexión con otras afirmaciones del autor sobre la problemática reconstrucción de la «tradición romanista» colaborando con los estudiosos de la edad medieval y moderna (p. 43). Parece consciente del «salto mortal» L. Vacca, «Relazione», en *Fondamenti del diritto europeo. Atti del Convegno Ferrara, 27 febbraio 2004*, quien sostiene la autonomía de las distintas disciplinas (en particular del derecho romano y del derecho medieval y moderno): «el romanista no posee los conocimientos y el instrumental técnico interpretativo del historiador del derecho medieval y moderno, y obviamente, al contrario, a menudo el historiador no puede aprehender plenamente la estructura y la construcción conceptual de las fuentes romanas» (p. 62). De aquí la propuesta de colaboración entre los distintos estudiosos (sostenida también por A. Burdese, «Presentazione», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., p. XI), cada uno de los cuales, parece obvio, debería mantener su propio estatuto (lo afirma explícitamente Capogrossi Colognesi, *Riflessioni su «I fondamenti del diritto europeo»*, cit., pp. 14, 17 y 20-22): con los consiguientes problemas de relación, no siempre nitidamente presentes (como denuncia Mantello, *'Diritto europeo' e 'diritto romano': una relazione ambigua*, cit., p. 94). Hay también quien, invocando esfuerzos conjuntos y siendo consciente de las «trampas», considera que deben romperse los muros entre las disciplinas para no dejar incomunicadas las partes de una investigación (R. Fiori, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, ibid., p. 48). Se volverá sobre el asunto en el número 4.

61 Una señal para todos: un libro *escandaloso* —porque tiene por objeto deconstruir interpretaciones comunes— ha pasado inadvertido como objeto de recensión en las principales revistas de la disciplina y como idea para una discusión pública, el de P.G. Monateri, T. Giaro, A. Somma, *Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva*, Roma, 2005, objeto, naturalmente, de un amplio examen por parte de romanistas y comparatistas. Es una señal que se refiere en realidad al estatuto científico de la disciplina pero que, al ser silenciado, manifiesta también su significado en su perfil didáctico.

exorcismo que resuelve el problema con su insistente y poco convincente profesión de fe: sentirse enrolado en el grupo de los juristas.

4. ¿Qué hacer? ¿Cómo sostener la presencia de la historia del derecho en los planes de estudios sin refugiarse en una estéril hipótesis contemplativa, ni pretender convencer con la vieja idea de la historia como maestra de vida?

Caroni sostiene una historicidad integral del derecho: «la historia es la vida, la estructura del derecho» (p. 118). Devuelve el derecho al tiempo: habla del derecho vigente y sostiene su historicidad porque se trata de una lectura de un fenómeno social, que —al positivizarse— no se inmoviliza en la letra de la ley; y es una lectura que, mientras mantiene su «perfil inconfundible y específico» (p. 123), prevé necesariamente los datos sobre cuya base se da o se establece la norma, así como las variaciones culturales que en el curso del tiempo se realizan en esa misma norma; prevé también el paso de la oralidad a la escritura (p. 68): un texto es estático e inmóvil, mientras el derecho, al vivir en la historia, es móvil.

En este punto, debemos aludir al menos a una cuestión que las páginas de Caroni nos proponen y que en Italia se olvida casi siempre en los debates entre los historiadores del derecho: ¿cuál es el estatuto, el objeto y el método de nuestra disciplina? Parece que se agota, a propósito, en el simple dato de que el legislador ha decretado la pertenencia de la historia del derecho a la familia de las ciencias jurídicas y ha establecido su articulación en dos grupos disciplinares, referidos respectivamente a las materias romanísticas y al derecho medieval y moderno (ius/18 y ius/19, según la denominación de la actual ordenación universitaria).

El legislador ha realizado indudablemente una clara elección al poner las historias jurídicas bajo la bandera del derecho, en homenaje a la concepción unitaria —en peligro, pero por fortuna todavía persistente— de la ciencia jurídica⁶²; otra cosa es la cuestión del método y del estatuto para estudiarlas y, lo que aquí interesa, para enseñar el derecho y las historias. No se presume la unicidad del método jurídico entre quienes afrontan las disciplinas del derecho vigente y quienes manejan las históricas, en nombre quizá de la autonomía del discurso jurídico. Aunque la ciencia del derecho expresa un saber específico y una visión del mundo autónoma, la concepción unitaria de la ciencia jurídica no sólo tolera sino que propone estatutos diferentes para las distintas disciplinas que conciernen a la formación del jurista.

62 Es el tema referido por M. Fioravanti, «La storia del diritto nella formazione del giurista. Il modello della tradizione e le tendenze attuali», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., pp. 85-94; en el que insiste también Grossi, *Storia del diritto e diritto positivo nella formazione del giurista di oggi*, cit., pp. 20-21.

Quizá necesitaríamos recordar que entre los juristas que nos proponemos formar en la actual universidad de masas está el tan despreciado funcionario que trabaja en las oficinas de la Comisión europea, con frecuencia mencionado con la expresión «el burócrata de Bruselas»; está el joven abogado, quizá más ducho en los brocados latinos que en la lengua inglesa y francesa y que aspira a trabajar en algún bufete; está también el empresario que, si tiene necesidad de capacidad organizativa y conocimientos financieros, hoy por desgracia prevalentemente obtenidos en el campo de la ingeniería, debería poseer también una sólida formación jurídica. Hay en realidad (y por fortuna) una gama inmensa de usos. Por ello, la pregunta es: ¿qué formación necesita este jurista que ya no cabe en las figuras clásicas profesionales o burocráticas típicas de la universidad decimonónica y que, sin embargo, para ser tal, necesita de un hábito teórico y de una capacidad interpretativa que lo habiliten para trabajar en la práctica⁶³?

Entre los requisitos esenciales exigidos por las necesidades formativas no se encuentra el de que todos los profesores de una facultad de derecho deban ser juristas⁶⁴; de hecho, sin violación de ninguna norma, hay historiadores del derecho y, francamente de gran nivel, que no han tenido una formación jurídica.

La cuestión no es de nombres sino del estatuto de cada disciplina en relación con sus propios deberes didácticos. Pues bien, parece que se puede afirmar que tal estatuto se forma históricamente y se renueva tanto en relación con las otras disciplinas como en relación con el objeto que estudia y enseña, en un proceso continuo que en ningún caso puede ser determinado desde fuera (en eso consiste la autonomía disciplinar). Esto sirve también para la historia del derecho, respecto a la cual ese estatuto se precisa posteriormente según las finalidades para las que la enseñanza esté prevista (aquí, como ya se ha dicho, nos referimos sólo a las facultades de derecho, pero se debe recordar que en Italia la historia del derecho medieval y moderno se estudia también en distintas facultades de letras y de ciencias políticas).

63 Es un tema tratado en Italia desde muchos ángulos en los últimos años, comenzando por la conocida posición de N. Irti acerca de una formación que favorezca el «saber» o el «saber hacer». Abundan las discusiones, sobre todo entre los romanistas, sobre los nuevos escenarios referidos a la enseñanza dirigida al «jurista» actual: baste con citar a Peppe, *Alcune riflessioni sulla storia del diritto*, cit., especialmente pp. 83 ss., M. Talamanca, «La storia», en *Manuale di diritto privato europeo. I. Fonti persone famiglia*, edición de C. Castronovo y S. Mazzamuto, Milano 2007, pp. 53 ss. y V. Pascuzzi, *Giuristi si diventa. Come riconoscere ed apprendere le abilità proprie delle professioni legali*, Bologna 2008.

64 Obviamente con igual dignidad: ninguna facultad de derecho podría permitirse hoy considerar la materia económica como la cenicienta, tal como frecuentemente (y sin justificación) sucedía antes.

Según la enseñanza de Wieacker, parece que debería considerarse un punto como inamovible: «la historia jurídica –como toda historia– es ciencia de lo particular (*idiográfica*, se diría), es decir tiene que enfrentarse a circunstancias y a situaciones singulares del pasado. [...] Al contrario, sistema, doctrina y conceptos (en sentido estricto) –es decir la dogmática propia de cada ordenamiento vigente– no pueden ser objeto de una exposición idiográfica: como tales, no tienen historia»⁶⁵.

En este ámbito, el historiador del derecho no tiene el deber de ofrecer la *notitia rerum praeteritarum*; ni tiene el papel de alimentar ese pequeño depósito cultural al que un legislador impaciente, con la aquiescencia de una parte de la academia, intentaría probablemente relegarlo, como si la historia fuese un elemento accesorio o añadido a la técnica jurídica⁶⁶. Su función es por el contrario la de intérprete, y debería educar para interpretar. Se debe tener en cuenta entonces que en el tiempo y en el espacio la producción del derecho, sus lenguajes y el modo de entenderlo son muy distintos, y en cada ocasión el historiador que interpreta debe situarse en el contexto al que se enfrenta. Tendrá que vérselas con sistemas deónticos en los que las reglas jurídicas no siempre –y a veces raramente– se distinguen de otras, y tendrá frente a él ordenamientos no reconocibles según un paradigma «positivo» sino «mixto», de cuño consuetudinario, doctrinario, jurisprudencial y legislativo; ordenamientos «no positivos», es decir de *derecho premoderno*⁶⁷.

Es evidente que para leer ese universo hay que adquirir los instrumentos apropiados. El historiador del derecho medieval y moderno no es simplemente un jurista que se ocupa antes del derecho del pasado que del presente. No es sólo eso, aunque para leer el universo del derecho pasado haya debido especializarse también frente a otro historiador del derecho, el romanista. En efecto, el instrumental, que antes de la distinción que se produjo en la segunda mitad del siglo XIX era patrimonio común del historiador del derecho antiguo y del italiano, se ha ido diferenciando poco a poco con el avance de las investigaciones y el cambio en el objeto. Hoy, como historiadores del derecho llamados a reflexionar sobre segmentos históricos muy distintos, el anticuario, y el medievalista y el modernista manejan de forma diferente también el *corpus iuris*, que es, sin duda, una fuente compartida. Y si el historiador se entretiene –lo puede hacer desde luego,

65 F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno* (traducción italiana de la 2ª ed., 1967), Milano, 1980, I, p. 9 y nota 14.

66 Consideraciones muy interesantes en C. Petit, «El romano de Pompeyo o hic sunt leones», *Anuario de historia del derecho español*. 60 (1990), pp. 593, 599 y *passim*.

67 Así Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., I, p. 105.

especialmente en un curso «avanzado»— con las formas jurídicas de la permuta en el derecho «indiano» y no quiere limitarse a la normativa dada por la monarquía española en 1680, deberá tener en cuenta la cultura antropológica, estudiar testimonios heterogéneos y poco ortodoxos, atender a mentalidades y preceptos modelados por la religión, etc., y naturalmente proyectará este conjunto de señales en la construcción del tema tratado. Con ello no habrá ahogado el objeto de su atención en un confuso mar cultural en el que lo jurídico se pierde; habrá tenido en cuenta, simplemente, la especificidad de su tema, que no puede ser tratado sólo dentro de un ámbito de fuentes estrecho y «positivo»⁶⁸. Lo mismo sucederá, *mutatis mutandis*, si trata en el aula el tema de la *fidelitas* en las relaciones feudales, en el que deberá explicar, para caracterizar la obligación, cómo se manifiestan en la relación personal conceptos como la *incolumitas* y la seguridad: una manifestación extraída de la práctica contractual, inexplicable sin la referencia a la condición de las partes y organizada por la cultura del momento. Para ello puede ser útil leer a los estudiantes la carta de Fulberto de Chartres, luego incluida en los *Libri feudorum*, en la que se definían los contenidos de la *fidelitas* y se discutía su carácter unilateral o bilateral. Fulberto filtraba así la práctica, y la historia jurídica del feudo no debe ignorarlo, pueda o no etiquetarse su reflexión como doctrina jurídica en un tiempo en el que no existían escuelas de derecho.

Para mí no plantea dudas si el historiador del derecho, obrando así, actúa o no como «jurista», pero parece inútil responder a esta cuestión⁶⁹; lo que importa

68 Si el ejemplo aducido se juzgara provocador por alejarse de los ámbitos temáticos más comúnmente transitados, se podría responder que, en general, la enseñanza del derecho medieval y moderno no tiene confines espaciales (se debe observar que la referencia «italiano» ha desaparecido con todas sus consecuencias); y el discurso del texto valdría también si, por poner un ejemplo referido a argumentos tradicionales, se tratase el tema del *mundio* o de la *gewere* en el derecho longobardo.

69 Comparto la posición mantenida por E. Tavilla, «Intervento», en *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo*, cit., pp. 263-265. Se podría aducir que, si hay una conexión obvia entre la preparación de quien ejerce un *ars* y quien hace la crítica (o, lo que es lo mismo, la historia), no es necesario que coincidan: no es preciso que el historiador del cine sea cineasta, ni que el historiador de la pintura sea pintor, ni que el arqueólogo sea ingeniero o arquitecto. Pero lo que sirve en general para todas las artes ¿sirve también para el *ars iuris*? Generalmente se dice que no, que el historiador del derecho debería ser jurista porque el discurso jurídico está caracterizado por su autonomía, como universo artificial de signos, categorías y lenguajes específicos. Es totalmente cierto, pero la autonomía del discurso jurídico también se ha manifestado históricamente (y no de manera rectilínea), como expone correctamente Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., I, pp. 846-848 y II, pp. 30-36; y parece que debería tenerse en cuenta al considerar las competencias y el instrumental necesario para el historiador del derecho cuando desarrolla su propio oficio, que consiste, en el fondo, en reconstruir las vicisitudes complejas de esta autonomía. Me parece, en suma, que no relativizar los requisitos formativos para el ejercicio del oficio es, además de poco realista, incluso teóricamente dudoso.

es que con los instrumentos demandados por su propio estatuto sea un buen historiador del derecho y proponga una enseñanza útil para el jurista en formación.

Desde esta óptica, la vetusta disputa de si la historia del derecho pertenece al ámbito de las ciencias históricas o del derecho parece que debe presentarse como una cuestión histórica, al no ser planteable un estatuto ontológico de la disciplina. Al permanecer la libertad de interpretar de distinta manera las propias tareas según un sano relativismo que reconoce a todos la libertad de enseñanza, cuenta la conciencia que la disciplina, en conjunto, tiene de sí misma. La propia historia sirve para forjar esta conciencia y no para proponer modelos a imitar: por ejemplo, hoy podemos leer con utilidad las famosas consideraciones de De Francisci sobre *Dogmatica e storia nell'evoluzione giuridica* (1923) sólo si las vemos con la distancia y el ojo crítico del historiador⁷⁰.

Se ha hablado de autonomía y de estatutos disciplinarios. Pero esto no significa que las materias académicas, en el campo de las ciencias humanas, deban ser entendidas como muros que separan; al contrario, serán útiles si presuponen permeabilidad y apertura.

Todo esto, entre otras cosas, implicaría un diálogo constante del historiador del derecho con las disciplinas históricas colindantes; y esto precisamente en el desarrollo de sus funciones de enseñanza. Lo observa Caroni con una insistencia muy apropiada (capítulo 3), subrayando que tal diálogo no debe ser ocasional sino sistemático (pp. 124-125). Es una invitación fuerte, como fuerte y explosiva e incómoda es una afirmación que nuestro autor escribe con coraje: el derecho no tiene una historia propia.

Para ello Caroni, no cita a Marx, sino a Böckenförde (p. 124), y sólo con esto debería librarse del pelotón de ejecución. Pero no hay nada de escandaloso, me parece. La declaración está bien engastada en la visión de conjunto del autor. A la historia del derecho pertenece quien habla *de jure condendo* y no sólo quien formula o aplica el *jus conditum*; por ello en la historia es necesario considerar también las posiciones perdedoras, los desechos y las exclusiones, o los textos que no han entrado en vigor, los proyectos y las propuestas (p. 78). En definitiva, para entender la norma y para aplicarla, como para elaborar nuevas normas, es necesario ser historiadores: no existe propiamente una historia del derecho porque el derecho está inmerso en la historia, y todos los juristas deben ser historiadores del derecho, nos dice Caroni.

⁷⁰ La lección de De Francisci ha sido examinada agudamente en una conferencia de Sabino Cassese sobre «Diritto e storia», celebrada el 13 de marzo de 2009 en la Facultad en la que enseño. Ha sido recientemente estudiada por M. Nardoza, *Tradizione romanistica e 'dommatica' moderna. Percorsi della romano-civilistica italiana nel primo Novecento*, Torino 2007, pp. 88 ss.

Es esta la clave de la importancia de la disciplina en una facultad de derecho: una presencia de la historia «ubicua e invasiva» (p. 63). Historiador es quien interpreta; y la interpretación es un trabajo complejo que sirve para medir el valor, «es decir el espacio concretamente ocupado y gestionado por la norma jurídica en la realidad social» (p. 84); sirve también «para recuperar lo invisible» (p. 69), que se debe considerar indisolublemente ligado al texto de la norma. Y el intérprete, como el historiador, no es un testigo sino un sujeto que busca, inevitablemente. El intérprete actúa con su precomprensión. Como dice chistosamente el Autor, el propio razonar sobre un argumento histórico constituirá inevitablemente una «caronización» del argumento (p. 93); y sin embargo, aunque la investigación sea siempre subjetiva, el historiador no debería hurgar en el arsenal del pasado para encontrar simplemente lo que le resulta cómodo (pp. 75 y 94)⁷¹.

Para Caroni, la historia del derecho no se debe fundar en la erudición, ni tampoco en una actitud conservadora: la historia desapareja, es diversidad, es ámbito móvil y concreto, es infinita variedad de combinaciones entre continuidad y ruptura⁷². Se explica también así el no a una concepción que se inspira en un presunto derecho de la razón, vigente antes en Europa, considerado sustancialmente homogéneo y fundado en el derecho romano. Aunque fuese útil adoptar esta visión iusnaturalista para interpretar el pasado, no sería aconsejable utilizarla también para el futuro: sería como adquirir acciones de una sociedad basándose en las cotizaciones del pasado y no en los datos presentes y en las expectativas de futuro.

Se entiende el no a la instrumentalización, a las continuidades y al replanteamiento de los dogmas. Y el bagaje histórico no se identifica con una capacidad de «comprensión» (pp. 75-76) que recuerda el peligro de adaptarse al objeto que se comprende; es, por el contrario, un uso crítico de la razón, es poner continuamente en peligro las certezas porque constituye una especie de proceso que el jurista debe incorporar a sus hábitos mentales desde su formación: un proceso «para entender cómo nace y cómo actúa el derecho en una sociedad» (p. 121).

¿Significa esto que la historia jurídica está destinada a conferir capacidad crítica? La respuesta de Caroni no es el sí que el historiador del derecho se apresura a pronunciar: «la historia *no* añade nada, *no* completa nada, y menos aún nos convierte en sabios» (p. 121). Y en otro pasaje: «quien defiende la historia, poniendo en evidencia la función crítica, pero lo hace vagamente, es decir, sin

71 Ha captado bien este aspecto Costa, *Recensione*, cit. p. 921.

72 El autor, correctamente, no se casa con ninguna tesis preconcebida a favor de la continuidad y de la discontinuidad (sobre el uso de estos parámetros ideológicos, véase Mantello, *Di certe smanie 'romanistiche' attuali*, cit., p. 4).

precisar *premisas, métodos y objetivos*, camina en el vacío» (p. 213 nota 47). No hay ningún argumento estereotipado en defensa de la propia disciplina, como ya se ha puesto de relieve al comienzo de esta presentación.

Es una posición radical, pero coherente: el conocimiento histórico, como equipaje de mano, es en sí un fardo, ciertamente oneroso y cuya utilidad debe demostrarse. Para formar al jurista, nos dice Pio Caroni, no hay que cargarlo de erudición, más bien al contrario, aligerarlo para poder penetrar en el derecho vigente; enseñar la historia del derecho sirve entonces para crear una mentalidad para obrar en la práctica haciéndose intérprete suya. Desde este punto de vista, la historia no es un vestigio que haya que calcar o imitar, sino una forja de fantasía para actuar en el derecho del presente; no es (solo) recuerdo o memoria, sino instrumento de imaginación y de proyectos⁷³. Una historia que puede concurrir, por su parte, al papel «constituyente» que consiste en la construcción del artificio jurídico⁷⁴; si, contra las ilusiones paracientíficas del método técnico, éste es el resultado de un proceso circular de interacción entre la teoría del derecho y la práctica jurídica, el historiador del derecho puede escapar a una función pasiva precisamente porque está predispuesto a descubrir en lo jurídico –dentro del desarrollo concreto de propuestas, actuaciones, rechazos, encuentros y desencuentros– la compleja formación tanto de las teorías como del sentido común. Es decir: la historia del derecho enseña no tanto a desvelar el artificio jurídico cuanto a participar en él.

Las indicaciones que propone Caroni para un programa adecuado de historia del derecho (pp. 122 ss.) van, me parece, en esta dirección, con gran insistencia en una historia ligada a la actualidad y al mismo tiempo críticamente autónoma; seguramente no una historia representada como una sucesión, enfrentándose o integrándose, de fuentes del derecho (leyes, edictos, costumbres...), de géneros literarios (glosas, *summae*, comentarios), de métodos de estudio (*mos italicus*, *mos gallicus*...) y de instituciones (imperio, papado, reinos, municipios...). Se puede plantear un tratamiento temático, dentro del cual puedan encontrar su sitio los aspectos recordados, como modalidades y canalizaciones a través de las cuales de vez en cuando encuentra desarrollo un cierto problema; y no tendría importancia, al afrontar un tratamiento histórico, partir del «antes» o del «después» de una norma regia o de un pasaje doctrinal.

73 C. Petit, «Oralidad y escritura, o la agonía del método en el taller del jurista historiador», *Historia instituciones documentos*, 19 (1992), especialmente pp. 374-376 y P. Costa, «Discurso jurídico e imaginación. Hipótesis para una antropología del jurista», en *Pasiones del jurista. Amor; memoria, melancolía, imaginación*, ed. C. Petit, Madrid 1997, pp. 161-190.

74 Estas reflexiones le deben mucho a Ferrajoli, *Principia iuris*, cit., I, pp. 37-38.

Recuerdo, por poner un ejemplo, un tema como la laicidad. El historiador de la edad moderna podría reflexionar sobre la experiencia del Estado, que era un sujeto radicalmente laico (es decir algo distinto a lo eclesiástico), reclamaba más o menos abiertamente su propia independencia (también en las monarquías de derecho divino) y, al menos en sus facetas de «aparato», era en el fondo reconocido por todos como artificial. Pero este Estado, laico respecto a la Iglesia, este Estado que nombraba a los obispos y con frecuencia se encaminaba hacia iglesias de Estado, quizá reivindicando con sus magistrados las «libertades galicanas», era al mismo tiempo un Estado confesional, fundado sobre la religión: carente del monopolio de la producción jurídica, tenía necesidad de la religión como material de cohesión (la doctrina católica es clarísima, de Botero a Suárez y a Muratori, pero también la protestante: Alberico Gentili, por ejemplo), reconocía los pecados como delitos y tenía en cuenta el *periculum animae* en las relaciones entre particulares. Y viceversa, la Iglesia tenía necesidad del Estado para sobrevivir, se servía del brazo regio para impedir la penetración de credos distintos y para la gestión de las implicaciones seculares de sus prescripciones. Antes de que la cultura ilustrada se afianzase, la laicidad se jugaba entre la Iglesia y el Estado, con el resultado de desencuentros y acuerdos, rechazos de *exequatur* y de censuras eclesiásticas. El individuo estaba obligado a ser religioso, de otra manera era considerado extraño al ordenamiento, como la figura del pirata en el derecho internacional (también aquí, con sus consecuencias, obviamente unilaterales: pena de hoguera, abjuración, excomunión)⁷⁵.

Es imposible argumentar globalmente en términos de «menor» o «mayor» laicidad respecto a los sistemas constitucionales contemporáneos, en los cuales la laicidad se refiere a la esfera de los derechos del individuo, libre de profesar una religión pero al mismo tiempo libre de obligaciones religiosas; dos laicidades distintas, sin que se pueda pasar directamente de la más antigua a la actual: se trata en efecto de expresiones de dos imágenes o construcciones diferentes del ordenamiento.

5. En el libro de Pio Caroni no se encuentra ningún recetario milagroso ni tampoco un *vademecum* listo para resolver las preguntas que debe afrontar el historiador. Sí me parece clara la invitación a apropiarse completamente, en el ámbito de la enseñanza, del hábito histórico. ¿Cómo?

Comenzando por no buscar «orígenes» fantasmales (pp. 127, 135 y 212), como si la historia pudiese representarse como una línea que se traza desde un

75 Permítase, también para las fuentes y la bibliografía, la remisión a I. Birocchi, «La laicità in Italia: notazioni minime di uno storico», en *Eadem utraque Europa*, IV, 2008, pp. 139-161.

punto inicial a otro final; y menos aún «precursores» (pp. 128 nota 62, 187, 189 y 214), personajes gigantescos creados por una fantasía miope y proclive a una historiografía de tipo teleológico⁷⁶.

Evitando además acreditar presuntas «raíces» (p. 214), metáfora tan afortunada como poco feliz de nuestro pobre determinismo, instrumento utilísimo para un uso ideológico, apto para consolar, para justificar lo existente y para sostener pretensiones de superioridad o de hegemonía. Se comprende que quienes se declaran depositarios de la verdad puedan aludir legítimamente a las «raíces» de la propia enseñanza y, coherentemente, apelar a la fe; pero quienes se mueven en el estatuto del historiador no puede evocar las raíces de su identidad para disponer en torno a ellas productos que, precisamente porque están elaborados técnicamente, son cosas humanas, artificiales y sometidas a transformaciones y desapariciones.

Intentando abandonar la tendencia a acreditar los ordenamientos del pasado como «sistemas»: el sistema del derecho común, el sistema criminal, el sistema procesal y así sucesivamente⁷⁷. Encerrar esas experiencias como si fuesen siempre construcciones sistemáticas significa transmitir la idea tranquilizadora pero abstracta y falsa de un todo completo, con una jerarquía de fuentes y un catálogo de valores: sistema, jerarquías y catálogos algo ajenos a las relaciones cotidianas y a los pleitos concretos y, como mucho, virtuales (p. 100). La abstracción es con frecuencia una operación necesaria en el mundo del derecho –para formular una ley, por ejemplo– pero también peligrosa y que el historiador debería manejar con extrema prudencia porque oculta «siempre una forma de violencia, incluso cuando actúa silenciosamente y sin derramar sangre» (p. 111). Buscar en el pasado el sistema deriva generalmente de una proyección hacia atrás de nuestra ansia de certezas: nos damos cuenta de que en el pasado no existen declaraciones de derechos, constituciones y códigos, y entonces tendemos a buscar «sistemas», es decir otras formas de certezas capaces de satisfacer las que parecen ser exigencias ineludible de cualquier vida organizada por el derecho. El resultado es una deformación de la realidad examinada; en concreto, no había jerarquía de fuentes sino que funcionaba el *arbitrium*, había leyes fundamentales indisponibles para el soberano pero también poco concretas, cuando no *arcana iuris*.

⁷⁶ Savelli, *In tema di storia della cultura giuridica moderna*, cit., p. 97.

⁷⁷ Como dice Caroni (p. 128), se tiende a ordenar datos que figuran en construcciones consagradas por una evolución sin perturbaciones e ininterrumpida. El «sistema» del derecho común, con su dualidad entre *ius proprium* y *ius commune*, me parece una de estas construcciones, con su nacimiento, su florecimiento, su declive (la famosa «crisis») y su muerte.

Debemos saber que el problema del orden jurídico es histórico: continua superposición de fuerzas, préstamo y elaboración de valores, encrucijada de intereses y de ideales. Y deberemos recordar constantemente, mientras por oficio y lícitamente vemos el derecho sólo como instrumento que disciplina la sociedad, que desde siempre subsisten otros tipos de reglas que, de distinta forma y en distinta medida, contribuyen a establecer el orden social. Lo advierte oportunamente Caroni (pp. 140 ss.), al recordar la importancia de tener siempre presente, también en la docencia histórico-jurídica, el trabajo de los cultivadores de otras ciencias sociales. Desde la época de Hauriou, Romano y Calasso, el historiador tiene una clave interpretativa –la de la pluralidad de ordenamientos– para afrontar el múltiple juego de las interrelaciones normativas. Pero mientras otros cultivadores han probado a experimentar la teorización en varios ámbitos (por ejemplo, el ordenamiento mafioso o las prácticas de la infrajusticia) el historiador del derecho raramente la ha desarrollado más allá de las importantes implicaciones, ya observadas por Calasso, sobre la relación *ius commune/iura propria*; menos aún sobre el plano didáctico, a pesar de tratarse de un terreno fértil para el historiador del derecho, teniendo las prácticas de la infrajusticia una base contractual y consuetudinaria⁷⁸.

Tareas arduas, todavía más comprometidas en su traducción didáctica. La enseñanza es ciencia consolidada y también simplificada, por estar dirigida a lo esencial; pero como subraya Pio Caroni, no debe eliminar los contrastes y las diversas voces, las resistencias a las propuestas dominantes y las perspectivas de vías alternativas; debe ver las reglas, pero también la experiencia, con frecuencia contradictoria y accidentada (p. 132). Por eso, limitarse a la descripción o a la exposición exegética de las normas es poca cosa en el ámbito del estatuto del jurista.

Debemos contentarnos con aproximaciones, naturalmente (p. 134), pero es importante no apartar de la dimensión histórica del derecho los aspectos controvertidos. Si la vida civil no es el reino de lo determinado sino el teatro de las posibilidades de elección, es necesario admitir que una historia que tienda a ver la vida desde el punto de vista del derecho debe enfrentarse con esta complejidad: sí, como aparece en la experiencia cotidiana, la realidad es tan variada y problemática, con un ordenamiento en continua tensión ¿por qué la historia debería representarse de manera simple y plana? Vamos hacia una mezcla de costumbres y culturas y se intensificarán cada vez más los cruces y las transformaciones. La cultura jurídica y el mismo derecho no son una excepción, a no ser que los

78 Fue una excepción, entre los historiadores del derecho, el Sbriccoli de los últimos años, atento a conjugar la especificidad del historiador del derecho con la atención por tales prácticas sociales, con frecuencia investigadas en otras disciplinas.

consideremos como bienes guardados en una caja fuerte, invulnerables por estar separados de la vida. Por lo demás, en la era de la globalización, hasta una «simple» comprobación del dato normativo que gobierna un acto determinado requiere dotes de investigación, selección e interpretación, incluso de imaginación para comprender la necesidad de prepararse con tiempo.

Esto es lo que debemos enseñar al jurista de mañana; con la esperanza de hacer de él no tanto alguien bueno pero ingenuamente confiado en los derechos fundamentales del hombre –seguros, ciertos y bien definidos por su origen «natural» y extraño a la historia–, cuanto un consciente ciudadano del mundo, persuadido de que las declaraciones del derecho, nada seguras y con frecuencia violadas, dependen exclusivamente de nosotros para su aplicación y, sin duda, para su expansión.

En todos los casos ni el asunto ni las posiciones son cómodas; destruyen mitos y cálculos utilitaristas, obligan a revelar la parcialidad del derecho e invitan claramente a tomar posición. Coherente con su hábito personal, Pio Caroni enseña a deponer toda visión retórica, aristocrática y abstracta de la historia del derecho; a diseñar, sobre todo en el ámbito de la didáctica, no una historia de fuentes normativas y de dogmas, sino de «hombres y mujeres de carne y hueso» (p. 186). Y esboza la figura de un historiador del derecho que no está absorto en las expediciones al pasado en busca de pruebas y resultados seguros, como los inquisidores nombrados para reconstruir la «verdad», sino que se dispone a mirar alrededor, quizá vagabundeando por vías desagradables e impredecibles, sin mirar a otro lado ante pasajes ásperos (los conflictos de intereses, las derrotas y las victorias) y cosas desagradables o quizá oprimentes (ibíd. y p. 196) de las que está tejida la experiencia jurídica⁷⁹.

El profesor tesinés no propone ningún modelo, se entiende; pero ahora, al aparecer la edición italiana de estos textos, es fácil pronosticar que su reflexión en voz alta suscitará un saludable debate en nuestra plácida academia.

Italo Bircocchi

⁷⁹ Son inolvidables las páginas de G. Ricuperati, *La città terrena di Pietro Giannone. Un itinerario tra «crisi della coscienza europea» e illuminismo radicale*, Firenze 2001, dedicadas al deber del historiador de sacar a la luz incluso los «aspectos marginados» y de restituir una imagen compleja del pasado (p. 183 y *passim*).

PRÓLOGO

Ricordo piccoli proprietari che avevano il potere, chiamato con spoglia semplicità *la campagna*, a due ore di strada. Partivano e tornavano con le stelle, il sacco d'olive in spalla. «Basta che porti del tuo, il cammino non è mai lungo». Avevano un sorriso orgoglioso e mesto.

F. Biamonti,
Scritti e parlati, 2008, pp. 123-124.

1. Agonía: quizá no es la palabra exacta para describir el estado de salud de la historia del derecho, vista esta vez no como un atestado laboratorio de investigación sino como una materia de enseñanza tradicionalmente incluida en el canon disciplinar del *curriculum studiorum*. Quizá son deseables otras, menos dramáticas, más respetuosas si no con la realidad al menos con la autoestima de los destinatarios, habituados a parar golpes, a rechazar acusaciones o a no admitir provocaciones, pero rara vez convencidos de ser los últimos en enseñar esta disciplina tan *diferente*. Prefiero, sin embargo, confirmar esta palabra: emite, en efecto, una señal intensa, sí, para llegar incluso a quienes están distraídos o a los visionarios que, desde luego, no faltan entre nosotros los historiadores del derecho.

2. Si tratáramos de reflexionar sobre la historia de las críticas que nos dirigen periódicamente, nos percataríamos de un hecho, sorprendente sólo en apariencia: que llueven, abundantes y molestas, sobre todo a partir de la codificación del derecho. Los códigos, en efecto, al bloquear el recurso operativo a la historia anterior, devaluaron una disciplina a la que se acudía desde hacía siglos. Pensaron que tendía a volverse obsoleta y que, por ello, podía ser eliminada. De aquí las

continuas críticas y las interminables polémicas, encaminadas todas ellas a discutir su valor, cuando no a augurar explícitamente su supresión. Este diagnóstico, que a su manera es despiadado, se confirma a menudo por las reacciones que provoca entre los historiadores del derecho. Unos lo consideran arriesgado porque niegan que el código haya renovado el sistema de fuentes. Lo ven más bien como una versión más o menos conseguida del *ius proprium*, carente por ello de las necesarias referencias propias. Y al razonar así esperan salvar los muebles y devolver su antiguo esplendor a la disciplina. Pero hay también quien no se arriesga sobre un camino tan insidioso y por ello no discute los cambios introducidos por el código, repara en la repercusión negativa resultante para la exploración histórica pero tampoco pierde la esperanza de evitar, de alguna manera, su eliminación. ¿Cómo? Corriendo hacia los refugios, lanzándose a la búsqueda de las utilidades residuales, es decir de aquellas situaciones excepcionales en las que ni siquiera el jurista tiene escapatoria y está obligado a consultar el pasado, por ejemplo, debiendo interpretar históricamente una regla sancionada por los códigos, o recurrir –gracias a una reserva territorial o transitoria– al derecho precedente formalmente abolido y, por ello, ya *extravagans* pero, precisamente en este caso (*in casu*), excepcionalmente recuperable.

Los *primeros* manipulan el pasado con una habilidad jactanciosa. Se sirven de él con la misma naturalidad con la que extraen la mercancía de las estanterías de una tienda. Y pretenden hacerlo con un buen fin, es decir, convencidos de ofrecer un modelo válido para la ardua unificación actual del derecho privado europeo. Pero lo que yo veo ahí, ante todo, es una irrupción torpe y poco respetuosa en el taller de la historia. Pienso por ello que pagan un precio desproporcionado para poner a salvo, más que la disciplina en sí misma, sus ambiciones personales. A los *segundos*, cuyos esfuerzos sigo con simpatía, no tengo nada que reprocharles. No me molesta su investigación sobre lo poco que queda tras la gran ruptura. Y doy por descontada y casi por obvia su ambición de formular propuestas compartidas por el *iuspositivista*. Sólo me pregunto si su esfuerzo, encaminado a comprobar la persistente utilidad práctica de la investigación histórica, basta por sí solo para salvar la disciplina y para justificar su enseñanza sistemática. Toca, por su naturaleza –como decía–, casos muy excepcionales, casi extraordinarios. En el fondo, podremos resolverlos, cuando realmente se presenten, recurriendo a la respuesta de un especialista.

3. Así pues ¿qué hacer si estas primeras respuestas no convencen? Ante todo una cosa: no equivocarse en la siguiente pregunta. Por eso *no* hay que preguntar qué debemos cambiar para garantizarle un futuro final y permanentemente indiscutido a nuestra disciplina académica, sino más bien cómo actualizar la transmisión

del saber científico en nuestras facultades; cómo intervenir para hacerla más apropiada para un mundo en continua evolución; qué suprimir para aligerarla, qué añadir para mejorarla; y cómo elaborar nuestros mensajes, en qué contextos consignarlos para que sean adecuadamente recibidos por los destinatarios. Creo que éstas son las únicas preguntas legítimas cuando se discurre sobre la reforma de la enseñanza. Evocan las dos caras de una misma moneda. La *primera* es la de la didáctica, es decir un aspecto que durante largo tiempo hemos ignorado o infravalorado. En efecto, todos estábamos convencidos, en cierta medida, de que un buen investigador era un buen docente, de que nuestras monografías e incluso nuestros manuales eran también el instrumento didáctico más adecuado; con resultados discutibles, a menudo modestos, ocasionalmente decepcionantes, por no decir algo peor, que penalizan sobre todo las disciplinas con un estatuto precario y que la altanería de muchos colegas considera por ello marginales. Pero me preocupa en realidad otra cosa diferente: el hecho de que razonando así, es decir cuidando poco las exigencias didácticas o no teniéndolas en cuenta en absoluto, confesamos implícitamente que preferimos el futuro de nuestras investigaciones a la contribución realmente educativa de la disciplina, a su presencia incisiva y determinante en el ámbito de la formación académica. Quizá ya no creemos en ella y consideramos el compromiso didáctico como una molesta hipoteca. De modo que, si defendemos nuestras cátedras, lo hacemos para garantizar las estructuras organizativas y financieras sin las cuales se estancaría la investigación. No es ésta una *elección* perversa. Y estaría fuera de lugar avergonzarse de ella. Parece problemática, eso es todo, al estar marcada por una implícita renuncia, por la gris resignación de quien vive la enseñanza como una condena inevitable, cumplida sólo para garantizar la continuidad del *aparato*.

Si disiento es porque veo en esta resignación una ocasión perdida, la ocasión de señalar la fuerte presencia de la dimensión histórica. *Fuerte* significa, en este caso, que no se refiere a algo marginal sino al objeto y la calidad de la enseñanza impartida en las facultades de derecho. Pero ¿cómo regular esta presencia y cómo adecuarse a ella? He aquí la *otra cara* de la moneda que intento, al menos, bosquejar.

Para ello partamos de los códigos: de la manera que tienen de agredir —eliminándolo— el pasado hasta ahora inevitable, de su legítima pretensión de volver a diseñar de modo autorizado, es decir vinculante, el ámbito del derecho vigente. Es cierto que todo esto cierra una época. Pero no es menos cierto que abre otra que no resulta necesariamente frustrante o prohibida ni siquiera para el historiador del derecho. En el fondo todo depende de él, de los ojos con que examine el código; de su determinación de no fiarse de la fachada que, por completa, coherente y sofocante, parece de verdad cancelar el pasado y paralizar la historia; de

su capacidad para obviarla insuflando la vida del tiempo también en aquel bloque desesperantemente monolítico e inmóvil; de su disponibilidad para descubrir su temporalidad, la temporalidad del derecho sin más, tanto del histórico como del vigente, hasta hacer de ella el eje de la historicidad. Y finalmente, todo depende incluso de su agudeza para ver en todo ello una certeza, menos obvia y evidente que la que se encuentra ligada a la vigencia formal del derecho pero igualmente apremiante. Precisamente por este motivo, es decir por su inherencia al propio fenómeno jurídico y por los horizontes cognoscitivos que su percepción entreabre, se muestra de manera indiscutible, con la insistencia que merece, a quien se prepara para utilizar diariamente el derecho positivo. *Éste* es en realidad el mensaje encerrado bajo cada uno de los trabajos de esta recopilación. Trastorna quizá la rutina (*routine*), perturba equilibrios estables pero no establemente razonables, impone elecciones difíciles y tal vez renunciadas dolorosas; pero al estar centrado en el derecho vigente será difícil ignorarlo.

4. Quien cree en la bondad de este programa y se obliga a realizarlo sabe qué destino le espera. En efecto, expone razonamientos y formula propuestas que, antes o después, chocan con los valores que todavía comparten y con los programas a los que todavía se atienen muchos de sus compañeros de viaje. Por otra parte, era perfectamente previsible que los historiadores del derecho aún convencidos de la *utilidad* práctica de su esfuerzo lo defendiesen a ultranza y lo considerasen el baluarte de su batalla; y que los neopandectistas ridiculizasen nuestras proposiciones historicistas, demasiado sofisticadas para ellos por estar dispuestas a descubrir y valorar lo *nuevo* incluso donde ellos, en cambio, ven sólo decadencia y vulgarismo; sin olvidar a los historiadores sin más, generalistas o especialistas, entre estos últimos sobre todo los de la economía, las mentalidades, las religiones y la sociedad, atentos todos ellos a lo que se cocina en nuestra casa pero no tan dispuestos a reflexionar sobre cuanto nos perturba, a combatir cuanto nos asusta y a confirmar cuanto nos consuela. Así pues, resultan cercanos, pero también lejanos porque su compromiso didáctico se concibe de manera diferente, va en otra dirección y, de todos modos, no desemboca necesariamente, como el nuestro, en el presente.

La soledad que se yergue en el título de esta obra recopilatoria no es, pues, una elección mía: no prefiero el exilio o el retiro a la compañía. Emerge más bien de camino, a medida que se apartan los numerosos compañeros de viaje, uno tras otro, y prefieren itinerarios menos azarosos que el mío e incluso más gratificantes, al menos de forma inmediata. Por lo demás, no hago nada para retenerlos. Sólo me desagrada que se vayan así, sin discutirlo. Muchos de ellos —de los que hablaré— no responden a las críticas que levantan sus estrategias, no las tienen en

cuenta, les gusta considerarlas fruto de malentendidos y evitan enfrentarse a ellas. Prefieren más bien actuar, escribiendo un libro tras otro, organizando sus fuerzas escrupulosamente, ocupando cátedras con la mayor discreción y, por ello, perpetuando también –porque el medio es realmente el que es– la poco recomendable tradición de las *bribonadas*.

5. Durante más de treinta años, desde 1971 a 2003, he ocupado en Berna una cátedra que agrupaba dos disciplinas: la historia y el derecho privado vigente, tal y como quería una antigua tradición académica del área germanoparlante, mejor aún alemana. Inaugurada por la escuela histórica y responsablemente conservada incluso tras haberse codificado el derecho privado positivo, a lo largo de los años ha perdido gran parte de su significado original. En efecto, parece que hoy obedece más a exigencias de carácter logístico o financiero que a la urgencia de señalar el contacto entre mundos distintos y a veces contrapuestos. Por ello deja libre al protagonista de esta aventura didáctica para otorgarle al acoplamiento el valor que más le convenga, lo que probablemente explica su supervivencia.

Así, he atravesado durante años, un día tras otro y en silencio, la frontera que separaba y separa siempre un presente que atiende al pasado (*de prateritis*) de otro presente que atiende a la actualidad (*de prasentibus*); un curioso ir y venir que me ha estimulado constantemente a reflexionar sobre el sentido de este servicio, sobre el posible significado de un *encuentro* que la tradición que he recordado, sin querer favorecerlo quizá explícitamente, no pretendía excluir. Me ha permitido pensar durante largo tiempo y desde un observatorio privilegiado sobre las luces y las sombras de una propuesta didáctica más que singular; y me permite ahora dirigirme al lector en lengua castellana con serenidad, para concluir y aclarar al menos dos cosas.

En primer lugar, que mi constante y radical rechazo a la aproximación neopandectística, hoy más que nunca en la cresta de la ola, es impensable sin esta experiencia personal, es más, la presupone. Así pues, es posible que el lector español, a quien la combinación didáctica que aquí se discute no le resulta familiar por estar habituado a moverse en campos rígidamente separados, encuentre esta crítica o bien inútil, o bien inútilmente implacable.

En segundo lugar, que el enfoque elegido para reflexionar sobre el deseable diálogo entre historiadores y juristas no es signo de un *abracémonos* seguro y liberatorio como, sin embargo, desean muchos de una y otra parte; como sueñan a menudo los historiadores, deseosos de ser finalmente tomados en serio por los cultivadores del derecho positivo y dispuestos por ello a alinearse, cuando no a sumergirse en su área, dotada de mayor visibilidad, de escaparates deseados con más ardor y, por ello, también más gratificantes; o como esperan muchos

juristas, dispuestos a hacer un hueco a los historiadores y a alabar el esfuerzo pero sólo si obtienen en compensación o mensajes domesticados (incluso una ulterior legitimación del derecho vigente), o el alivio de su carga docente. Por mi parte, siempre he pensado y experimentado que, al contrario, entre los dos campos existe *una tensión latente e inevitable* porque el historiador ve las cosas desde un observatorio más amplio, *pesca* diariamente en aguas que el jurista conoce sólo de oídas y que de todos modos le resultan prohibidas. Y lo hace con absoluta libertad, no condicionado por una responsabilidad iusdicente, lo que a veces le permite formular conjeturas desagradables, por desestabilizadoras, que el jurista demuestra luego no apreciar demasiado.

Así pues, nos equivocáramos si viésemos en esta tensión tan sólo una insufrible desgracia contra la que luchar o que extirpar. Como es *inherente* a la experiencia jurídica, muestra un conflicto –entre temporalidad y normatividad– al que el jurista, aunque quisiera, no puede sustraerse; un conflicto inevitable pero también saludable y, por consiguiente, al que enfrentarse con tesón, estimando incluso su valor. Si bien es cierto que abre una percepción más matizada de la realidad jurídica, estimula a un enfoque crítico del derecho positivo e indica cómo librarse de su presión sin renegar de él, cómo ponerlo al día sin traicionarlo. Así pues, si urge intervenir no es, desde luego, para negar, ni siquiera para disminuir la tensión implícita en el conflicto, sino para permitirle actuar eficazmente, deshelar aun en el futuro las «flores de hielo»¹ que estructuran (aunque quizá deberíamos decir enyesan o blindan) los razonamientos de tantos juristas. Vista así, la tensión entre historia y derecho representa un valor, merecedor como tal de ser o confirmado con fuerza, o transmitido a quien se dispone –con ánimo despierto y sin recelo– a atravesar el impenetrable pantano jurídico. Todas ellas son cosas recomendables y factibles, pero con una condición: a condición de confirmar previamente *la autonomía* de los dos polos de tensión, sin arreglos, simplificaciones o torpes confusiones: es decir, el historiador por una parte, confirmando el contexto inevitablemente temporal de la experiencia jurídica y, por ello, reconstruyendo asimismo cómo incide la norma sobre la realidad; y el jurista por otra, exponiendo el programa legislativo y comprometiéndose a llevarlo a cabo; dejando a los destinatarios de estos dos mensajes separados pero convergentes la tarea de extraer las debidas consecuencias.

1 Fue Robert Musil quien habló de las «flores de hielo que nacen, orgullosas, sobre las cabezas de los sabios del derecho». Citó esta metáfora, hace muchos años, Sabino Cassese (*Cultura e politica del diritto amministrativo*, Bologna 1971, p. 5), quien ha desvelado ahora, finalmente, su paternidad en *Il mondo nuovo del diritto*, p. 70.

6. El pasado nos amenaza, desde siempre e inexorablemente. Está al acecho. Sólo espera la ocasión propicia para desbordarse, para derramarse en nuestras vidas. Y nos refugiamos en él instintivamente, a la búsqueda de inspiración, de consuelo, de seguridad; o de todo aquello que sirve para informar nuestras convicciones y para justificar nuestros comportamientos, es decir, de confirmación; como se puede ver, de cosas muy diferentes pero que tienen algo en común: todas arraigan en nuestro presente, a su manera todas están conformes con él y todas lo hacen visible. Aunque objetivamente *todo* el pasado nos amenace, en nuestra vida entra *sólo* aquél que es convocado por nuestro programa, percibido por nuestra precomprensión. Somos, pues, nosotros quienes, más o menos conscientemente, disponemos de él y lo colonizamos. En este sentido, no existe nada igual a nuestro alcance; es probablemente ficticio, quizá imaginario pero, no obstante, útil; un pasado para uso y consumo del destinatario, «personalizado» diríamos hoy.

Éstas son verdades obvias. Las conocen bien incluso los historiadores, que son los jardineros del pasado. Lo exploran con desenvoltura, lo parcelan con ojos más diestros. Y lo cuidan con la mayor entrega. Se atienen a él para responder a los requerimientos de su tiempo pero saben asimismo que no deben contentarse con él. En efecto, saben que el *verdadero* pasado es realmente otra cosa: lejana, inaccesible y que no puede ser convocada; que ni siquiera es un verdadero pasado sino, como se dijo de forma elegante, sólo «otro presente»² y, por ello, –bien mirado– imperceptible.

Los historiadores del derecho también deberían acordarse de ello y recordárselo, con la debida prudencia, a los juristas, tanto a los que guardan las distancias con la historia por precaución (porque en realidad la temen), como a los que –seducidos quizá por la magia de la mirada retrospectiva– aluden a ella con simpatía, para incitarlos a tener mayor respeto a esta inaprehensible presencia; a cultivar, si lo quieren realmente, su pasado doméstico, recortado según sus exigencias personales, porque es el único disponible; mas no a extender las manos hacia el *verdadero*, lejano y autónomo. Debe de ser, en verdad, otra cosa cuando incluso el poeta sabe que «no se desanuda/como una cadena/de anillos ininterrumpida»³; que no figura, por lo tanto, en las líneas diacrónicas, larguísimas y siempre rigurosamente paralelas que a veces condicionan nuestro imaginario; y que tampoco se dobléga ante las continuidades que confortan los sueños de

2 G. Preti, *Saggi filosofici*, Firenze 1976, II, p. 287. Alude a ello, y sacó de ahí el título para una colección propia de ensayos (de la que extraigo la cita bibliográfica), P. Rossi, *Un altro presente. Saggi sulla storia della filosofia*, Bologna 1999, por ej. p. 7.

3 «Non si snoda/come una catena/di anelli ininterrotta», E. Montale, *Tutte le poesie*, edición de Giorgio Zampa, Milano 1984, p. 323 (La storia).

los juristas. Tamizarlo a la búsqueda de un *dies a quo* y, por ello, de domesticarlo significa hacerle violencia, profanarlo. Yo también he intentado a menudo como podía no olvidarme de ello.

7. Con las investigaciones recogidas en este volumen –todas rigurosamente fechadas y todas nacidas de intervenciones públicas– se concluye un ciclo de reflexiones sobre el verdadero significado de cuanto hice cuando aún me dedicaba a la enseñanza. He comenzado tarde a pensar en ello, creo que es normal. Pero cuando reflexiono sobre ello veo en la soledad la clave de mi compromiso. *En primer lugar*, caracteriza la disciplina por ser reflejo del valor de la historia en una facultad de jurisprudencia; un valor exclusivo (precisamente por ello solitario) a doble título: antes que nada porque solo *esta* historia (a diferencia de la enseñada a historiadores, filósofos o lingüistas) desemboca necesariamente en el presente. En *segundo lugar*, porque su modo de acceder a él es *diferente* respecto a aquél que, indiscutible e implícito, se halla unido al derecho vigente. Pero *después*, con el paso de los años, la soledad se ha liberado de esta atribución inicial y contingente para transformarse también en algo diferente, muy personal, quizá esa «cosa sin la cual nada se hace, sin la cual ya nada se ve», como escribió Marguerite Duras hace años⁴. Por ello, yo también podría concluir admitiendo que la suave violencia con la que esta disciplina, la mía, me ha capturado durante años no ha sido, bien mirado, un fin «sino sólo un medio, uno de los modos (infinitos) de vivir en libertad y soledad»⁵.

8. Quisiera citar a las personas que, a lo largo de todos estos años, me han escuchado, soportado, contradicho y, por eso, también estimulado siempre cuando reflexionaba con ellas sobre estas cosas; llenaría páginas de nombres sin por ello acordarme de todos. Les doy, pues, las gracias mentalmente, esperando que así puedan reconocerse, más o menos, en estas páginas.

Publicados originalmente en alemán (los cuatro primeros) y en castellano (el quinto), después repensados y finalmente reescritos en mi lengua madre, el italiano, estos ensayos aparecen ahora –unidos por la rica Presentación de Italo Birocchi, de la «Sapienza» de Roma– en castellano. Así lo han querido dos queridos amigos de la Universidad Carlos III de Madrid, Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira. Se debe exclusivamente a ellos tanto la idea de ofrecer estos textos al lector español, como la espléndida traducción, a la que se han dedicado

4 M. Duras, *Scrivere*, Milano 1994, p. 24.

5 C. Campo, *Caro Bul. Lettere a Leone Traverso (1953-1967)*, edición de Margherita Pieracci Harwell, Milano 2007, p. 118.

PRÓLOGO

con un entusiasmo parejo a su extraordinaria competencia. Si los recuerdo aquí, junto al autor de la Presentación, es para darles las gracias públicamente a los tres, ya que sin ellos y sin la amistad que nos hace mirar a todos en la misma dirección, este libro –bueno o malo– se habría quedado en un sueño.

Berna, Adviento de 2009.

Pio Caroni

LA OTRA EVIDENCIA DE LA HISTORIA JURÍDICA

I knew you could know the words but not match them with the life. But to be able to do it right said something about you.

R. Ford, *Wildlife*, 1990, p. 121.

1. ¿Por qué enseñarla?

¿Por qué enseñar la historia del derecho? Este interrogante acompaña (y persigue) todos los días al jurista. Se formula, regularmente, cuando los cambios políticos, la evolución social, o simplemente una lenta erosión de valores, ponen en discusión opciones y costumbres e incitan a reflexionar sobre los métodos y contenidos de la enseñanza, sobre las materias canónicas que hay que conservar y sobre las que, quizá menos necesarias, están virtualmente en peligro porque hay que suprimirlas. El examen periódico de los planes de estudios define, desde siempre, la historia de esta materia: ya en el siglo XIX perturbó el sueño de conocidísimos maestros, que escribieron sobre ello con tonos de perplejidad y de dolor¹.

¹ Lo prueban (entre otras muchas *historias* atormentadas) tanto las amargas reflexiones de Andreas Heusler jr. (que propone de nuevo E.F.J. Müller-Büchi, «Andreas Heusler. Seine “Rechtsquellen des Cantons Wallis” und die “Institutionen des deutschen Privatrechts”», *Schriften des Stockalper-Archivs en Brig*, Heft 14, Brig 1970, p. 15; de forma análoga lo pone de relieve B.-R. Kern, «Andreas Heusler. Ein Schweizer Germanist», *Juristische Schulung* 1984, Heft 12, pp. 916

Por este motivo, el encenderse de nuevo la discusión, y el simple deseo de actualizar y, acaso, de modificar el itinerario formativo, turban la serenidad de los historiadores al considerarlos como señales amenazadoras que les agreden, y reaccionan a menudo con visible irritación². Y lo hacen a consecuencia de una estrategia que les parece garantista. Sugiere afianzar primero el espacio ocupado hasta entonces por la materia y discutir sólo en un segundo momento, a cubierto de sorpresas inoportunas o de incursiones salvajes, sobre el significado, la utilidad, los contenidos y las modalidades de su enseñanza académica³. Podríamos decir también que es una estrategia que trata sobre todo de obtener una confirmación global y abstracta (porque es preventiva), cuyo valor concreto sólo se definirá más tarde, cuando se intente precisar en qué consiste de verdad la utilidad didáctica de una remisión concreta y sistemática a la dimensión temporal. Tras ello, los protagonistas de este enésimo salvamento *in extremis* podrán exclamar, más o menos satisfechos: «¡También esta vez lo hemos conseguido!»⁴.

Comprendo bien esta estrategia, así como las razones de quien la considera el único camino capaz de garantizar la perpetuación de la disciplina. Para comprenderlas es bueno no olvidar la incomodidad que el historiador del derecho dedicado a la enseñanza experimenta a diario: se siente discriminado por el hecho de no poder justificar (y por ello legitimar) su propio mensaje de forma tan evidente, indiscutible y persuasiva como quien enseña cualquier materia de derecho positivo. En efecto, no le es posible referirse, sencillamente, a la «vigencia» de la materia que profesa. Por eso se defiende recurriendo a la estrategia recordada hace un momento, que, como dije, comprendo pero no puedo desgraciadamente

ss., la cita precisa en p. 917), como la resignación que empujó a J.J. Bachofen a renunciar a la enseñanza académica del derecho romano por falta de estudiantes (J.G. Fuchs, «J.J. Bachofen als Lehrer des römischen Rechts an der Universität Basel 1841-1844», *Schweizerische Hochschulzeitung* 33, 1960, Sonderheft Universität Basel 1460-1960, pp. 135-155, especialmente 151-152). Se puede leer en D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 1-4, una útil reseña sobre los comentarios provocados en la República Federal Alemana por la crisis (que se considera permanente o al menos –como explicaré– intermitente) de la historia jurídica.

2 Reacción comprensible, pero también criticable. La crítica, con argumentos razonables, en P. Gauch, «Über die Ausbildung der Juristen», en *Richter und Verfahrensrecht*, Festgabe 150 Jahre Obergericht Luzern, en *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins* 127bis, 1991, pp. 123-152, especialmente p. 136.

3 Ilustra extraordinariamente esta estrategia, por ejemplo, la lección inaugural de M. Gutzwiller, *Die Gestaltung unseres Unterrichts im römischen Recht*, Bern 1922, p. 8.

4 Así resume la situación, explícitamente, J.W. Pichler, *Die «Stellung und Bedeutung der Rechtsgeschichte in ausländischen Juristenausbildungsordnungen»*, en H.C. Faussner/G. Kocher/H. Valentinitich (eds.), *Die österreichische Rechtsgeschichte. Standortbestimmung und Zukunftsperspektiven*, Grazer Rechts- und Staatswissenschaftliche Studien, Band 47, Graz 1991, pp. 253 ss., la cita en p. 253.

compartir, y con la que quisiera, por eso, guardar las debidas distancias, porque oculta un hecho para mí fundamental, y es que el verdadero problema implícito en estas interminables discusiones *no* es el destino de una disciplina (que posiblemente me importa por motivos personalísimos y siempre autobiográficos) sino el de la mejor formación del jurista. Discurrir sobre el significado y el valor de cada disciplina, decidir su inclusión en un currículum obligatorio u optativo, valorar el método de enseñanza: todo esto sólo tiene sentido si ocurre explícitamente en el ámbito de un discurso didáctico, destinado por naturaleza a reflexionar sobre la calidad de la enseñanza⁵.

Pero la estrategia garantista tiene otro defecto: es contraproducente porque, al preferir aplazar la discusión, silencia inútilmente a aquellos interlocutores que, por un motivo u otro, consideran superfluo discutir sobre la temporalidad del derecho e inoportuno, por ello, mostrarlo incluso en sede docente. Es una lástima, creo yo, porque después de todo es a ellos precisamente a quienes debemos ofrecerles la ocasión de explicarse, de exponer con detalle las razones de su oposición; y no para obligarles a confesar la pobreza de sus argumentos, como algunos podrían pensar, sino convencido de que sólo así se podrá instaurar la atmósfera cultural que le permita luego al historiador contraponer con eficacia a la evidencia del derecho positivo otra igualmente efectiva y no por ello menos imperativa, la de la historia.

Confortado, pues, con esta última certeza, me dispongo yo también a reflexionar sobre el significado (aunque debería tal vez decir sobre la misión) de esta disciplina que es «mía», porque me doy cuenta de que el tema no sólo me atrae sino que, en realidad, me asedia y me incita ya a comenzar. Les ocurre (al parecer) incluso a los pintores. A menudo no son ellos quienes eligen los colores sino que son atrapados por ellos, como bien sabía Paul Klee⁶.

Posiblemente, el propio hecho de basarme en una certeza que me nutre pero no me condiciona me permite enfrentarme a la discusión (esencial y siempre espinosa), sin temor y (espero) también sin complejos. No tengo la ambición de

5 Lo recuerda oportunamente A. Corbino en una intervención suya, en AA. VV., *Il diritto romano*, p. 168.

6 El 16 de abril de 1914, tras haber pintado de buena mañana «vor den Toren von Kairuan» [ante la puerta de Kairuan], y tras haber dibujado durante el resto del día en la ciudad, Paul Klee escribió en su diario: «Ich lasse jetzt die Arbeit. Es dringt so tief und mild in mich hinein, ich fühle das und werde so sicher, ohne Fleiss. Die Farbe hat mich. Ich brauche nicht nach ihr zu haschen» [Dejo ahora el trabajo. Penetra profunda y suavemente dentro de mí, sin esfuerzo, lo percibo y me siento muy seguro. El color me tiene. No necesito atraparlo] (P. Klee, *Tagebücher* 1898-1918. Textkritische Neuedition, edición de W. Kersten, Stuttgart/Teufen 1988, p. 350; la versión italiana en P. Klee, *Diari* 1898-1918, prólogo de G.C. Argan, con una nota de Felix Klee, Milano 1994, p. 301).

proponer teorías nuevas y originales; ni tampoco la de revelar fórmulas taumáticas o la de encantar serpientes. Me interesa una sola cosa, y alcanzarla sería ya un gran logro. Me interesa sacar a la luz verdades olvidadas, redescubrir *la* evidencia que actúa desde siempre, imperceptible y, por ello, en silencio. Aspiro a sacarla de su latencia, a recuperarla, a hablar de ella y a volver a hacerla fluir por nuestros argumentos; no porque sea algo excelente o nos resulte útil, (incluso) ni siquiera porque nos convenza. Sólo porque es. Debería bastar.

2. ¿Cuándo?

Así pues, el interrogante al que deseo enfrentarme se explica doblemente, incluso para evitar todos los malentendidos que con frecuencia han complicado e incluso frustrado nuestras discusiones.

Antes que nada, reflexionaré sólo sobre la enseñanza académica de esta disciplina histórica. Su organigrama científico, el lugar que ocupa en el rico y articulado cosmos de la ciencia historiográfica, los temas en los que la investigación podría o debería profundizar con provecho, éstos y otros asuntos –todos interesantes y legítimos– están por ello fuera del ámbito de mis reflexiones⁷. Es mejor decirlo ya para evitar incómodos malentendidos.

En segundo lugar, no me ocuparé de la formación académica de los historiadores sino de los juristas. Por consiguiente, la disciplina de la que me ocuparé no forma parte de la enseñanza impartida en las facultades de historia, filosofía, letras o magisterio, sino que pertenece a un currículum que se ocupa de preparar a los jóvenes para manejar el derecho positivo. De ello se deduce, teniendo en cuenta los objetivos de este estudio y las opciones didácticas que sugiere e incluso impone –por ello no estaría fuera de lugar considerarlas como condicionamientos, e incluso como puras y verdaderas «limitaciones»⁸–, que la disciplina histórica está prevista y se enseña *sólo si se refiere sustancialmente al mundo del derecho positivo*. No bastaría la simple perspectiva de depender de la historia para

7 Renuncio a ocuparme de ello de mala gana; en un mundo en el que, aparentemente, existe y se promueve sólo lo que *sirve*, argumentaría con vehemencia sobre la tesis contraria. En ella, también la historiografía (como, por otra parte y afortunadamente, muchas otras cosas) «trägt ihren Sinn in sich selber» [encuentra su propio significado] (así P. Liver, *Die Bedeutung des deutschen Privatrechts*, p. 375), sin estar en función de algo. Pero para hacerlo, habría debido colocar como eje de mis reflexiones el (enrevesado) concepto de *utilidad*, abandonando así el área temática de esta aportación.

8 Lo señalan, oportunamente, P. Cerami y P. Perlingieri, en AA. VV., *Il diritto romano*, pp. 73 y 122.

enriquecer, embellecer o completar una enseñanza realmente monopolizada por el derecho vigente. No debemos contentarnos con estos acuerdos de compromiso, sino reivindicar un perfil más radical y austero. Luchemos, pues, para incluir (o confirmar) nuestra disciplina en los planes de estudio sólo si conseguimos demostrar también, de modo incontrovertible, que representa el *período de la positivización del derecho*. Lo conseguiremos centrándonos en todos aquellos argumentos sin los cuales, de no ser tenidos en cuenta, no es posible aclarar ni el significado ni los límites (el exacto valor de cada uno de ellos) de las reglas del derecho positivo, es decir el lugar que éstas ocupan en el retículo social. Podríamos decir que la historia del derecho se elevaría como disciplina irrenunciable si la imagen del derecho vigente propuesta, sin recurrir a ella, resultase fragmentaria, mutilada o falsa. Siendo así, resulta muy pobre la afirmación de que la dimensión histórica propicia (o facilita)⁹ la percepción del derecho positivo. En realidad, sólo ella la hace posible.

3. Algunos ejemplos

Antes o después será necesario aclarar el significado concreto (y programático) de estas palabras, aún impreciso. Pero antes de intentarlo quisiera citar, de paso, situaciones históricas que demuestran bien lo que me interesa. En efecto, muestran cómo pudo imponerse la aproximación histórica (o al menos historicista) como la mejor estrategia para describir, aplicar y poner al día el derecho vigente.

El primer ejemplo nos lo ofrece el humanismo jurídico. Al interpretar históricamente el *Corpus iuris* permitió una lectura liberada del principio de autoridad y capaz, por ello, de poner las bases de una doctrina del derecho nacional a salvo de la lógica y de las exigencias del derecho común, en este sentido autónoma¹⁰.

El segundo ejemplo se refiere a los repetidos intentos de asignarle funciones de inspección a la enseñanza de la historia jurídica, es decir de imponer su estudio a los estudiantes con la esperanza de «vacunarlos»: al favorecer (en principio) la adopción de soluciones moderadas, formaría siervos fieles y responsables; como

9 Se contenta con este soporte suplementario, entre otros muchos, también P. Mutzner, *Vom Wert der Rechtsgeschichte*, Zürich 1919 (citado aquí en la edición de H. Merz/D. Schindler/H.U. Walder [eds.], *Juristengenerationen und ihr Zeitgeist*. Abhandlungen grosser Juristen aus zwei Jahrhunderten mit einführenden Worten, Zürich 1991, pp. 45 ss., la cita en p. 47).

10 Es nítida la línea trazada por R. Orestano, *Introduzione*, pp. 193-207, 606-642; Íd., «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna 1981, pp. 349 ss.; V. Piano Mortari, *Aspetti, passim* y especialmente pp. 33, 36, 49-50, 166-169; L. Raggi, *Scritti*, pp. 81, 119, 135 ss.

ilustra magníficamente la reforma austriaca de 1855¹¹ de los estudios jurídicos y lo demuestran otros *exempla* no menos problemáticos¹².

Pero el caso más elocuente sigue siendo el de la escuela histórica. En contra de las expectativas que suscitó su denominación, al menos parcialmente justificadas en este sentido –porque parecían animar a investigaciones exclusivamente históricas–, se propuso en realidad releer la doctrina del derecho *vigente*. Y lo hizo revalorizando parcialmente la tradición (que pareció cómodo llamar *Überlieferung*) y prescindiendo de la legislación. En el ámbito de este programa que anticipaba de forma embrionaria el asalto de la jurisprudencia de conceptos (*Begriffsjurisprudenz*), la historia asumió una tarea preliminar pero esencial: la de averiguar la solidez del derecho vigente, es decir, la de examinar y decidir si una solución del derecho histórico era todavía válida y aplicable o si bien había sido eliminada por una costumbre contraria o por nueva legislación¹³. Por este motivo, como para subrayar la importancia del servicio prestado al jurista, la historia fue permanentemente vinculada al plan de estudios preparado por Savigny. Algunos ven en él el origen de nuestras reglamentaciones de estudios, sobre todo por el lugar que en él se reivindica para las disciplinas históricas; y no faltan quienes lo consideran todavía un modelo¹⁴, creo que erró-

11 Es fundamental H. LENTZE, *Die Universitätsreform des Ministers Graf Leo Thun-Hohenstein*, Graz/Köln/Wien 1962, *passim*. Pero ya una contribución de 1953 había anticipado algunos resultados de la investigación: Íd., «Die romantisch-konservative Richtung der deutschen Rechtsgeschichte», en *Der Geschichtsfreund. Mitteilungen des historischen Vereins der fünf Orte* 106 (1953), pp. 5-37, especialmente 13-17. Otras indicaciones en P. Horváth, *Vergleichende Rechtsgeschichte. Wissenschaftsgeschichte und Methodik*, Budapest 1979, pp. 119 ss.; P. Caroni, «Der unverstandene Meister? Savigny's Bemerkungen zum österreichischen ABGB», en K. Ebert (ed.), *Festschrift H. Baltl zum 60. Geburtstag*, Innsbruck 1978, pp. 107-122, especialmente 118 ss.

12 Remisión general a estos ejemplos en A. Menger, *Über die sozialen Aufgaben der Rechtswissenschaft*, Rektoratsrede, 2ª ed., Wien/Leipzig 1905, pp. 14 ss. Citan ejemplos suizos: E. Gruner, «Konservatives Denken und konservative Politik in der Schweiz», en G.-K. Kaltenbrunner (ed.), *Rekonstruktion des Konservatismus*, 2ª ed., Freiburg i.Br. 1973, pp. 241 ss., 260 ss.; P. Caroni, «Pellegrino Rossi et Savigny. L'école historique du droit à Genève», en AA. VV., *Des libertés et des peines*, Actes du colloque Pellegrino Rossi. Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève N. 65, Genève 1980, pp. 15 ss., 29-31.

13 Así, como es sabido, F.C.v. Savigny, *Beruf*, pp. 137, 140, 151, 154. Sobre la interpretación de estos fragmentos, véase P. Caroni, «La cifra codificatoria nell'opera di Savigny», en *Quaderni fiorentini* 9 (1980), pp. 69 ss., en especial 77-80; M. Bretone, «Fra "storia dei dogmi" e storia sociale», ahora en *Diritto e tempo*, pp. 171-172.

14 Señala estas cuestiones y formula opiniones parcialmente discordantes H. Coing, «Die Juristenausbildung der deutschen historischen Schule als eines der Modelle des 19. Jahrhunderts», en A. Giuliani/N. Picardi (eds.), *L'educazione giuridica, I, Modelli di Università e progetti di riforma*, Perugia 1975, pp. 115 ss., 121; D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 5 ss.

neamente porque entre tanto los códigos han mezclado las cartas y reordenado el juego según las exigencias del nuevo sistema de fuentes. Las materias históricas hicieron el gasto (menos rápidamente de lo que se temía), *in primis* las romanísticas. Pero ésta es otra historia, compleja y contradictoria, que no parece oportuno contar aquí.

4. *Y algunas pruebas en contra*

Volvamos, pues, a nuestra tesis: reduciéndola a lo esencial: en la enseñanza desprovista de su dimensión histórica ve un mensaje fragmentario y por ello engañoso. ¿Cómo dirigir la atención hacia ella y cómo justificarla? Posiblemente, pasándola por la criba de las situaciones a las que parecía útil remitirse en un pasado aún reciente y en las que tradicionalmente se veía una confirmación de la centralidad de la historia, pero que, como veremos, demuestran en realidad su marginalidad. Por esta razón las considero más bien pruebas en contra.

El *primer caso* remite a institutos jurídicos que –por razones aquí superfluas– el código decide suprimir. Al no tener, por regla general, fuerza retroactiva, si fueron válidamente constituidos bajo el imperio del derecho precedente debe tolerarlos también para el futuro, prescribiendo, por ejemplo, que queden sometidos a él hasta su extinción. Y esto reclama la actuación de la historia, por ser la única instancia –en esta cuestión concreta– capaz de gestionar transitoriamente la situación, así como para proporcionar la información necesaria para resolver los eventuales conflictos. Esto es innegable¹⁵. ¿Pero es, acaso, suficiente este recurso excepcional a normas en realidad extinguidas para demostrar la necesidad de la enseñanza de la historia? Lo dudo. Porque las respuestas que la historia está en condiciones de dar en estos casos no son simples informaciones o consejos, sino órdenes taxativas. Lo que significa que enseñarlas nos obliga a abandonar el ámbito histórico y a instalarnos en el del derecho vigente.

15 Argumentan sobre este empleo de la historia P. Liver, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts*, pp. 377-378; Íd., *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I, *Einleitung* (Art. 1-10 ZGB), Bern 1962, n. 25-29, Art. 5 ZGB; T. Bühler, «Der Kampf um das Fideikommiss im 19. Jahrhundert», en *ZSR* 88 (1969), I, pp. 131 ss. También yo me he enfrentado en dos ocasiones a temas relacionados con las reservas transitorias, intentando poner de manifiesto el papel ambiguo que la historia representa aquí a menudo: «In tema di superficie arborea (ius plantandi) nella prassi cantonale ticinese», *Rivista patriziale ticinese* 25 (1971), pp. 1 ss.; «Il riscatto della proprietà per piani originaria nel diritto ticinese», *Repertorio di giurisprudenza patria* 105 (1972), Studi in onore di Peter Liver, pp. 9 ss.

En el *segundo caso* se subraya el recurso a la historia en el procedimiento legislativo. Se afirma así que el legislador, al no poder experimentar en un laboratorio, recurriría de buena gana a las enseñanzas del pasado y se serviría de ellas, tanto para evitar los errores ya cometidos, como para confirmar las opciones vislumbradas¹⁶. Estas reflexiones plantean grandes interrogantes de naturaleza iusfilosófica sobre la repetición, la continuidad y la recepción en los cuales estaría fuera de lugar profundizar aquí¹⁷. Y me pregunto, además, si no sería desproporcionado (por no decir veleidoso) esperar tal ayuda del pasado; una ayuda a la que podría recurrir, en cualquier caso, no el jurista en general, sino sólo el legislador en particular.

En *tercer lugar*, quien intentase salvar la disciplina alegando la importancia de la interpretación histórica del derecho vigente¹⁸ le haría realmente un flaco servicio¹⁹, al menos por dos motivos. Ante todo, porque la influencia de esta interpretación es conocidamente controvertida. Además porque sería no solo discutible, sino erróneo afirmar *per exclusionem* que sólo este canon interpretativo reenvía a la historia, la valora y la tiene en cuenta. Es más bien cierto lo contrario, porque incluso quien prefiere depender de las otras técnicas interpretativas que inervan el retículo que delimita el presente, *opera en el tiempo* y confirma con su elección la historicidad del derecho, a condición de entenderla –como se dirá de nuevo– como temporalidad²⁰.

Queda, como *ultima ratio*, la apelación –a menudo patética– a la función cultural de la historia: fue común entre muchísimos protagonistas de esta nuestra disciplina, esta vez sin hacer distinción de campos²¹. Suena en mis oídos como

16 Remisión general a esta conocidísima temática, por ejemplo, en B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*, reimpresión de la 4ª edición, Milano 1972, pp. 7 ss.

17 Véase G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 5 ss.

18 Reflexionan sobre las luces y las sombras de esta interpretación P. Liver, *Der Wille des Gesetzes*, Rektoratsrede, Bern 1954, *passim*; A. Meier-Hayoz, *Der Richter als Gesetzgeber. Eine Besinnung auf die von den Gerichten befolgten Verfahrensgrundsätze im Bereiche der freien richterlichen Rechtsfindung gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Zürich 1951, *passim*, pero especialmente pp. 44 ss., 55 ss. y 137 ss.; Íd., *Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilrecht*, I, *Einleitung* (art. 1-10 ZGB), Bern 1962, N. 151, 214 ss., Art. 1 ZGB.

19 D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 28 ss.; G. Dilcher, *Beitrag*, pp. 247 ss., 251.

20 En relación con esto, expresan puntos relevantes G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 18-21 y G. Dilcher, *Beitrag*, pp. 255-256.

21 Entre los muchos ejemplos que se pueden citar, escojo R. Bader, *Schweizerische Rechtsgeschichte und Kodifikation*, Antrittsrede, Zürich 1901, pp. 25-26; H. Peter, «Die juristische Fakultät und ihre Lehrfächer. Ein geschichtlicher Überblick», *Studium Generale* 16 (1963), pp. 65 ss., 74; A. Beck, *Itinera iuris*, pp. 337 ss. Propone otros autores D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 17.

un ruego extremado y desesperado, que esconde a menudo, piadosamente, una verdad despiadada, es decir una desautorización²². Una historia jurídica tan indisolublemente ligada a la cultura de la época me parece estar en constante peligro. Desaparece junto a *la* cultura que, hasta entonces, había contribuido a transmitir. En efecto, cuando emergen nuevos valores, se crean nuevos mitos y se afianzan nuevos *paradigmata*, las viejas descripciones se debilitan, su tiempo ha pasado. Se transforman en aventuras solitarias, cada vez más exóticas, que nadie desea ya y cuya ausencia nadie siente (o lamenta). A la pregunta que pretende aclarar *hic et nunc* el valor cultural de nuestra disciplina, responderé, pues, así:

– *o bien* la cultura ya no nos dice nada y alude, como mucho, a un marco más o menos apropiado para el tema que encuadra, arrancándonos sólo una sonrisa cansada, en cuyo caso deberemos tener el valor incluso de renunciar a ella y alejarnos;

– *o bien* tomamos conciencia de su necesidad, porque «no se limita a darles la razón a nuestras ideas sino que las pone en juego, creándonos también algunos problemas»²³. Si realmente fuese así, la cultura impediría que nuestras certezas degenerasen, que se transformasen en poder y arrogancia. Por eso sería deseable su presencia, cada vez más ubicua e invasiva. De donde se deduce que, en el ámbito de una facultad, no puede delegarse en una sola disciplina y menos aún en un único colega, aunque fuera el único en saber descifrar el latín. Por lo tanto, todos deberían esforzarse en enseñar de forma diferente *todas* las materias, tanto las históricas como las de derecho positivo, tanto las nociones generales y los dogmas como los detalles. Pero enseñar de forma diferente significa también sacar a la superficie las implicaciones sociales de la evolución y no omitir los límites que, en cada sociedad, condicionan la incidencia del derecho, frenando quizá sus estímulos más auténticos.

22 Al escribirlo, pienso sobre todo en el destino que le ha tocado en suerte a nuestra disciplina en las facultades de derecho francesas. Han reflexionado sobre ello L. Raggi, *Scritti*, pp. 54, 114; J. Gaudemet, «La riforma degli studi superiori di diritto in Francia», *Labeo* 2 (1956), pp. 126-127; A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIX^e siècle à nos jours*, Paris 1975, p. 200. Pero se recuerda también que la evolución que siguió a estas pesimistas afirmaciones fue, en parte, mejor de lo que se preveía, y restituyó cierto brillo a la disciplina. Lo recuerda M. Quenet, «Rapport sur l'enseignement de l'histoire du droit dans les facultés de droit françaises», en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 339-355.

23 U. Galimberti, *Il gioco delle opinioni*, Milano 1989, p. 49. En la p. 10 se anticipaba que «la cultura educa porque no inmoviliza, porque descoloca, porque jamás ofrece un terreno estable y seguro sobre el que edificar nuestras construcciones, porque la apertura que demanda roza el abismo en el que nada transmite seguridad, pero del que se ha conjurado la monotonía de la repetición y del ir venir por el mismo camino sin compañeros de viaje, sin encontrar a nadie».

5. *La aparente intemporalidad de los dogmas*

Quien se topa con el universo jurídico porque la vida le obliga, suele ignorar la historicidad implícita en cada una de las normas del derecho positivo. El propietario de un fundo que pretende del vecino el necesario permiso de paso; el trabajador a quien se le discute la duración contractual de sus vacaciones; en general, el actor que apela al derecho positivo para ver reconocida su pretensión: el derecho les muestra a todos ellos un rostro más bien granítico e impenetrable, no erosionado por el tiempo, sin dobleces, arrugas o pliegues; que no hace preguntas ni responde. Su indiferencia glacial parece corroborar y transmitir certezas absolutas. Así se presenta siempre el derecho, frío e inmutable. No produce estupor, no mendiga explicaciones. Es probable que sólo así, inmóvil e inexorable, pueda corresponder a lo que esperan de él los destinatarios, sobre todo aquéllos que están dispuestos a servirse de él.

Si con frecuencia nos contentamos con esta primera impresión, es quizá porque no soportaríamos otras respuestas. Ese rostro, inmóvil e inmovible, nos conviene porque es seguramente un pasamanos seguro. Nos abandonamos al derecho con la misma confianza con la que, bajando las escaleras, nos apoyamos en el pasamanos. ¿Y si comenzase a oscilar? Ya no sería un pasamanos sino un trasto inútil y peligroso. El mismo destino le aguarda al derecho: si transmite inseguridad, ya no sirve.

Éste es un diagnóstico que no puede ni debe sorprender. Hemos sido educados así, para interiorizar los dogmas jurídicos, convencidos como estábamos casi todos de que se explicarían por sí mismos, que no exigirían ni tolerarían ulteriores verificaciones (porque la duda ofende). Todo esto es un poco asombroso, tanto más si pensamos que también en las relaciones personales nos comportamos así. Consideramos el resultado más o menos feliz de nuestra historia; pero no somos conscientes de la historia que explica igualmente el comportamiento de nuestros interlocutores. O la eliminamos por prevención de nuestro imaginario. Si nuestro interlocutor actúa «normalmente», se controla y se esconde tras una faz sin dobleces, arrugas o pliegues, exactamente como el derecho que acabamos de recordar, no existen para nosotros motivos para dudar, para indagar o realizar preguntas «indiscretas». Debe ocurrir algo excepcional, no previsto en el libretto habitual, para inducirnos a reflexionar, para obligarnos a comprender. Si, por ejemplo, la persona con la que pasamos el rato llora, parece deprimida o se mueve en su silla de ruedas, sólo cuando se encienden estas señales nuestros ojos ven *finalmente*, comprenden, preguntan y descubren la historia del otro. ¿Pero por qué sólo entonces?

Soy muy comprensivo con esta calma conciliadora, con este deseo tan humano y compartible de claridad y certeza. Pero me pregunto, asimismo, si todo esto puede ser garantizado por el derecho de una sociedad cada vez más competitiva globalmente; si, estando así las cosas, no es poco realista e injustificado esperarlo; si el compromiso asumido por el derecho, repetir *ad infinitum* el mismo mensaje inalterado, no es por casualidad una promesa que no es de fiar; si no es por ello más honesto preferir la verdad –por amarga que sea–. En efecto, creo que la obiedad y la inmovilidad, que frecuente y gustosamente transmiten los dogmas jurídicos, son predicados conseguidos sólo tras ocultar todo lo que podía perturbar. Si no queremos caer en la trampa que nos tienden y convalidar implícitamente connivencias poco recomendables, debemos recuperar todo lo que fue encubierto, escondido y omitido. No debemos seguir aceptando los dogmas sin sorprendernos una y otra vez, debemos desenmascarar su obiedad y restituirlos a su historia. Debemos recuperar todo lo que la abstracción había decidido ignorar y dejar a un lado, sólo porque habría impedido –perturbando la armonía del mensaje– una recepción coral. Así pues, sólo existe un medio para restablecer la verdad del derecho: historificarlo.

6. *El tiempo en el derecho. Tres situaciones*

He formulado un pronóstico, al que uno puede adherirse o no, dando por seguro que también aquí es bueno no forjarse ilusiones y confundir nuestro deseo con la realidad; porque la realidad demuestra que hay quien disiente, y revela que esto ocurre con frecuencia para obtener una ventaja, aunque no sea sino de naturaleza ideológica. Quien nos importa, encontrará ventajoso ver en los dogmas fachadas fiables e incontestables tras las cuales, a veces, vale la pena refugiarse.

Al hilo de estos argumentos, nos aproximamos de nuevo a la historia: nos ayuda a comprender pero no nos obliga a pisar tierra firme. Sería por ello prematuro evocar ya su *evidencia*. Lo haré sólo tras haber comprobado que, en realidad, el encuentro con la historia, su disponibilidad para reflejar los problemas que plantea y las preguntas que nos dirige, sólo depende de nosotros aparentemente, de nuestra sensibilidad cultural, de nuestro sentido de la justicia o directamente del caso. Porque, bien mirado, la historia nos interpela *de forma diferente*, presentándose no como una de las numerosas estrategias que aspiran a descifrar el mensaje transmitido por el derecho vigente sino como la única capaz de hacerlo con un mínimo de credibilidad, lo que en realidad significa que no nos invita, *sino que nos convoca*.

Es fácil e incluso obvio afirmarlo. ¿Pero cómo convencer a quien no se deja seducir al instante? Intento superar el obstáculo reflexionando sobre tres

situaciones cotidianas con las que uno se encuentra aun sin quererlo. Convergen en un punto: no se contentan con demostrar que el encuentro con la historia es posible e incluso estimulante aunque sólo sea episódico. Tematizan más bien algo diferente y con mayor significado, que *la historia es inherente* (también) *al derecho*. Prueban, para ser todavía más explícitas, que sólo siguiendo las huellas del tiempo, tras haber seleccionado e interpretado sus señales, estamos en condiciones de descifrar el mensaje implícito en el derecho positivo y de responder a él.

a) *Vivir significa recordar*. La primera situación no es específica del mundo jurídico, pero tiene valor general pues reenvía a la estructura biológica del hombre y, probablemente por este motivo, es universalmente conocida. A diferencia de los animales no humanos, que están literalmente programados (y protegidos) por los instintos, los hombres son relativamente pobres en este sentido. Los instintos fijan un modelo de comportamiento al cual el animal no humano, por ejemplo Bootsie, el gato americano de mi hija, se adecua automática y necesariamente, sin seleccionar información, sin valorar razones, sin depender de recuerdos aunque no por ello sin memoria²⁴. Las golondrinas no consultan el calendario y no estudian el astrolabio para decidir la fecha y la dirección de su largo vuelo. El hombre vive en cambio en condiciones totalmente distintas. Se encuentra continuamente requerido por intereses, estímulos y percepciones que lo asedian y lo persiguen, y que sin duda lo sofocarían si no los tuviera bajo su control al seleccionarlos. Seleccionarlos le salva la vida. Lo aprende a sus expensas a medida que crece. La educación le proporciona toda la información y le comunica todas las directrices que le permitirán luego su autogobierno. Así, el niño aprende y deposita en su memoria lo que va adquiriendo. Para sobrevivir se referirá a ello, *lo recuerda*. De aquí la importancia de la orden «¡Acuérdate!». «*Remember me!*», le impone el espectro del padre a Hamlet; «*You must remember this!*», repite de forma obsesiva la canción en la película –verdaderamente inolvidable– de 1942 *Casablanca*²⁵. Pero también es cierto que ni el respeto a este mandato, ni la específica e incontestable continuidad entre pasado y futuro, visiblemente implícita, pueden imponerse. Puedo desear e incluso esforzarme en recordar, sin conseguir el éxito augurado. Acordarse es, pues, una tarea del espíritu, un procedimiento que indaga

24 Sobre la llamada memoria natural de los animales no humanos, véase ahora F. Cimatti, *La mente silenziosa. Come pensano gli animali non umani*, Roma 2002, pp. 92 ss.; Íd., *La scimmia che si parla. Linguaggio, autoscienza e libertà nell'animale umano*, Torino 2000, pp. 137 ss.

25 Considerada como *cult movie* de generaciones de cinéfilos, cayendo con regularidad en la red que le tienden los hábiles periodistas (v. por ejemplo G. Taylor en el *Corriere della Sera* de 12 abril 1992 y A. Massarenti en *Il Sole–24 ore* de 4 septiembre 2005), ha sido recientemente capturada por un antropólogo que, no obstante, sólo ha hecho «el montaje de algunos recuerdos»: M. Augé, *Casablanca*, Torino 2008.

en lo vivido, escogiendo y actualizando. Como no las conocemos, sus leyes se escapan a nuestras previsiones y a nuestras intervenciones. Por lo demás, cada uno de nosotros es consciente de ello, seguramente ya lo ha experimentado; porque sabemos que, en ocasiones, la memoria no responde a nuestros requerimientos y rehúsa revelar el dato que guardamos en su día. Y a cambio, nos recuerda verdades amargas o dolorosas que de buena gana quisiéramos olvidar²⁶, confirmando así que estamos condicionados necesaria y decisivamente por nuestro pasado. Por ello, no exagera quien afirma que somos en realidad nuestra memoria; es decir, que somos el resultado de cuanto anota, acumula y reordena, tanto las cosas nuevas que registra cuidadosamente, como las ya adquiridas que ahora abandona²⁷. Por ello, olvidar no es necesariamente un proceso negativo sino la consecuencia de una reorganización de los *archives de la mémoire*; si se quiere, una mezcolanza de lo que está yacente, a menudo indispensable porque de otro modo «el hombre pensaría continuamente en su propia muerte y no construiría casas, ni emprendería nada»²⁸; o bien porque sólo así parece posible garantizarle a una persona de edad avanzada, en un contexto social cada vez más convulso y por eso cada vez más hostil, una supervivencia no solo decorosa sino gratificante²⁹; o, finalmente, porque sin el olvido protector sería menos fácil, o menos cómodo, conseguir el progreso científico³⁰. De cualquier modo, la importancia de todo esto en el destino del hombre ha sido expresada de nuevo recientemente —con su lenguaje persuasivo pero mordaz de escritor—, por Lorenzo Mondo. Cito de su primera novela: «Recuerda; ay de ti si no recuerdas, si dejas de recordar. Sólo así sabes que existes y saben que existes»³¹.

26 Es insuperable, al respecto, la sabiduría de un gran moralista español del siglo XVII: «CCLXII. *Saber olvidar*: más es dicha que arte. Las cosas que son más para olvidadas son las más acordadas; no sólo es villana la memoria para faltar cuando más fue menester, pero necia para acudir cuando no convendría: en lo que ha de dar pena es prolija, y en lo que había de dar gusto es descuidada. Consiste a veces el remedio del mal en olvidarlo, y olvidase el remedio; conviene, pues hacerla a tan cómodas costumbres, por que basta a dar felicidad o infierno. Exceptúanse los satisfechos, que en el estado de su inocencia gozan de su simple felicidad» (B. Gracián, *Oráculo manual y arte de prudencia*, 1647; P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio. Sei saggi di storia delle idee*, Bologna 1991, p. 195, remite oportunamente a la ascendencia ciceroniana del tema).

27 R. Malacrida (ed.), *Smemorata memoria o degli inesauribili «luoghi» della memoria*, Comano 1990, *passim* y especialmente pp. 25-26 (G. Abraham) y 30-31 (G. Palo).

28 Con estas palabras intentó Rabbi Baruch, en pleno siglo XVIII, explicarse por qué había permitido Dios al hombre olvidar; así en el cuento de M. Buber, *I racconti dei Chassidim*, Milano 1979, p. 56.

29 R. Malacrida (ed.), *Smemorata memoria*, pp. 28-29 (G. Abraham), 62-65 (B.G. Bara), pero especialmente 101-107 (L. Bizzini).

30 P. Rossi, *Il passato, la memoria, l'oblio*, pp. 24-25, 155 ss.

31 L. Mondo, *I padri delle colline*, Torino 1988, p. 9.

b) *El mensaje alterado*. Nos encontramos justo en medio de la segunda situación cuando nos proponemos desentrañar el significado de una norma jurídica, quizá recurriendo a ella para decidir una controversia. Precisamente en esta ocasión, percibimos dos cosas, ambas esenciales: que la norma se nos remite de forma escrita y que está encuadrada en su historia.

– La redacción de artículos, normas y reglas caracteriza profundamente nuestra tradición jurídica y condiciona nuestra forma de organizar el derecho positivo. Por este motivo, sentimos frecuentemente la tentación de retrotraerla hasta hacerla retroceder a los orígenes de la experiencia jurídica. En realidad, es el fruto de una evolución que no sólo ha modificado la forma, sino también el contenido del mensaje correspondiente. Desde el mítico contexto inicial de lo indecible, se pasó primero a la formulación explícita de la palabra y a la tradición oral, y de ésta, a la redacción del mensaje³². Para darse cuenta del alcance de este cambio, de qué pudo significar para quien hasta entonces se había comunicado sólo oralmente, no se puede hacer sino una cosa: releer la última parte del diálogo de *Fedro*, en la que Platón alaba la viveza y la riqueza de la tradición oral y confiesa temer la transición a la comunicación escrita. Ésta, al arrancar el mensaje de la tutela, hasta entonces exclusiva, del autor, lo habría abandonado, en efecto, a la libre y a menudo deformante interpretación del destinatario³³. Los temores de Platón fueron pronto confirmados. Hoy resulta casi superfluo recordar que la escritura provoca una sangría semántica. Una vez por escrito, el mensaje oral se muestra con frecuencia debilitado, incompleto y equívoco: ha perdido el brillo inicial. Me recuerda (¡cada uno con sus fantasías!) las flores aplastadas de un herbario: las de lavanda, por ejemplo. El color está amortiguado, el papel ha

32 Introdúcen magistralmente en el tema, muy complejo, R. Barthes/E. Marty, *Orale/Scritto*, en *Enciclopedia Einaudi*, volumen 10, Torino 1980, pp. 60-86.

33 Platón, *Fedro*, en *Diálogos III, Fedón, Banquete, Fedro*, traducciones, introducciones y notas C. García Gual, M. Martínez Hernández, E. Lledó Íñigo, Madrid 1992, 228D/E, 235D/E, 274B/278E. Inolvidable 275D/E: «Porque es impresionante, Fedro, lo que pasa con la escritura, y por lo que tanto se parece a la pintura. En efecto, sus vástagos están ante nosotros como si tuvieran vida; pero, si se les pregunta algo, responden con el más altivo de los silencios. Lo mismo pasa con las palabras. Podrías llegar a creer como si lo que dicen fueran pensándolo; pero si alguien pregunta, queriendo aprender de lo que dicen, apuntan siempre y únicamente a una y la misma cosa. Pero, eso sí, con que una vez algo haya sido puesto por escrito, las palabras ruedan por doquier, igual entre los entendidos como entre aquellos a los que no les importa en absoluto, sin saber distinguir a quienes conviene hablar y a quienes no. Y si son maltratadas o vituperadas injustamente, necesitan siempre la ayuda del padre, ya que ellas solas no son capaces de defenderse ni de ayudarse a sí mismas». Acerca de la importancia de esta crítica a la escritura, véase T.A. Szlezak, *Platon und die Schriftlichkeit der Philosophie*, Berlin/New York 1985, *passim*; B. Centrone, «Introduzione» en Platón, *Fedro*, traducción de P. Pucci, introducción de B. Centrone, Roma/Bari 1998, pp. XXIX ss.

reabsorbido el olor, la esencia se ha volatilizado. Quedan granos grises e informes: un recuerdo melancólico. Pues bien, éste y no otro es el destino ineluctable del mensaje escrito: una caricatura mutilada y exánime del concepto originario; propone «discursos que no son capaces de defenderse solos con argumentos, y que tampoco son capaces de enseñar la verdad de forma adecuada»³⁴. Y por eso están hundidos en el terreno cenagoso y traicionero de la interpretación, de las suposiciones y de las conjeturas.

– Si la regla jurídica jamás se dirige sola a la atención del destinatario y a la actividad del jurista, sino que les llega siempre encuadrada en su historia, esto no sucede por un discutible capricho del destino. Es más bien la consecuencia de un hecho ineluctable e incontrovertible: que ha sido remitida desde el pasado, desde un pasado que puede ser próximo o remoto. Por este motivo, los juristas nos parecen «hombres del pasado», *Vergangenheitsmenschen* por antonomasia, si es que no lo son³⁵. El retículo normativo en el que suelen moverse está marcado por el tiempo, remite siempre a un más allá temporal; pide por eso ser manejado con una atención que recuerda –claramente– la tarea del arqueólogo. De lo que se deduce que, a la sangría semántica causada por la escritura, se suma ahora la inseguridad semántica provocada inevitablemente por la desviación temporal. Desde luego, el legislador se las arregla para obviarlo. Trata de detener el tiempo. Pero el tiempo se le escapa constantemente. No lo puede encerrar en su casa, como se hace con un gato que aún desconoce el entorno. Pasa, pasa de todos modos, y al pasar, altera inadvertidamente todo lo que lleva consigo, leyes y sentencias incluidas.

¿Qué nos enseña todo esto? Que si la fijación por escrito tiende de verdad a inmovilizar, por no decir congelar, las ideas y los valores implícitos en la norma jurídica, cuando ésta se le remita al destinatario años o siglos más tarde, no será ya más que un fragmento, lo que quede tras las pérdidas recordadas, la expresión visible (pero desde luego engañosa) de lo invisible. Quien lo percibe y sabe que todo esto ocurre inevitablemente y que, por lo tanto, de poco serviría legislar de forma diferente para huir de ello, sabe también que la única estrategia practicable para *recuperar* lo invisible (es decir, las cosas perdidas, deformadas y eliminadas) y que vuelva a fluir de alguna manera en la aplicación del derecho, es la interpretación; es decir, una operación destinada a minimizar las pérdidas, en cierto sentido a compensarlas, ya sea recuperando todo lo que no esté relacionado con la escritura (es decir, para restablecer la polisemia de la idea original), ya sea

34 Platón, *Fedro*, 276C (en la traducción de C. García Gual y otros).

35 Así, refiriéndose preferiblemente a los jueces e insistiendo sobre las cosas esenciales, G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 53-54 (en la versión original *Recht und Zeit*, pp. 58-59 *et passim*).

teniendo en cuenta los valores y las opciones surgidas a lo largo del camino y consideradas de forma variada al aplicar las normas originales. Parece entonces casi superfluo recordar –al concluir– que tal procedimiento restituye de modo permanente la historia y todo lo que la mueve ininterrumpidamente.

c) *La abstracción y su historia.* El protagonista del tercer episodio es el derecho privado burgués, es decir, el surgido en el siglo XIX junto a la eliminación de los estamentos y destinado a ordenar las relaciones jurídicas entre individuos, ahora ya todos formalmente iguales. Usualmente codificado (al menos en el ámbito continental), transmitía un mensaje inusualmente general, porque se dirigía por vez primera, de modo uniforme, a todos los miembros de la sociedad, a todos los habitantes del Estado. La abstracción, es decir, una mistificación siempre cortejada por los juristas con asiduidad y destreza, como lo demuestra la consolidación del iusnaturalismo, desvela cómo se pudo llegar tan lejos. En el siglo XIX, la mistificación fue elevada a doctrina, y a ella era inevitable recurrir para ordenar de verdad (y no sólo de palabra) a todos los destinatarios del mensaje de los códigos. Por eso, nada impide ver también en la historia del derecho burgués una progresiva desmaterialización, una redefinición larga y atormentada de los límites, destinada a expulsar del ámbito jurídico y a situar en el exterior –aunque *no* en un limbo desolado e inofensivo– todas las situaciones portadoras o generadoras de desigualdades materiales. Concluido este período de turbación, el derecho pudo concentrarse con comodidad en las pocas cosas que quedaban, las que igualaban de verdad a todos y eran idóneas para la eficiencia del mercado: la subjetividad jurídica y la autonomía de la voluntad, es decir, «cualidades» formales que, debidamente generalizadas, pronto se convirtieron en las columnas del nuevo derecho privado. Así, la esencia de la evolución se encuentra en la coexistencia que aproximaba la igualdad formal a la desigualdad material; deplorada ocasionalmente como una desgracia imprevista, o fulminada como una perversión social, se eleva rápidamente como la articulación crucial de la historia jurídica moderna. Fijar en Kant y Zeiller la fecha de inicio fue, con frecuencia, el eje de discusiones tan apasionadas como interesadas³⁶.

La progresiva consolidación de la abstracción sugiere la historia de una despedida, porque la abstracción rompe con la historia, reniega y se libera del

36 I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (1793), II, 2; G.W. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), §§ 49, 200, 243, 244, 246; F. v. Zeiller, *Vortrag* de 21 de diciembre de 1801, en J. Ofner, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des österreichischen ABGB*, volumen I, Wien 1889, pp. 1-12, especialmente 6; Íd., *Vorbereitung zur neuesten österreichischen Gesetzkunde*, I, Wien/Triest 1810, p. 41; Íd., *Das natürliche Privat-Recht*, 3ª edición corregida, Wien 1819, §§ 22 y 50.

pasado. Aspira a formular un derecho no segmentado por coordenadas espaciales o temporales, sino válido e imperativo siempre y en cualquier lugar, como lo fueron las reglas *descubiertas* por los iusnaturalistas. Y, lógicamente, expulsa del ámbito jurídico todo cuanto separa, define y distingue a unos sujetos jurídicos de otros. Al hacerlo así, devalúa todo lo que elimina porque lo condena a la irrelevancia: jamás volverá a ser determinante, no interferirá en la aplicación de las reglas jurídicas ni modificará ya el valor social. Se preserva la coexistencia, simple y quizá casual, de universos diferentes: ahora, ya desprovistos de su historia, se contemplan y se ignoran en silencio.

Pero la versión que acabo de recordar es sólo una entre muchas. Hay otra que es quizá más convincente. No considera la abstracción como un procedimiento que separe y excluya, sino que distingue y separa *sin* excluir, revalorizando más bien lo que relega. Esto significa que existe una relación funcional entre las situaciones que permanecen en el código (todas ellas dotadas de igualdad formal) y las que se atribuyen de forma duradera a un ámbito exterior al código, incluso extrajurídico³⁷. No se ignoran, sino que se conjugan siguiendo las mismas reglas de juego. De ello resulta que la abstracción no se despide de un pasado que la aísla –aparentemente–. Lo deposita en un ángulo oscuro para servirse de él con más comodidad. Vuelve a proponer, así, una configuración ya conocida: lo visible (es decir, el derecho encerrado en el código) presupone lo invisible (las situaciones ya relegadas), vive de ello y a ello remite, incapaz de orientarse solo y de moverse con autonomía. De esta segunda versión, para mí más creíble que la primera, derivan verdades ya recordadas pero que es oportuno volver a formular. La primera enseña que no es posible describir, con la necesaria precisión, la relación que existe entre lo visible jurídicamente (la igualdad formal) y lo invisible jurídicamente (la desigualdad material) sin recorrer, paso a paso, el fragmento de historia que muestra cómo actúa la abstracción mientras analiza, escoge, selecciona y relega. De hecho, son las cosas *escondidas* las que determinan el valor y precisan el programa de las que, en cambio, permanecen en el código; sólo la historia de la selección ofrecerá la clave para descifrar la realidad.

Llego, por ello, a un balance final: la abstracción muestra la presencia invisible de *cosas* ausentes sólo en apariencia. No es lo contrario de la *concreción*;

37 He intentado, repetidas veces, argumentar en estos términos y justificar mi punto de vista en «*Privatrecht*», pp. 66-67; «*Ungleiches Recht für alle. Vom Werden des ungleichen, aber nicht systemwidrigen Privatrechts*», en R. Herzog (ed.), *Zentrum und Peripherie*, Festschrift für R. Bäumlín zum 65. Geburtstag, Chur-Zürich 1992, pp. 107-133, especialmente 109-110 (ahora en *Gesetz und Gesetzbuch*, pp. 165-200, especialmente 167-169).

es más bien solo una de sus modalidades (inesperada e insólita)³⁸. Así como hay personas que responden callando (lo saben bien los juristas), o que, abandonando una reunión, hacen patente una presencia diferente (porque «el no estar puede convertirse en una forma de presencia, con frecuencia más intensa que la presencia misma»³⁹), así sucede aquí. No es verdad, pues, que –como se afirma a menudo– la abstracción haya interrumpido, ocultado y neutralizado la historia. A su manera, indica más bien todo lo contrario, es decir, que no quiere separarse de ella.

7. La historicidad del derecho

Estas tres situaciones, tan distintas entre sí, reafirman la tesis de fondo: la dimensión temporal es inherente al derecho. No lo acompaña, no lo decora, no lo envuelve ni lo enmarca, pero *determina su carácter*⁴⁰. Le confiere la estructura que nos hace percibirlo conscientemente⁴¹. En esto se resume el principio de la historicidad, tan notoriamente polisémico que obliga a algunas reflexiones aclaratorias⁴².

En el centro de este principio resplandece una dimensión dinámica. Vibra en todas las locuciones que intentan dar cuenta de ello: mudanza, temporalidad, libertad, posibilidad, causalidad, tensión, etc.⁴³. En el contexto que juzgo más apropiado para nuestras reflexiones, la historicidad se me muestra bajo tres puntos de vista: *primero*, como la certeza de que el derecho no está nunca inmóvil: «El tiempo no se detiene y la norma, por así decirlo, camina con él»⁴⁴; *segundo*, el hecho de que el tiempo y el espacio son parte esencial de la *positividad* del

38 Así se expresa, citando ejemplos concretos, G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 26 ss., 35.

39 R. Cotroneo, *Questo amore*, Milano 2007, p. 61.

40 Lo confirma con estas palabras U. Galimberti, *Il gioco delle opinioni*, p. 16: «No existen los hombres y además el tiempo. El tiempo no existe fuera de nosotros, o dentro de nosotros. El tiempo es la trama en la que el alma se despliega en figuras que se metamorfosean».

41 G. Husserl, *Diritto e tempo*, p. 37: «Para que la cosa entre en el campo visual de mi conciencia, debe ser experimentada bajo *esta* forma temporal».

42 La polisemia del concepto ha sido puesta de relieve por J. Llompарт, *Geschichtlichkeit*, pp. 17, 20-30, 155; L.v. Renthe-Fink, «Geschichtlichkeit», en *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, edición de J. Ritter, III, Basel/Stuttgart 1974, col. 404 ss.

43 J. Llompарт, *Geschichtlichkeit*, p. 30.

44 G. Husserl, *Diritto e tempo*, p. 16 (en la versión original, *Recht und Zeit*, p. 23: «Die Zeit steht nicht still, und die Rechtsnorm geht sozusagen mit»). Así también J. Llompарт, *Geschichtlichkeit*, pp. 86-90.

derecho y vivifican la historia⁴⁵; *en tercer lugar*, la innegable dependencia del derecho, tanto el histórico como el vigente, de muchos factores sociales sin los cuales el origen, la evolución y la extinción de las instituciones jurídicas resultarían un arcano impenetrable⁴⁶.

En el fondo, para ver más claro bastaría con comprender que el núcleo de la historicidad consiste en la *temporalidad* del derecho; por ejemplo, para desdramatizar la separación, *antaño* neta e indiscutible, entre derecho e historia; para comprender que el primero no puede explicarse sin hacer referencia a la segunda⁴⁷; para concebir una historia jurídica que se mueva con autonomía en un espacio devastado durante largo tiempo por viejos antagonismos. Al argumentar así, pienso concretamente en una historia que *sirva* para una representación del derecho vigente que no esté condicionada por él y que no acepte previamente desembocar en sus categorías dogmáticas, porque sólo así, libre de guiños de complicidad y de cohabitaciones, descubrirá que el derecho positivo sólo desarrolla *una* posibilidad, y no siempre la mejor⁴⁸, con todas las consecuencias que provoca tal *descubrimiento* y con todas las oportunidades didácticas que abre; pero todo esto, que desde luego no es poco, con una condición: a condición de no entender la historicidad como provisionalidad, fugacidad y caducidad, sino como la *inherencia del tiempo a la estructura de lo jurídico*.

La «irrupción del tiempo» en la ciencia jurídica, como se ha querido llamar al descubrimiento de la historicidad⁴⁹, es una conquista relativamente reciente. Desde hace poco más de una generación, nos intriga y nos invita siempre a nuevas reflexiones⁵⁰. En los mismos años, la disciplina histórica, la prevista en el

45 L. Llompарт, *Geschichtlichkeit*, pp. 91-102.

46 J. Llompарт, *Geschichtlichkeit*, pp. 71, 104 ss., 157.

47 Refiriéndose a la tradicional contraposición entre los juristas que razonan históricamente y los que prefieren refugiarse en la certeza que otorgan los dogmas, A. Iglesia Ferreirós («Historia del Derecho», en J.J. Ferreiro/J. Miquel/S. Mir/P. Salvador [eds.], *La enseñanza del Derecho en España*, 1987, pp. 122 ss., la cita en p. 125), ha recordado oportunamente: «Sólo se podrá superar esta situación cuando el dogmático vuelva a ser jurista, es decir, cuando tienda a darse cuenta del carácter esencialmente histórico del Derecho».

48 Así, por ejemplo, L. Raggi, *Scritti*, pp. 21-22.

49 D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 32; D. Grimm, *Recht und Staat*, p. 401.

50 Son fundamentales, al respecto, las contribuciones de G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 3-60; W. Hellebrand, «Die juristische Funktion der Rechtsgeschichte», en *Jus et Lex*, Festschrift für Max Gutzwiller, Basel 1959, pp. 135 ss., 136, 138, 141; R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, pp. 8-9, 13, 15, 18, 20; D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 401-403; P. Hebraud, «Observations sur la notion du temps dans le droit civil», en *Études offertes à Pierre Kayser*, II, Aix/Marseille 1979, pp. 1-58; M. Bordeaux, «Quand le temps dévore l'espace: temps et espace, facteurs de normalisation dans le Code civil 1804», en *Religion, société et politique*. Mélanges en hommage à J. Ellul, Bordeaux 1983, pp. 185-201.

currículum jurídico, fue en casi todas partes un objetivo fácil para las críticas, agresiones, ofensivas, restricciones y supresiones, episodios todos ellos increíblemente mezquinos. Hubiera sido relativamente fácil defenderla, legitimarla y justificarla definitivamente reenviando a la inevitable y determinante temporalidad de la estructura jurídica. Pero, por desgracia, nada se hizo. Los historiadores del derecho no han percibido lo esencial de este *descubrimiento* y han preferido dejarlo perder, atemorizados quizá por sus implicaciones teóricas⁵¹. Han preferido lanzarse a la búsqueda de los pocos (y risibles) servicios *útiles* que la disciplina aún podía proporcionar al derecho vigente. La han reforzado enfáticamente para salvar aún armas y bagajes; al menos hasta la próxima agresión⁵². ¿Acaso no dio Heinrich Mitteis en el clavo cuando acusó a la disciplina y a sus cultivadores de haber actuado con la confianza del sonámbulo⁵³?

8. ¿Qué historia?

Resuelta así la primera pregunta y admitido lo inevitable de la indagación histórica, es oportuno enfrentarse a la segunda: ¿qué historia? ¿Son todas iguales, todas del mismo valor y por ello intercambiables? ¿Es lícito, pues, disponer de la historia y cortarla a medida siguiendo nuestros gustos, como se corta la tela para un vestido? Estas preguntas nos confunden, no podemos negarlo, pero son totalmente legítimas e incluso necesarias, porque nadie conseguirá jamás conocer *toda* la historia, ni conseguirá apropiarse de ella de forma *objetiva*. En efecto, el pasado entrevisto no es jamás un reflejo completo y objetivo de los hechos acaecidos. Nos resulta sólo parcial y subjetivamente perceptible. La convicción de que «el historiador no pertenece a ningún tiempo ni a ningún país»⁵⁴ es iluso-

51 Con las debidas excepciones, obviamente: véanse, por ejemplo, las compartibles reflexiones de D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 399 ss.; G. Dilcher, *Beitrag*, pp. 251 ss.; D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 32 ss.

52 Sigue sin tenerse en cuenta la exhortación de F. Wieacker, *Storia del diritto privato moderno, con particolare riguardo alla Germania*, I, Milano 1980, p. 7, al recordar que la misión cognoscitiva de la historia jurídica «no encuentra justificación en el complejo extrínseco de datos y hechos del pasado, ni en su capacidad de ser utilizados directamente para el presente, sino en la historicidad de nuestra propia existencia».

53 «Die Rechtsgeschichte verrichtete bisher ihr Werk anscheinend –oder nur scheinbar?– mit nachtwanderischer Selbstsicherheit» [Hasta ahora, la historia del derecho realiza su obra, según parece –¿o solo aparentemente?–, con la confianza de una sonámbula]: así H. Mitteis, *Lebenswert*, p. 7.

54 Así N.D. Fustel de Coulanges, tal como lo cita J. Gaudemet, «Les disciplines historiques

ria⁵⁵; como lo es la esperanza de quien aspira al papel de observador imparcial de una época sin quedar trastornado por ella, rechazando por ello la elección del campo de juego⁵⁶. Y si, por una hipótesis descabellada, esto fuera realmente posible e incluso saliera bien ¿sería también deseable e incluso encomiable? Me remito a la respuesta de Saint-Exupéry: «El oficio de testigo siempre me ha horrorizado. ¿Qué es lo que soy si no participo? Para ser, necesito participar»⁵⁷.

De modo que la subjetividad es inevitable. ¿Pero nos autoriza por eso a movernos en el pasado como nos plazca, como si fuese un arsenal o (como se decía antes) una colección de *exempla* de los que extraer fórmulas, argumentos y pruebas, según lo requiera el caso? ¿O existen directrices a las que es aconsejable atenerse –seleccionando los materiales– para poder, sólo así, conseguir el éxito esperado?

Los juristas y los historiadores del derecho rara vez han profundizado en estas preguntas (realmente inevitables). Pero no por ello titubean. Ven en la disciplina histórica una anticipación del presente, es decir una prefiguración del derecho vigente, de sus dogmas y de sus instituciones. Incluso si admiten que el pasado no conocía aún los conceptos modernos, hay algo de lo que no dudan: de que había intuido ya la esencia, la sustancia, lo que Emilio Betti llamaba *la cosa*⁵⁸. Defienden por ello la historia, pues la consideran una premisa para la comprensión del derecho positivo. *Comprensión* será, mientras así se desee, un término mudable, que significará muchas cosas y no prescribirá taxativamente el

dans les facultés de droit et des sciences économiques», *Revue de l'enseignement supérieur* 1963, pp. 71 ss., 73.

55 Confirmando lo que se acaba de repetir, es decir, que la memoria capta y registra sólo lo que no es bloqueado o rechazado por «nuestra» selección. Por esta razón, sólo puede ser pensada y elaborada la historia que se nutre de las informaciones recogidas y ordenadas, paso a paso por el historiador. Lo he demostrado sirviéndome de un caso concreto: *Il mito svelato*, pp. 381 ss., especialmente 399 ss.

56 P. Caroni, *Il mito svelato*, pp. 404 ss.

57 A. de Saint-Exupéry, *Pilote de guerre*, cap. XXII, en *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 1999, p. 199.

58 A. Schiavone, «Il “nome” e la “cosa”. Appunti sulla romanistica di Emilio Betti», *Quaderni fiorentini* 7 (1978), pp. 293 ss.; Íd., «Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia», en A. Schiavone (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma/Bari 1990, pp. 275 ss., 294 ss.; H.R. Hoetink, «Über anachronistische Begriffsbildung in der Rechtsgeschichte», *ZRG RA* 72 (1955), pp. 39-53, especialmente 42 ss. Pero es igualmente oportuno recordar que esta convicción es también de ascendencia savignyana: «Diese Jugendzeit der Völker ist arm an Begriffen, aber sie genießt ein klares Bewusstsein ihrer Zustände und Verhältnisse, sie fühlt und durchlebt diese ganz und vollständig...» [La juventud de los pueblos es pobre en conceptos, pero goza de una clara conciencia de sus condiciones y de sus circunstancias, las siente y las vive total y absolutamente] (F.C.v. Savigny, *Beruf*, p. 76).

método para llegar, estoy de acuerdo. Pero es también innegable que manifiesta, ante todo, una posición jurídico-política determinada por la disponibilidad para *aprobar materialmente* el objeto de comprensión, y por ello para homologar el derecho positivo en bloque⁵⁹. Se piensa en esto, sin duda, cuando se aplaude la contribución de los argumentos históricos a la interpretación dogmática del derecho vigente⁶⁰. Podría, incluso, decir que la historia tiene sentido si redundando en la apología de este derecho y si da testimonio de sus virtudes con mucha anticipación⁶¹. De estas opciones nace –se podrá percibir enseguida– la teoría de la continuidad⁶²: esa teoría a la que se recurre para justificar la fidelidad frente al derecho positivo, y que explica igualmente la función abiertamente propedéutica que se le otorga a la historia.

No todos comparten este planteamiento, ni las certezas de las que se nutre ni la orientación pedagógica que sugiere. También yo me coloco entre ellos. Me molesta la costumbre de aferrarse a la teoría de la continuidad para combatir las reformas paulatinamente propuestas por juristas y políticos. Porque esta estratagema permite, frecuentemente, desacreditar a los autores sin entrar en el núcleo de sus propuestas ¡como si la confirmación de las cosas ya elegidas no fuera ella misma una elección, una opción jurídico-política como otra cualquiera! Me parece, además, que este planteamiento, por lo demás muy conocido, favorece una lectura del pasado muy discutible por arbitraria y, con frecuencia, diletante. El deseo de transformar la historia en una apología anticipada del presente (por lo tanto del derecho vigente) condiciona demasiado visiblemente la selección de los hallazgos, altera su naturaleza y nos la hace ver como lo que realmente es, como una operación teledirigida cuyo objetivo es coleccionar fósiles y recuperar sólo los

59 También esta lectura del término controvertido, que realmente se repite en muchos contextos, remite a la escuela histórica y a la función preliminar que, deseando renovar el enfoque científico del derecho vigente, otorga a la investigación histórica. Véase *supra*, p. 60.

60 Al respecto, las observaciones críticas de K. Luig, «Bestätigung durch Rechtsgeschichte», *Quaderni fiorentini* 14 (1985), pp. 601 ss., especialmente 616-617; Íd., «Digesten und Dogmatik», *Rechtshistorisches Journal* 5 (1986), pp. 290 ss.

61 Critican la función apologética atribuida a la romanística P. Barcellona/G. Cotturri, *Stato e giuristi tra crisi e riforma*, Bari 1974, pp. 35 ss.; A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto*, pp. 17-39, 40-45, 111-129.

62 La descripción de los orígenes, de los fines y de los numerosos significados asumidos paulatinamente por esta teoría, que los juristas consideran constitutiva de su disciplina, queda, desgraciadamente, fuera del *ductus* de esta intervención. No obstante, se hablará frecuentemente de ella en esta publicación, véase *infra* pp. 92, 127, 172-173, 179 ss., 192 ss., 195, 207. Se leen observaciones críticas, por ejemplo, en L. Raggi, *Scritti*, pp. 37-39; A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto*, pp. 19-24; Íd., *Alle origini del diritto borghese*, pp. 64-65.

fragmentos que, de un modo u otro, prefiguran elementos del derecho positivo codificado; por no hablar de que esta forma de cribar el pasado refleja la idea que muchos historiadores tienen aún del código. No les parece tanto un universo nuevo, homogéneo y coherente, cuanto la aportación y la mezcla de materiales extraídos de tradiciones jurídicas muy diferentes. Para ello, la reconstrucción histórica –en estas condiciones– no empleará nunca todo el código como una entidad nueva, sino que se contentará con aclarar sus apartados individualmente. Así pues, en el principio no sólo está la apología, sino también la parcelación del derecho vigente, que coincide desde los tiempos de la escuela histórica –como se dirá– con la duplicidad de la enseñanza histórica, es decir, con un movimiento discutible, frecuente (pero inútilmente) criticado y, a fin de cuentas, hoy en día contraproducente si es verdad que –como veremos– el código lo ha enturbiado más que lo ha aclarado.

La conclusión, como se intuye, es amarga. Podría ser ésta: dado que la disciplina histórica –al menos según las opiniones actuales– tiene una finalidad indiscutiblemente propedéutica, debe preparar al estudiante para moverse con agilidad por el universo normativo y conceptual del derecho vigente⁶³. Intenta conseguirlo proponiendo, de nuevo, sólo *los* fragmentos del pasado que demostraban la continuidad lineal entre el pasado y el presente, fortaleciendo las respectivas ilusiones. Lo demás no sirve: se omite o se elimina. Lo demás, mucho aún por aclarar, se refiere a todo lo que no se refleja ya en el código: instituciones suprimidas, doctrinas superadas, reglas antaño compartidas y luego sustituidas por otras, costumbres alteradas por la evolución social y caídas por ello en el olvido. Todas ellas son cosas que, mejor o peor, han llenado el pasado. Tienen, pues, su propia historia que repunta de forma inesperada entre las normas del derecho positivo, pero ensombrecen su hagiografía. Pregunto ahora, ingenuamente, ¿qué hacemos con ellas? Me responden: han sido desahuciadas. ¿Pero dónde acabarán?

63 Reflexiona en voz alta sobre el significado de esta *misión* A.B. Schwarz, «Pandektenwissenschaft und heutiges romanistisches Studium», espléndida lección inaugural pronunciada en la Universidad de Zurich en 1928, ahora publicada en *Rechtsgeschichte und Gegenwart*. Gesammelte Schriften zur Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Karlsruhe 1960, pp. 93 ss., especialmente 112 ss. Apasiona (siempre), pero no siempre convence. Lo mismo puede decirse de las propuestas de A. Beck, «Zur Stellung des römischen Rechts in der Schweizerischen Universität», ahora en A.B., *Itinera iuris*, Bern 1980, pp. 337 ss.

9. Otra respuesta a la misma pregunta

Para tratar de responderla, debo cambiar primero de registro. Hay muchas cosas por donde comenzar: el pasado, que yo también deberé frecuentar, no se me presenta como un terreno ya parcelado para su distribución. No está ya desmontado, ya preparado para poder, así, responder mejor a mis demandas. Es más bien un conjunto informe y caótico, tan lleno de incógnitas como lo estaba la vida que refleja. Obviamente, tal como fue se hurta a mi percepción. De hecho, incluso yo *sólo* lo veo cuando vuelve al ámbito de mis competencias y de mis intereses, sólo cuando estimula esa curiosidad específica que me incita a interrogarlo. Será, pues, decisivo formular correctamente mis preguntas, porque cuando lo haya hecho sabré también cómo seleccionar la información y cómo definir las fuentes.

Si, convencido de la bondad de estas directrices, me pongo a trabajar, parto del presente y me vuelvo para escudriñar el pasado, incluso yo lo hago para comprender qué estoy viviendo. Es, pues, un motivo concreto, mío y actual, el que me determina, el que justifica mi interés. Pero esto no me libera de la obligación de luchar contra expectativas demasiado concretas y evitar preguntas sugerentes. Menos aún me concede el derecho a obtener siempre respuestas claras, apodícticas y tajantes. El eje de mis intereses lo constituye la historia del derecho vigente, de la que ignoro hasta ahora cómo se articula, quién la ha trabajado generalmente y qué controversias la recorren; *no* lo es la certeza indiscutible de que la dogmática actual hunde sus raíces en la antigüedad. Huyo de esta dogmática retrospectiva⁶⁴, no tolero que oriente mi investigación, ni que me sugiera cómo moverme, anticipando el resultado de mi indagación⁶⁵, aparte de que no podría convivir con una expectativa tan agobiante.

Quien inspecciona el pasado movido por intenciones como las mías, escoge y transcribe sus hallazgos con amplitud de miras, aspirando a comprender y a describir la historia, que desemboca en el derecho vigente y que, por definición, no refleja jamás una evolución ininterrumpida y lineal y recoge con minuciosidad incluso los hallazgos de menor valor; es decir, las informaciones sobre todo lo que, a lo largo del camino, fue eliminado, desplazado y olvidado. Lo que se descubre de este modo es el mundo de las cosas no realizadas, inacabadas y abandonadas, de las «pérdidas» por así decirlo. Su inteligencia es inestimable, porque permite redefinir el perímetro del derecho vigente. Nos muestra que

64 H. Mitteis, *Lebenswert*, p. 44.

65 Así, por ejemplo, M. Bretone, «Fra “storia dei dogmi” e storia sociale», ahora en *Diritto e tempo*, pp. 173-175.

el presente no es sólo el resultado de iniciativas elaboradas y realizadas sino también de renunciadas, derrotas, negativas y exclusiones que, al no tenerlas en cuenta, hacen que nuestra reconstrucción histórica se torne débil y falsa. Ésta es una experiencia confirmada también por la vida cotidiana: las calles sin pavimentar, las miradas no comprendidas y las voces no escuchadas, «what might have been»⁶⁶. ¿Quién puede negar que estos episodios han «condicionado», de un modo u otro, nuestro presente? Un presente que habría sido distinto de haber pavimentado aquellas calles, comprendido aquellas miradas y escuchado aquellas voces.

Intento ahora resumir. Puesto que –como ya hemos podido comprobar– los mensajes jurídicos remitidos llegan tal vez con mala salud, mutilados y sin vigor, doy la vuelta. Vuelvo sobre mis pasos, recorro hacia atrás el camino que confluye con el presente, con la esperanza de recuperar todo lo que me permita luego reconstruir el contenido original y descifrar su significado actual. Es decir, vuelvo a recorrer el curso del río, viajo –imitando al río Alfeo– bajo la bandera de una *abstracción regresiva*⁶⁷, lo que me permite recuperar, a lo largo del camino, todas las «cosas» (podríamos llamarlas detritus aluviales) que la crecida del río, primero, ha arrastrado y, luego, ha abandonado desordenadamente en sus orillas: troncos arrancados, botellas vacías, esqueletos de animales (búfalos indios o cabras alpinas, según la región), botas militares gastadas y descoloridas (pero con algún clavo oxidado, a decir verdad a pesar del reglamento del servicio), allí en el fondo una lata con el letrero «Aceite de oliva Dante, 1919». Así es; la historia es quizá *este* vagabundeo prosaico, esta desencantada y confusa percepción de las cosas perdidas, un encuentro con todo lo que, a lo largo del camino, fue eliminado, apartado y abandonado; pero debería precisar: el encuentro con un mundo excluido no por casualidad, o por error, sino de forma totalmente intencionada. Sólo ahora me doy cuenta de que sólo podré entender los mensajes llegados finalmente a su destino cuando sepa por qué se han liberado –conscientemente– de parte de su «carga» durante el camino. Las conquistas de las que se jacta el presente suelen ser el revés de pérdidas históricas. A un siglo tan trágicamente rico en conquistas y tragedias como el recién concluido, estas verdades no le resultan desconocidas.

66 «Lo que podría haber sido»: T.S. Eliot, *Four Quartets*, Burnt Norton, I. Acerca de lo que se recupera de este modo, véase P. Caroni, «Il commiato fransciniano di Virgilio Gilardoni», *Archivio storico ticinese* 28 (1991), pp. 41 ss. y especialmente 62 y 67.

67 P. Caroni, *Saggi*, pp. 129-130, 151 ss.

10. *Descubrir un nuevo paisaje*

Entre todos estos argumentos, y fortificado por muchas experiencias personales, reafirmo la ineludible dependencia del derecho vigente respecto al pasado. Puedo hacerlo ahora, con el alma ligera, sin que necesariamente derive de ello la teoría de la continuidad. Un rápido vistazo inicial muestra, de hecho, que el itinerario que desemboca en el derecho vigente no se asemeja a esa línea recta, continua, lógica y esencial, que recuerdan con agrado los dogmáticos porque se nutren de ella y les avala⁶⁸. Está más bien constelado de interrupciones, desviaciones, recaídas y contragolpes. No destaca fácilmente, y en realidad se impone a los recorridos alternativos –quizá propuestos desde hacía tiempo y largamente discutidos– sólo *in extremis*, cuando es explícitamente preferido a éstos; no tanto a causa de su supremacía dogmática, cuanto de razones de naturaleza jurídico-política, porque en la despiadada controversia social se suele afirmar la solución que mejor corresponde a los deseos *del grupo* que puede permitirse elaborar e imponer las nuevas reglas del juego jurídico. Así pues, no puede asombrar que el itinerario aquí recordado atravesase páramos hasta ahora desconocidos o poco utilizados, que suscite cuestiones y toque temas raras veces fundamentales para el jurista⁶⁹. Baste con pensar en lo que pudo significar la recuperación del interior de la sociedad en el que germinó el derecho vigente. Permitted clarificar el impacto de las normas jurídicas sobre el equilibrio y las prácticas sociales, con resultados –también hay que decirlo– que condenan sin apelación la euforia: desde la ingenua exuberancia (por no decir atrevimiento) del idealista, al frenesí positivista de muchos legisladores. El derecho está casi totalmente ausente de las fracturas que nos descubre esta recuperación y que permiten analizar con detalle la evolución social. Cuando finalmente reaparece, habla en voz baja. Bien mirado, es una presencia débil e incolora.

Son múltiples las causas de este decepcionante balance, que sorprende y desanima sólo a los juristas poco dispuestos a reflexionar sobre el papel social que implícitamente se les atribuye y que, por ello, representan a menudo inconscientemente. La primera se refiere al desencanto que provoca el historificar los dogmas. En efecto, centra la atención sobre su elaboración lenta y frecuentemente controvertida, y muestra el peso –tal vez determinante– que tuvieron en ella los argumentos económicos, sociales y políticos, ajenos pues a la fría lógica

68 Razón por la que es oportuno distinguir entre las certezas difundidas por el historicismo y las puestas de manifiesto por la historicidad, como hace, por ejemplo, J. Llopart, *Geschichtlichkeit*, p. 23.

69 D. Schindler, *Verfassungsrecht und soziale Struktur*, Zürich 1932, pp. 60-61.

jurídica. Descubre que la inmovilidad espectral y la neutralidad de los dogmas jurídicos, que los juristas defienden como una ciudadela, tienen en realidad valor ideológico, legítimo por sí mismo a condición de reconocer su parcialidad y su sectorialidad y de tenerlo en cuenta al interpretar las normas legales. Ya Luigi Raggi había intuido (y alabado), con una notable amplitud de miras, «el daño que la investigación histórica infiere a la tranquila inmovilidad de los resultados dogmáticos»⁷⁰.

Pero la historia no se contenta con hacer vacilar la primacía de los dogmas. En realidad busca otra cosa: redefinir la posición del derecho en la sociedad concreta que debe regular; una posición que los juristas consideran no sólo importante, sino literalmente constitutiva, pero de la que reniega de forma clamorosa el análisis histórico porque nos exhorta a argumentar sobre hechos que remiten a otras prioridades. He aquí algunos de ellos.

– Hoy día, el derecho se camufla cada vez más. Se hurta al monopolio de los juristas. Donde no puede ser impuesto por la fuerza, se desvincula de su presa y es gestionado por otras instancias. Así, se reivindican e incluso se consolidan derechos a determinados «bienes» que exceden totalmente del campo jurídico, como por ejemplo el derecho a la felicidad o a la riqueza, por citar casos universalmente conocidos.

– El derecho nunca ha sido la única estrategia para la prevención y el control social, es decir para la regulación de la sociedad; fue determinante sólo de forma esporádica. Recientes y conocidísimas investigaciones antropológicas, folklóricas, o de psicología social lo han demostrado con claridad meridiana, y han desvelado aspectos hasta ahora desconocidos y, en cierto sentido, incluso desconcertantes⁷¹. Por lo demás, también hoy en día son múltiples las estrategias para la coerción y el control social y que, por lo tanto, regulan la represión; sostenida por el derecho sólo hay una.

– Aun «leído» en el fondo de su historia, el derecho aparece inmediatamente como el producto de una sociedad conflictiva. Sus reglas nacieron siempre

70 Así L. Raggi, *Scritti*, pp. 113. Esta certeza es compartida por historiadores cercanos a «filosofías» muy diferentes, como lo demuestra este primer elenco: H. Mitteis, *Lebenswert*, pp. 78, 131; P. Barcellona, «L'educazione del giurista», en P. Barcellona/D. Hart/U. Mückenberger, *L'educazione del giurista. Capitalismo dei monopoli e cultura giuridica*, Bari 1973, pp. 9 ss., 62; L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, pp. 3 ss., 29; J.-F. Poudret, «L'histoire, laboratoire du juriste», en AA.VV., *L'homme face à son histoire*, Lausanne 1983, pp. 105 ss., 110; J. Gaudemet, *Les disciplines historiques*, p. 72; F. Cancelli en AA. VV., *Il diritto romano*, p. VIII.

71 Los primeros comentarios al respecto, en P. Caroni, *Rechtseinheit*, pp. 55-56; P. Barcellona, *Diritto privato e processo economico*, Napoli 1973, pp. 6 ss., 10-17; P. Barcellona/G. Cotturri, *Stato e giuristi*, pp. 55-59.

como consecuencia de enfrentamientos de naturaleza política, social y económica aunque las etiquetas usadas para darles nombre (convención, compromiso, concordato, contrato, acuerdo, decisión de la mayoría, etc.) oculten a menudo este origen. Lógicamente, correspondían más a los intereses de los vencedores (de la mayoría) que a los de los vencidos (es decir, de la minoría). Esto, obviamente, sirve también para el derecho privado. Le gusta especialmente esconderse tras la fachada de la imparcialidad. Pero no es neutral. La reconstrucción histórica revela el *iter* de su elaboración y manifiesta despiadadamente los cortes y las pérdidas infligidas por la abstracción, como si fuesen claros gigantescos. Incluso al observador apresurado no se le debe, no se le puede escapar todo lo que ocurrió: el derecho privado burgués se liberó, de forma cada vez más sistemática, de subordinaciones y dependencias, embarazosas (pero utilísimas). Las apartó sin suprimirlas; simplemente las desplazó, situándolas al margen, por ejemplo en la economía⁷². En el fondo, podremos afirmar que la abstracción sólo las ha escondido, las ha vuelto invisibles, como esos inolvidables «hilos» que ligan todavía al operario con su patrono⁷³.

Podemos deducir de ello ulteriores enseñanzas. *Primero*: que quien se propone comprender lo que de verdad el derecho vigente quiere, permite e impone, debería moverse, *no* a partir de la formulación abstracta de la norma, sino a partir del interior de la sociedad. Será posiblemente, si se quiere, la «puerta de servicio», pero permite irrumpir sin demasiados rodeos en el corazón de la realidad⁷⁴. *Segundo*: la intensidad de la historificación es directamente proporcional a la de la abstracción. Todo lo que una esconde y luego niega es recuperado meticulosamente por la otra y remitido a quienes se disponen a interpretar y aplicar el derecho vigente⁷⁵.

– Finalmente, parece recomendable no ilusionarse ni siquiera con la capacidad de ruptura (o incluso solamente de innovación) del derecho. La certeza de muchos, y no los peores, de que al derecho le resultaba fácil componer conflictos sociales, y de que estaba predestinado a propiciar los cambios que la evolución

72 P. Caroni, «Kathedersozialismus an der juristischen Fakultät (1870-1910)», en AA. VV., *Hochschulgeschichte Berns 1528-1984*, Bern 1984, pp. 203 ss., especialmente p. 207 (notas 55 y 56 sobre H.v. Scheel) y p. 224 (nota 263 sobre N. Reichesberg). Todas éstas cosas fueron intuidas, en el mismo periodo, en todas partes: véase, por ejemplo, P. Ellero, *La tirannide borghese* (1879), Milano 1978, p. 61 (la cita en P. Caroni, *Saggi*, p. 151).

73 K. Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*, Band I, Berlin 1968, p. 599. Sobre este punto, véase U. Cerroni, *La libertà dei moderni*, Bari 1973, pp. 87-92.

74 G. Cotturri, *Diritto eguale e società di classi. Per una critica dei manuali tradizionali*, Bari 1972, pp. 16-17.

75 G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 49 ss.; G. Dilcher, *Beitrag*, pp. 266-268.

social imponía, fue siempre amargamente desmentida por los hechos⁷⁶, lo que hace aconsejable al jurista de hoy reorganizar (o en todo caso moderar) sus propias ambiciones y no olvidar la máxima de oro hegeliana: «la lechuza de Minerva inicia su vuelo al crepúsculo»⁷⁷. Pero se podría también alcanzar la quintaesencia de este mensaje con fórmulas más corrientes y más desencantadas, quizá afirmando (o sólo recordando) que el derecho, generalmente, no precede, ni se anticipa, sino que sigue a la evolución social; semejante en esto al visitante nocturno, su cometido es más modesto. Ignorando los preparativos y alejado de las tensiones del día, sella solemnemente un periplo que no ha compartido desde el comienzo. Por este motivo, y con buenos argumentos, se pudo afirmar que no tiene una historia propia⁷⁸.

¿Cómo resumir el mensaje que estas situaciones ponen al descubierto? Admitiendo, por ejemplo, con más o menos desaliento, que el jurista apenas ve la realidad social en la que germina el derecho y sobre la que incide, con mejor o peor fortuna; ya sea porque, desde su óptica, hay poco que ver, ya sea porque, incluso de este poco, no quiere verlo todo. Pero ésta es la verdad que, de buena gana, se omite o se olvida, o mejor aún, que suele discutirse y rechazarse a la vez gracias a la misma historia de la que es el resultado final. ¿Por qué? Porque enmascara el poder que reivindica el jurista⁷⁹, haciéndolo aparecer como lo que frecuentemente es: se basa en pretextos y carece, por ello, de justificación.

11. *Unos lentes sin los cuales resulta difícil leer*

Ya es tiempo de concluir y de sacar fruto de algunas enseñanzas, idóneas, si no para perturbar nuestras discusiones, al menos para contribuir con orden y rigor al debate sobre la reforma de la regulación de los estudios. A lo largo del camino, nos ha sido fácil reconocer que la historicidad –tal y como ha sido definida en concreto– es inherente a la estructura del derecho, y que, por ello, éste *sólo* nos resulta perceptible en su temporalidad. De lo que se deduce que una aproximación histórica al estudio del derecho vigente no sólo es deseable

76 W. Sombart, *Die deutsche Volkswirtschaft im 19. Jahrhundert*, Berlin 1903, p. 140.

77 «La nottola di Minerva inizia il suo volo soltanto sul far del crepuscolo», según la espléndida traducción de G. Marini (G.W.F. Hegel, *Lineamenti di filosofia del diritto* [1821], «Prefazione», Roma/Bari 1987, p. 17).

78 K. Marx/F. Engels, *Die deutsche Ideologie*, en K. Marx/F. Engels, *Werke*, III, Berlin 1969, p. 63.

79 Es difícil no estar de acuerdo con las páginas, trágicas y fascinantes, de P. Noll, *Diktate über Sterben und Tod*, Zürich 1984, *passim*, por ejemplo p. 22.

o útil, sino inevitable, porque es también la única que le permite al jurista descubrir su «valor» exacto, es decir, el espacio concreto ocupado y gestionado por la norma jurídica en la realidad social. Desde luego, sin haber medido este espacio es más difícil (cuando no imposible) interpretar de modo responsable y correcto el derecho vigente⁸⁰. Precisamente en esto se manifiesta la *otra* evidencia de la historia, aunque latente no menos imperativa. Quien no lo tenga en cuenta debidamente, encontrarán superfluo cualquier otro argumento sobre lo deseable y sobre la utilidad (más o menos práctica) de la disciplina histórica. En cambio, quien no comparta este punto de vista, seguirá haciendo preguntas, tamizando el terreno para descubrir oportunidades, siempre nuevas, de serle útil a los «señores del derecho» vigente⁸¹. Desde este punto de vista, es apreciable la distancia que permite a cada historiador medir de forma diferente (y muchas veces relativizar) el alcance de los acontecimientos⁸², lo que favorece también una lectura crítica del derecho positivo⁸³. Por no hablar de los romanistas, que añoran todavía el mundo de la precodificación y que no han metabolizado aún su espanto al ser historicado el derecho romano. Curiosamente, miran de reojo a los cultivadores del derecho vigente. Tratan así de recuperar el terreno perdido, incubando cada vez con mayor intensidad la esperanza de que el derecho clásico vuelva a ser el clásico modelo, para aconsejárselo, por ejemplo, a quienes se dedican a la unificación del derecho privado europeo⁸⁴.

80 Véase, al respecto, G. Dilcher, *Beitrag*: recomienda tener en cuenta el sustrato histórico del contencioso jurídico presente, porque favorece la percepción de la complejidad de las situaciones concretas (p. 268) y, de este modo, permite un conocimiento más profundo (pp. 272 ss., 275, 281, 282). Análogos argumentos en D. Grimm, *Recht und Staat*, p. 400.

81 Como se lee en el título de la versión italiana de la obra de R.C.v. Caenegem, *Judges, Legislators and Professors*, Cambridge 1987 (*I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, Milano 1991). Después, en relación con las nuevas oportunidades, véase D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 16 ss.

82 Pero sobre este punto, la unanimidad de los historiadores se puede dar prácticamente por descontado. Véase, por ejemplo, H. Mitteis, *Lebenswert*, p. 79; J.-F. Poudret, *L'histoire, laboratoire du juriste*, pp. 107-109; J. Gaudemet, *Les disciplines historiques*, p. 73; P. Perlingieri, en AA. VV., *Il diritto romano*, pp. 131-132.

83 D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, p. 23; C. Schott, «Die Rechtsgeschichte. Restposten eines verstaubten Bildungsideals», en *Plädoyer* 8, 1990, fascículo N. 4, pp. 30-31 (punto de vista saludablemente confirmado, de nuevo, en *Neue Zürcher Zeitung* de 12 de febrero de 1992); E. Resta, «Mutamenti sociali e riflessione giuridica», en N. Lipari (ed.), *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*, Roma/Bari 1974, pp. 777 ss., 793, 800, 812; M. Senn, «Stand und Zweck der neueren Grundlagendiskussion in der Rechtsgeschichtswissenschaft», *ZNR* 15 (1993), pp. 66 ss., 77.

84 Desean esta revalorización del modelo histórico muchas de las intervenciones en AA. VV., *Il diritto romano*, pp. 47, 85, 87, 118-119. Una revalorización en la que cree R. Zimmermann,

Estas propuestas –como aún veremos– no hacen avanzar mucho el discurso, como, por lo demás, cualquier estrategia debida a la idea de que la historia es siempre algo útil que vale la pena reconocer, aceptar y utilizar⁸⁵. Por desgracia, la experiencia de estos últimos años demuestra que ninguna de estas razones (mejores o peores) convence a nuestros enérgicos interlocutores, ni sirve para «salvar» la disciplina. Finalmente, debería dar cabida a la evidencia de la historicidad: contra ella nadie podrá rebelarse. Ningún argumento, ni teórico ni práctico, podrá discutirla, vencerla o destronarla; menos aún podrá ocultarla el arte del olvido que practicamos con obstinación, si acaso fuera cierto que «por suerte, el pasado nunca muere del todo para el hombre. El hombre puede olvidarlo, pero lo guarda siempre dentro de sí»⁸⁶.

De ahí que el derecho sea enseñado, siempre y dondequiera, como lo exige su temporalidad. Confortado con esta certeza, he propuesto un itinerario concreto, en cuyo límite aparece la historia del derecho como la única disciplina literalmente *indiscutible*. ¿Por qué? Porque mientras los continuos cambios de las coordenadas sociales, económicas y políticas pueden repercutir en el elenco de las materias y provocar su revisión parcial, para dar cabida a nuevos cursos y suprimir otros, caídos en desuso para siempre, el valor de la disciplina histórica permanece sin embargo inalterado. Sobrevive fácilmente a cambios y mudanzas, dado que el nuevo derecho también estará determinado estructuralmente por la historicidad, exactamente igual que el ya extinguido; con evidentes analogías, también aquí, con cuanto vivimos y experimentamos a diario. Quien no puede leer sin lentes, debe recurrir *siempre* a ellos. *Siempre* significa: prescindiendo del contenido del mensaje escrito, tanto para leer la *Summa* de santo Tomás de Aquino como las *Storie del Signor Veneranda*.

quien se las ingenia, sin descanso, para conseguirla, *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 8-20, razón por la que deberemos volver a ocuparnos de él, véase *infra* pp. 91 ss., 107, 195, 205. Entretanto, también será bueno no olvidar que ya los gigantes de la romanística del siglo XIX, de cuyas espaldas tratan de no caerse, miraban en la misma dirección, aunque partiendo de situaciones muy diferentes: F.C.v. Savigny, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 2ª ed., vol. I, Heidelberg 1834, pp. 182-183; T. Mommsen, *Juristische Schriften*, III, pp. 591 ss., 596, 598.

85 G. Dilcher, *Beitrag*, p. 283.

86 N.D. Fustel de Coulanges, *La cité antique. Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, sixième édition, Paris 1876, p. 5. Me agrada leer este fragmento junto con el –coetáneo– de F. Nietzsche, *Considerazioni inattuali* (1873-1875), Torino 1981, p. 81: «El hombre le preguntó una vez al animal: ¿por qué no me hablas de tu felicidad y sólo me miras? El animal, por su parte, quería responder y decir: porque olvido pronto lo que quería decir –pero pronto olvidó también esta respuesta, y calló–; el hombre quedó asombrado por ello. Pero se asombró también de sí mismo por no poder aprender a olvidar y por estar continuamente atado al pasado: por muy lejos, por muy rápido que corra, corre con él la cadena».

No hay que excluir que una presencia tan embarazosa e inamovible de la historia pueda molestar, ocasionalmente, y ser recibida como un trámite inoportuno o arrogante. Florecen entonces expresiones de malhumor y de condena que son comprensibles. Una lectura histórica que se esfuerza por «leer» el pasado de un modo *no* lineal sino *dialéctico* provoca críticas que se pueden intuir: por ejemplo, la que destruye la confianza en los fundamentos del derecho vigente, siembra dudas y desestabiliza, por lo que estaría contraindicada desde el punto de vista pedagógico. Esta crítica, que se toma en serio, parte de una premisa implícita: que la historia es *siempre*, por sí misma –es decir, prescindiendo del contenido específico del pasado que trata de describir–, idónea tanto para consolar, como para corresponder al deseo ardiente de cada uno de nosotros de vivir en un mundo sereno, seguro y ordenado. Sólo dando por supuesta esta premisa parece lícito esperar de la historia el consuelo del que se ha hablado. Pero para conseguirlo, en realidad se reescribe cuidando de borrar todo lo que podría interrumpir e impedir la linealidad del relato. Pero una historia que, para empezar, suprime lo que no le conviene porque obstaculiza aspiraciones concretas y contradice certezas consideradas sacrosantas e intocables, es realmente una caricatura que no merece nuestra atención. Y, en el ámbito didáctico, se muestra enseguida como una pretensión vergonzosa e irresponsable, porque en lugar de rendirse a la inevitable historicidad del derecho, la niega. La confianza que debería infundir disiente de la conflictividad del pasado. Si la certeza, la serenidad y la armonía de un asalto histórico se obtienen con el acompañamiento de la ignorancia, los falseamientos y la alteración de la realidad ¿qué valor tienen? Son aparentes, luego frágiles.

Una nueva interpretación histórica que, analizando atentamente el origen de las normas jurídicas y sin reducir de antemano el valor de los componentes sociales y políticos, discuta implícitamente el mito de la neutralidad del derecho, destruirá necesariamente las ilusiones y las esperanzas que este mito difunde. No es fácil soportarla, porque desnuda y carga de responsabilidad, impone la elección del campo de juego, promueve posturas críticas e impulsos de reforma. ¿Pero no es acaso más sincera que la repetición cansina y automática de falsas verdades, destinadas a homologar lo que está vigente⁸⁷? ¿Y no sería, precisamente por este motivo, una recomendable introducción al mundo del derecho positivo?

87 Sarcástico, pero indiscutible, R. Sánchez Ferlosio, *La freccia nell'arco*, Milano 1992, p. 92: «A fin de cuentas, me parece que toda forma 'diacrónica' de legitimación de un *statu quo* determinado, de una legitimación, pues, olímpicamente indiferente ante el aspecto cruento y repugnante que este *statu quo* pueda mostrar en su vertiente sincrónica, equivale a la exhumación de documentos histórico-jurídicos para fundamentar el derecho existente, cualquiera que sea».

12. *Conclusión*

Si, arribado ya al puerto, trato de reflexionar sobre el modo –arreatador pero silencioso– en que la historia irrumpe, inevitablemente, en nuestras existencias, en las de quienes manejamos cotidianamente «cosas» jurídicas, pienso instintivamente en las sombras que, al anochecer se alargan y luego, de repente, oscurecen todo el paisaje. Esta imagen me seduce, no puedo negarlo, quizá porque he crecido en una ciudad en la que anochece pronto y repentinamente. Estaba rodeada de altas montañas que impedían un ocaso más apacible⁸⁸. Desde aquel tiempo, remoto pero desde luego inolvidable –porque el recuerdo de mi ciudad me asechaba como cercaba el de Alejandría al poeta⁸⁹– sé que no conseguiremos frenar las sombras para no ser engullidos, antes o después. Exactamente así, de modo inevitable, «entra» la historia en la vida del derecho. Marca sus tiempos, orienta sus direcciones y estructura sus estrategias. Es inútil esperar cualquier otra cosa. Y sería irresponsable enseñar otra cosa.

88 Stefano Franscini, el político más importante crecido en tierras tesineses, la describió así en 1837: «Un villorrio flanqueado por montañas sobre las que se exhiben haces de roca desnuda» (S. Franscini, *Epistolario*, R. Ceschi/M. Marcacci/F. Mena [eds.], Bellinzona 2007, I, p. 131).

89 C.P. Cavafis, «La ciudad», en *Antología poética*, P. Bádenas (ed.), Madrid 2003, p. 29.

EL NAUFRAGIO DE LA HISTORICIDAD
Reflexiones sobre el neopandectismo

Storia di popoli, dunque, non storia del diritto romano: come la vita mia è storia mia, e non storia di mio padre, anche se a mio padre io devo la vita.

F. Calasso,
Storicità del diritto, 1966, p. 225.

1. *Un deseo y su descubrimiento*

Ahora, pasado el tiempo y desde fuera, resulta difícil aclarar *quod erat in principio*: si el deseo incontenible y aparentemente general de los historiadores del derecho de recuperar la credibilidad ante los cultivadores del derecho vigente, proponiéndose como interlocutores creíbles; o el descubrimiento de que un (probable o imaginario) fragmento de nuestro pasado pudiera alzarse –oportunamente reinterpretado– como modelo del futuro derecho privado europeo. Si me inclino finalmente por la primera de estas alternativas es porque sigo afirmando que los descubrimientos son frutos poco comunes en este caso. ¿Por qué no admitir, entonces, que es precisamente el deseo de los historiadores del derecho de apartarse definitivamente del enfoque anticuario (o neohumanista, como se decía hace algunos decenios) –para contribuir *útilmente* a la enseñanza académica, subrayando

así el enfoque cognoscitivo de la visión histórica del derecho vigente¹— el que ha facilitado el descubrimiento al que me refería? La renuncia definitiva al repliegue contemplativo e historicista² habría dado lugar de este modo a una investigación (más o menos excesiva y diferenciada) sobre la utilidad práctica³. Y ésta, a su vez, se habría visto coronada por el descubrimiento de una gran «provocación» (como les gusta decir a los protagonistas de la historia que aquí se trata de resumir) nueva e irresistible.

Hay que añadir inmediatamente que no se trata de una cuestión marginal, ni para los historiadores del derecho que se implican en ella, ni para el destino del futuro derecho privado unificado. La prueba es la aparición, cada vez más activa, consciente y casi amenazadora, de una nueva corriente científica, si se quiere de una nueva «escuela» con sus maestros, sus revistas y sus ritos y, cada vez en mayor medida, también con sus cátedras; una corriente que polariza, inevitablemente: seduce con facilidad a unos, prometiéndoles un futuro, como poco, radiante, y despierta perplejidad en otros. Si me sitúo entre estos últimos, es porque muchas de las opciones de esta nueva corriente, que actúa con preferencia sobre las fuentes del derecho romano y que, por ello —con razón o sin ella—, considero *neopandectística*⁴, no me convencen. Reflexiono aquí para refutar estas opciones. Lo que

1 Es decir, confirmando «den Erkenntniswert rechtshistorischer Forschung für das gegenwärtige Recht» [la investigación iushistórica por su valor para conocer el derecho del presente], como propone R. Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 62.

2 Es decir, literalmente, «die Abkehr von der ebenso prononcierten wie einseitigen Historisierung der Rechtsgeschichte» [el abandono de la tan pronunciada como parcial historificación de la historia del derecho] (R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 8). Pero, poco antes, en otro contexto, el autor fue más prudente y se contentó con hablar sólo de una «scheinbar endgültigen Historisierung des römischen Rechts als Folge der Kodifikation des deutschen Rechts» [aparentemente definitiva historificación del derecho romano como consecuencia de la codificación del derecho alemán] (Íd., *Das römisch-holländische Recht*, p. 837).

3 *Supra*, pp. 84-85.

4 Llamo así a la nueva corriente sólo tras haber leído, con gran interés, muchos escritos recientes de R. Zimmermann, que pueden ser fascinantes y que considero ejemplares por la amplitud de la perspectiva elegida, por la claridad incluso terminológica y también por la elegancia de su formulación. Pero su autor sabe —como muy tarde, desde octubre de 1992, cuando intervine, entre los últimos, en la larguísima y eufórica discusión que siguió a su espléndida conferencia en Colonia, expresando incredulidad y desacuerdo y atrayendo sobre mí de tal modo, si no el *odium*, sí el sarcasmo de muchos romanistas presentes— que sus teorías, desgraciadamente, no coinciden con las mías, antes bien, me irritan, y que sólo circunstancias externas e imprevisibles me obligan aquí a debatir sobre ellas, desgraciadamente a distancia. Y ello, para reivindicar no sólo la posibilidad de pensar, sino también de conocer *otra* historia del derecho privado, no asfixiada de antemano por las coordenadas (y también por las expectativas) iusromanistas, frente a las cuales otros autores tampoco esconden sus reservas y sus muchas reticencias: R. Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, pp. 35-36; Íd., *Un nouveau domaine de recherche*, pp. 34-35; Íd.,

no me impide, sin embargo, reconocer la seriedad y la coherencia científica de muchas de las investigaciones propiciadas por esta nueva «escuela», ni adherirme a algunas de sus conclusiones⁵.

2. *Recepción y continuidad*

Europa y el derecho romano; o bien la contribución decisiva del derecho común a la formación de la cultura jurídica europea. El tema es de todo, menos nuevo. Partamos de las lecciones londinenses de Paul Vinogradoff de 1909⁶, que atrajo a numerosos y valiosos historiadores del derecho activos en diferentes países. Unos pocos nombres bastan para definir una tradición, como poco, gloriosa: Leopold Wenger, Paul Koschaker, Franz Wieacker, Erich Genzmer, Francesco Calasso y Riccardo Orestano. Pero mientras las investigaciones de estos grandes autores –como asimismo las de sus numerosos discípulos– se contentaban con reconocer que la tradición romanística había superado indemne el paso de los siglos y estaba aún presente, aunque bajo modalidades variables y diferentes, en el derecho privado de cada uno de los países europeos, hoy los neopandectistas tienen mayores ambiciones. No se contentan con esta simple comprobación, y reclaman en voz alta un recurso más frecuente a las fuentes del derecho romano para «poner de manifiesto los fundamentos sistemáticos, conceptuales, dogmáticos e ideológicos de nuestro derecho europeo»⁷. Es decir, a partir de las fuentes, intentan poner de relieve una tradición unificadora, que habrá de servir precisamente de referencia a los juristas designados para trazar las líneas de derecho privado comunitario

Gemeineuropäisches Privatrecht, pp. 82-83, 92-93; F. Ranieri, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, pp. 89-101, especialmente 100; J. Rückert, «Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung», *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 122-144; D. Simon, *ibid.*, pp. 574-579; M.-F. Renoux-Zagamé, «Le droit commun européen entre histoire et raison», *Droits* 14 (1991), pp. 27 ss.; L. Mayali, «Mythes et réalité de la renaissance juridique au douzième siècle», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. Ius proprium – Ius commune a Europa*, Actes del IIIer Simposi Internacional, Barcelona 5-7 de noviembre 1992, Barcelona 1993, pp. 187-202, especialmente 188 ss.; M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*, pp. 23-24.

5 Por ejemplo, a la teoría que hoy ha vuelto a aproximar las dos parábolas, *antaoño* separadas y autónomas, trazadas por el *ius commune* continental y el *common law* insular. Véase, sobre esta cuestión, R. Zimmermann, *Usus hodiernus pandectarum*, pp. 73-79; *Íd.*, *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 15-18; *Íd.*, «*Heard melodies are sweet*», pp. 169 ss.

6 P. Vinogradoff, *Roman Law in mediaeval Europe*, London 1909, enseguida traducido al italiano por S. Riccobono (*Diritto romano nell'Europa medioevale*, 1914; 2.^a 1950). Son conocidísimas e inolvidables, a este respecto, las observaciones críticas de F. Calasso, *Storicità del diritto*, pp. 211 ss., 216, 234 ss., 263 ss., 329-330.

7 R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», pp. 171-172.

estable⁸. La perspectiva así recordada es obvia y concreta: es la del nuevo derecho privado que ha de elaborarse y sancionarse en el seno de la comunidad europea⁹. La apuesta es, por lo tanto, muy alta, tanto como pueda serlo una porción de futuro que nadie abandonaría voluntariamente de forma eventual –de no ser constreñido a ello–.

Pueden intuirse las certezas a las que puede uno aferrarse para realizar este diseño: por un lado, las confirmadas por el origen histórico del enfoque *científico* y sapiencial proyectado sobre las fuentes del derecho vigente; por otro, las ligadas a la percepción de que este enfoque se ha asentado lentamente dondequiera de manera uniforme, ha caracterizado la evolución jurídica continental y ha permanecido sustancialmente intacto y en activo hasta nuestros días, a despecho de recaídas, interrupciones y resistencias locales. Mientras el origen histórico del punto de vista sapiencial se da por descontado, remitiendo al llamado «renacimiento del siglo XII»¹⁰, parece menos fácil demostrar cómo y mediante qué intuiciones y prácticas contrastadas inicialmente en el ámbito «boloñés» pudieron expandirse y asentarse después dondequiera de modo uniforme, convirtiéndose así en la clave de bóveda de la cultura jurídica europea. Para encontrar la solución, los neopandectistas (y no sólo ellos) recurren tácitamente a dos teorías que los historiadores del derecho hace tiempo que no discuten, porque, literalmente, las adoran: la de la recepción y (en relación con ella) la de la continuidad. La primera señala las vías que permitieron al método boloñés expandirse y asentarse dondequiera; la segunda explica por qué dicho método, una vez adoptado, fue respetado sin discusión hasta finales del siglo XIX.

Como no condeno explícitamente esta estrategia, no discuto los argumentos para justificarla. Pero tampoco puedo callar que no me parece que tenga un buen pronóstico este recurso, tan apresurado e impreciso, a teorías que la actual crítica hermenéutica nos ha enseñado a manejar con extrema cautela¹¹. A lo largo

8 R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», p. 172. En todo caso, será bueno no olvidar que la función unificadora e integradora –respectivamente– del derecho común y de su ciencia, no es un descubrimiento de la neopandectística. Ya había sido confirmada en el siglo XIX (véase *supra* p. 85, nota 84), y gustaron de recordarla también muchos romanistas de esa centuria. Lo demuestra, de modo excelente, el trabajo poco conocido de un intérprete original, que por ello cito con gusto, aun sintiéndome lejos de él: J. G. Lautner (1896-1972), *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, *passim*, especialmente pp. 4, 61 ss., 109 ss., 114, 126 ss.

9 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 8-9.

10 R. Zimmermann, *Usus modernus Pandectarum*, p. 70; Íd., *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 10-11.

11 Sobre el concepto (conocidamente controvertido) de recepción, reflexionan, desde perspectivas muy diversas e incluso contradictorias, por ejemplo: G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 5

del camino podremos darnos cuenta de que quienes confían tan precipitadamente en alucinaciones, hoy en día cada vez más discutibles, construyen en realidad sobre la arena.

3. *El pasado ¿prefiguración del presente?*

Todo historiador sabe, por experiencia propia, que el pasado no puede aprehenderse completa y objetivamente. Podemos percibir algunos fragmentos; sólo los que han sido capturados por las fuentes de las que disponemos y, luego, filtrados y seleccionados por nuestra precomprensión. Si intento razonar sobre un argumento histórico, inconscientemente lo «caronizo»: es decir, me detengo sólo en aquellos aspectos que mi subjetividad vislumbra, capta, aísla y organiza. El resto es suprimido o descartado, ya que no incide sobre el mensaje. Y todo ello ocurre, inevitablemente, sin implicar los méritos y las culpas de quien se pregunta sobre el pasado. Pero, precisamente por ello, incita a la prudencia: invita, primero, a seleccionar cuidadosamente las fuentes a las que remiten nuestros razonamientos; impone, luego, interpretarlas con perspicacia, incluso para evitar que la historia sea constreñida de modo innoble a apuntalar el orden constituido.

Naturalmente, estas máximas no excluyen que el pasado sea interpelado «concretamente», es decir en lo que concierne a un tema concreto, a la suerte de una institución, a la solución de un problema o a cualquier otra cosa. Porque, en realidad, lo interrogamos instigados *siempre* por interrogantes concretos. Pero también deberemos intentar hacerlo libres de prejuicios y sin abrigar expectativas demasiado atractivas.

No se atiene en cambio a estas directrices el historiador (o el jurista) que explora el pasado en busca de una confirmación, de la confirmación de un

ss.; G. Del Vecchio, «Sulla comunicabilità del diritto», en: *Studi sul diritto*, I, Milano 1958, pp. 55-70; M. Rheinstein, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, edición de R.v. Borries, München 1974, pp. 124-131; E.E. Hirsch, *Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge*, Berlin 1966, pp. 89-138; Íd., *Rezeption als sozialer Prozess*, Berlin 1981, *passim*; H. Scholler (ed.), *Die Einwirkung der Rezeption westlichen Rechts auf die sozialen Verhältnisse in der fernöstlichen Rechtskultur*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, volumen 158, Baden-Baden 1993; S. Schipani (ed.), «Giappone e diritto romano», *Index* 20 (1991), pp. 363-403. La teoría de la continuidad, que se considera con facilidad como una consecuencia de la recepción, ha provocado, por su parte, recelos y críticas. Véase, por ejemplo, L. Ratti, *Scritti*, pp. 37-39; L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, pp. 3-56, especialmente 23-26; M. Foucault, *L'archeologia del sapere*, Milano 1971, pp. 29-66; A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto*, pp. 20-24; Íd., *Alle origini del diritto borghese*, pp. 64 ss.

modelo en el que ya cree y de cuya excelencia (hoy se dice así) no duda, razón por la cual trata de garantizarle un futuro. En efecto, me parece que está encadenado a una expectativa demasiado concreta y segura, y por ello sólo «ve» lo que le sirve o le conviene; y asimismo, oculta automáticamente cuanto contradiga, relativice o parezca, en un primer momento, totalmente ajeno al objeto de la investigación. Podría decir que sólo le conciernen (y por eso los percibe) los fragmentos del pasado que prefiguran o anticipan un resultado ya ampliamente compartido¹². Así estimulado, Eugen Huber recorrió las tradiciones del derecho privado suizo, nacidas de modo manifiesto de un fuerte particularismo que buscaba desesperadamente una unidad embrionaria, para proponerla como programa frente a la del derecho uniforme que se estaba elaborando pacientemente¹³. Del mismo modo se comportan hoy los neopandectistas: tampoco ellos tienen ojos más que para las secuencias históricas que anticipan el futuro; no un futuro cualquiera, sino sólo el que predicen explícitamente. Por eso, parece lícito resumir afirmando que, en realidad, no interrogan el pasado, sino que prefieren reflejarse en él.

Afirmar que el pasado prefigura el presente, que representa un simple antecedente, puede ser razonable, discutible o evidentemente infundado. Todo depende de las respuestas difundidas, o incluso tan sólo planteadas, por esta afirmación, y, por ello, tanto de las certezas que desvela como de las que púdicamente niega o calla. Será útil, pues, inventariar y valorar todas estas presuntas certezas antes de emitir un juicio.

4. *El purismo jurídico y sus consecuencias*

La argumentación de los neopandectistas suscita a menudo discusiones y, ocasionalmente, puede también provocar enemistades, a causa de su rígido purismo: en efecto, ve el derecho como un producto autónomo, surgido de y animado por una dinámica *propia*, autónoma, que por ello no puede remitirse a un contexto cualquiera, ni siquiera al social. Quien, reforzado por estas certezas, se disponga a describir su evolución histórica, podrá hacerlo contentándose con someterse a la lógica de los conceptos. Cualquier otra valoración es superflua, cuando no perjudicial. Lo que resulta, al menos, opinable, porque si es cierto que el derecho

12 *Supra*, pp. 75 ss.

13 Así, al menos, en la lectura (discutible pero inteligente) de las obras de Huber, propuesta ahora por D. Maná, *Eugen Huber. Jurisconsulte charismatique*, Basel/Frankfurt a.M. 1990, *passim*. He formulado ciertas reservas en *Il mito svelato*, pp. 395 ss.

vive en lo social como pez en el agua (aunque ¿pensamos de verdad en estas cosas cuando repetimos *ubi ius, ibi societas?*), entonces es difícil comprender cómo se puede aclarar su significado y describir su evolución sin referirse a ello explícitamente; es decir, sin tener en cuenta todos los datos que revelan el valor social de una regla jurídica en el ámbito de una realidad histórica concreta. Incluso desde este punto de vista parecen elocuentes los ejemplos a los que ahora paso revista rápidamente.

a) La historia de los hechos económicos y la de la teoría económica, es decir de los hechos y las doctrinas que han condicionado con frecuencia las opciones jurídicas, está prácticamente ausente de las páginas de nuestros autores. «Prácticamente» significa: si se prescinde de cualquier (inevitable) referencia explícita a la Unión Europea (concebida inicialmente como espacio económico¹⁴) y de alguna remisión ocasional a la revolución industrial, cuyo alcance es, por otra parte, impreciso¹⁵.

Incluso yo sé, obviamente, que la relación entre derecho y economía fue a menudo, y aun recientemente, objeto de amplias y ásperas controversias. Evitarlas ignorando (o silenciando), simplemente, el impacto de la economía sobre el derecho puede ser una solución, es cierto. Pero se trata de una solución que no puede ser propuesta por quien sabe que, con frecuencia, son precisamente las realidades económicas las que explican el significado de la evolución de las reglas jurídicas, como lo demuestra, por ejemplo, el interés que siempre manifestó la burguesía (primero la agraria, luego la comercial y, finalmente, la industrial) por un derecho privado cortado a medida, es decir ajustado a sus propias estrategias y a sus propios programas económicos. Desde hace trescientos años, este interés mide el tiempo de la evolución jurídica, sobre todo la del derecho privado. Es su punto central, la explica y la justifica; al prevalecer sobre otros intereses sectoriales con las revoluciones burguesas, supera y abandona soluciones ya inadecuadas. Quien reflexiona sobre ello sigue con facilidad un itinerario muy frecuentado y descubre pronto su lógica. Pero los textos de nuestros autores no se preocupan de él, y aún menos cuando razonan sobre lo que ocurrió a comienzos del siglo XIX, es decir sobre la «nacionalización» del derecho. Prefieren prescindir, también en este caso, del punto de vista socioeconómico. Y, por ello, se limitan a ver en la transición a un sistema de derechos nacionales codificados tan sólo una etapa *enigmática*, e incluso *paradójica*, de la evolución jurídica; paradójica al menos respecto al hecho que tuvo lugar «precisamente en

14 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 8-9.

15 R. Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, pp. 20, 34, 36; A. Cavanna, *Storia dell'Europa e diritto*, p. 45.

el momento en el que –con la tradición iusnaturalista– se consolidó una teoría jurídica universal»¹⁶.

b) No es mayor la atención dedicada a la historia social en sentido lato, la que explica el origen, el desarrollo y la extinción de cada una de las instituciones jurídicas y de los sistemas que las regulan, no deduciéndolo lógicamente de indiscutibles principios dogmáticos, o esperando un nuevo renacimiento «mágico» (uno más entre los que pueblan el inquieto imaginario de los neopandectistas), sino analizando concretamente el resultado de los conflictos que siempre enfrentaron a los defensores de programas sociales diferentes (es decir, políticos, económicos y culturales), cuando no antagonicos.

Aquí, el ejemplo concreto lo ofrece la crisis del sistema de fuentes del derecho común, que en la segunda mitad del siglo XVIII fue manifiesta e imparable. Fue denunciada en casi todas partes por la ilustración jurídica: atizando el fuego, confirió una publicidad hasta entonces desconocida, y un carácter destructivo, a las razones teóricas y prácticas que sugerían poner fin a la experiencia de muchos siglos¹⁷; a una experiencia que, sin embargo, los neopandectistas alaban sin reservas, deseosos como están de volver a proponerla y de conferirle un nuevo brillo en el contexto europeo. Por eso pasan de puntillas sobre la crítica ilustrada que condenaba los múltiples problemas sociales provocados por el viejo sistema. Ante todo, parecen ignorar que en estas críticas comenzó a tomar cuerpo lentamente –como un limpio contrapunto– el sistema de fuentes sancionado por el ocaso del derecho común. Quien prefiere no ser consciente de nada de esto, o no lo tiene en cuenta pero propone, *sic et simpliciter*, la vuelta a lo antiguo, recuerda al avestruz, que mete la cabeza y el cuello en la arena para no darse cuenta de lo que sucede. ¿Qué valor se le puede otorgar, en un contexto marcado por tales «olvidos», a la acusación, que luego se dirigió contra la codificación, de haber devaluado la ciencia jurídica y de haber hecho de ella, de una experiencia europea, un asunto provinciano? Jhering, a quien remiten los neopandectistas con patética

16 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10.

17 G. D'Amelio, *Illuminismo e scienza del diritto in Italia*, Milano 1965, *passim*; V. Piano Mortari, *Tentativi di codificazione nel Granducato di Toscana nel secolo XVIII*, Napoli 1971, pp. 67 ss.; R. Bonini, *Giustiniano nella storia: il mito e la critica nel Settecento illuminista*, Bologna 1991; W. Wolodkiewicz, «Nota di lettura», en la edición de A.-J. Boucher d'Argis, *Le droit romain et la manière dont on l'enseigne en France*, Napoli 1983, pp. VII-XXXVII; Íd., «Nota di lettura», en la edición de *Le droit romain et l'Encyclopédie*, 31 Articles, Napoli 1986, pp. VII-XLVII. Pero hay que señalar que nunca como en este caso fue tan grande el peligro de leer las críticas y las reivindicaciones de los ilustrados sin tener en cuenta el contexto histórico, confiriéndoles así un valor que no tuvieron realmente. Lo ha recordado recientemente M. Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione*, p. 72.

complacencia, la formuló inicialmente en 1852¹⁸, pero partía de otras premisas y perseguía, desde luego, otras interpretaciones.

c) Todo esto sin insistir demasiado en los embarazosos equívocos que provoca y multiplica el uso del concepto, impreciso y amplio, de «unidad del derecho». Son embarazosos porque, en realidad, hacen inútil la discusión. Nos damos cuenta de ello cuando reflexionamos sobre el reproche –que acabo de recordar– que los neopandectistas dirigen tradicionalmente a la codificación de haber destruido la vieja y secular unidad de la ciencia jurídica europea. Si este asunto nos afecta es por un motivo muy simple: porque nosotros, desde hace mucho, vemos precisamente en la codificación una estrategia ganadora, ya que es unificadora –y de forma duradera– en un amplio radio de acción¹⁹. ¿Cómo se explica y cómo se desbloquea este atasco verbal? Simplemente, distinguiendo entre

– la uniformidad de la enseñanza académica, alcanzada gracias al éxito conseguido en el continente por el método «boloñés». Si bien ordenó a todos los juristas «leer» todas y cada una de las reglas jurídicas *secundum ius commune*, no por ello unificó el derecho vigente en los numerosos territorios de una sociedad desesperantemente atomizada, donde «el territorio era uno y diversas las naciones»²⁰;

– la unidad funcional, a la que pueden aspirar reglas, normas e instituciones de origen histórico y social muy diferente, y a cuya problemática descripción se dedica, en cualquier caso, la historia jurídica comparada²¹;

– y, finalmente, la unidad material del derecho que, en los siglos XIX y XX se alcanzó prácticamente en todas partes al ser sancionados los códigos, es decir, al desembocar en una compleja legislación estatal. A diferencia de las dos formas ya mencionadas, actuaba localmente, es decir, sólo en el ámbito estatal y territorial; pero en este ámbito intervenía a fondo, es decir en el plano geográfico, sistemático y social. Si pudo asentarse y suplantar progresivamente el reinado del

18 *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Leipzig 1852, Teil I, p. 15.

19 P. Caroni, «*Privatrecht*», pp. 53 ss.

20 J.E.M. Portalis, «Discours préliminaire», en P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, I, Paris 1827, pp. 463-523, especialmente 463-464: «De là cette prodigieuse diversité de coutumes que l'on rencontrait dans le même empire: on eût dit que la France n'était qu'une société de sociétés. La patrie était commune, et les états particuliers et distincts. Le territoire était un, et les nations diverses» [De ahí esta prodigiosa diversidad de costumbres en el propio imperio: se hubiera dicho que Francia no era sino una sociedad de sociedades. La patria era común, y particulares y distintos los estados. El territorio era uno, y diversas las naciones].

21 Precisos y, por ello, convincentes me parecen los ejemplos que selecciona y trata R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», pp. 160-170.

derecho común no fue, desde luego, por motivos de naturaleza dogmática, sino más bien política, económica y cultural. Para individualarlos, evaluar su alcance y reconocerles el peso que realmente tuvieron, es necesario atravesar la frontera e interrogar a la historia social, en la que nuestros autores prefieren no aventurarse.

5. *Ius commune*: ¿«una elipsis del pensamiento»?²²

Pero a la estrategia neopandectística no le basta nada de esto. No le basta con aislar el derecho histórico y separarlo del que fue su territorio propio para poderlo modelar mejor, puesto que la lógica intransigente de la que se nutre impone otras amputaciones y reclama otras «víctimas». Devalúa así, inmediatamente, todo lo que oculta o relativiza la pureza del modelo. Y ya que esto remite a una tradición sapiencial e identifica el derecho con el elaborado por los juristas, privilegia inevitablemente el punto de vista romanista. Todo lo que no se refiera a ello, al probar quizá la existencia y la vitalidad de otras tradiciones, o de otras fuentes concurrentes o subsidiarias, se aleja del ámbito explorado, se silencia y se olvida, inevitablemente, y, en realidad, se rechaza.

a) La excomunión (y el olvido correspondiente) perjudica, antes que nada, a la historia de aquellos territorios que no participaron jamás en la procesión iusromanística y que, por ello, codificaron su derecho privado en el siglo XIX sin haber compartido jamás la primacía del derecho común. Es bueno no hacer de ello un drama, incluso si la condena fulmina estados y ciudades (Venecia es quizá el ejemplo más conocido, pero no el único) que la historia europea recuerda con respeto e incluso admiración. Así pues, si nuestros autores afirman complacidos que la ciencia romanística fue común a todas las regiones de la Europa central y occidental²³ no dicen la verdad, o se reducen a interpretar sus descripciones *cum grano salis*. Sin olvidar que el silencio sobre estas situaciones «irregulares» evita su embarazosa confrontación con las razones históricas del fenómeno. De haber profundizado debidamente en ellas, estas razones habrían mitigado sin duda la euforia unificadora y generalizadora de nuestros autores.

b) Una segunda categoría es la de las situaciones históricas en las que la unificación material del derecho se consiguió, sí, pero siguiendo itinerarios alejados de los recorridos por la ciencia jurídica. De origen heterogéneo, son difícilmente equiparables: pienso en el derecho estamental de la nobleza, en el feudal,

²² F. Calasso, *Storicità del diritto*, p. 219.

²³ R. Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 70; Íd., *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10, adhiriéndose, así, a interpretaciones ya tradicionales.

en el *ius mercatorum*, en la difusión de los *specula iuris*, en la adopción de un mismo modelo por parte de numerosas ciudades²⁴. Es cierto que ninguna de estas situaciones se centra en los temas preferidos por los neopandectistas, y por ello su exclusión puede parecer hasta justificada. Pero, sin embargo, no hubiera sido inútil examinarlas: en efecto, demuestran que la aspiración a la unidad no fue nunca abstracta y absoluta, sino que siempre estuvo referida a aspectos concretos y, por ello, sectoriales; de lo que se deduce ya sea la imposibilidad de compararla con la unificación soñada y realizada por la modernidad, ya sea la dificultad de proponer su valoración concreta.

c) Me parece, en cambio, problemática, realmente inconcebible y, en rigor, imperdonable, la eliminación sistemática de todas las fuentes aplicables sólo en el ámbito local, y opuestas por ello al derecho común de forma refleja. Reunidas todas en el concepto vago de *ius proprium*, se jactan de orígenes muy diferentes, tanto como puedan serlo los de los estatutos de los municipios, valles, iglesias rurales, vecindades y hermandades; o bien los de las compilaciones de ámbito regional, del derecho consuetudinario, de los decretos, bandos, órdenes, etc. Los neopandectistas no ignoran su existencia. Pero las consideran, en el mejor de los casos, ajenas a sus intereses, a su nivel y a sus reivindicaciones, puesto que no contribuyen ni a garantizar la unidad de la tradición sapiencial, ni a consolidar su supremacía. Por ello, las transfieren a un limbo inerte, poblado de historia-dores «locales» que difícilmente se salvan de las puyas de los romanistas. El amargo destino que les tocó en suerte a los germanistas decimonónicos no es un caso único, sino sólo el ejemplo más conocido (y dramático) de aquella marginación. El modelo implícito en aquella maniobra es, además, conocido. Subdivide el ordenamiento jurídico en dos secciones completas y sin relación, rígidamente separadas: el *ius commune* ofrece una de ellas, el *ius non commune vel proprium* recoge la otra. A partir de esta subdivisión y de la supremacía implícitamente reconocida a la variante clásica y supralocal, se articulan luego la enseñanza y la investigación, desde antiguo hasta la actualidad, como todos sabemos.

Pero la realidad histórica, al menos aquélla en la que arraiga y actúa el derecho privado, se sustrae hábilmente a estas manipulaciones. Aunque es conocida la contraposición entre el derecho profano y el canónico²⁵, se ignora la del

24 R. Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, pp. 8-11; Íd., *Un nouveau domaine de recherche*, p. 38; Íd., *Gemeineuropäisches Privatrecht*, pp. 75-76; W. Brauner, *Europäisches Privatrecht*, p. 227.

25 Una contraposición que, recientemente y por fuente autorizada, se identificó como un rasgo peculiar de la historia jurídica europea (P. Landau, «Der Einfluss des kanonischen Rechts auf die europäische Rechtskultur», en R. Schulze [ed.], *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, pp. 39-57, especialmente 39-40), y que los autores neopandectistas generalmente ignoran.

derecho común y el derecho local. En la realidad, que es siempre local, concreta e individuada, ninguno de estos dos derechos vive una vida propia, autónoma, paralela y autorreferencial. Concurren y, a veces, se oponen. O bien convergen, colaboran y se compenetran. Quien quiera ocuparse del uno debe estudiar necesariamente el otro. Debe aclarar cómo se influyen, es decir cómo se imbrican, o cómo se eliminan; cómo son interpretados recíprocamente y, finalmente, a través de una *interpretatio* más o menos laboriosa, cómo prevalece el uno sobre el otro. Ni siquiera la cláusula habitual que proclama el valor subsidiario del derecho común nos dispensa de estas comprobaciones. En efecto, su significado varía según los contextos históricos, presionados a menudo por razones de naturaleza política, judicial o corporativa para garantizar la primacía de uno o de otro derecho. De lo que se deduce que esta primacía no es el resultado de una jerarquía preestablecida y previsible, sino que se va conquistando en el terreno de la argumentación jurídica y de las reivindicaciones jurídico-políticas. Por esta razón, es discutible mantener que el derecho consuetudinario debe insertarse siempre armoniosamente en el sistema del derecho común²⁶, así como afirmar que, por lo regular, el derecho común se ha plegado al local. Por ello debo concluir de modo provisional, recordando que desde la óptica (modesta si se quiere pero, en compensación, real) de las controversias concretas que el juez deseaba dirimir, el «sistema del derecho común» se presenta como virtual y abstracto; la unidad que pretendía garantizar —como consideraba Mommsen— «meramente superficial»²⁷. Quien la recuerda y considera que es mantenida por la ciencia iusromanística no puede hacerlo sólo refiriéndose a la primacía exclusiva y aparentemente indiscutible del derecho clásico, o de una de las muchas vidas de este derecho. Debe aceptar, además, enfrentarse con la realidad histórica que ignora, desde su superioridad, las curiosas parcelaciones dispuestas *olim* por los juristas y convenientemente conservadas. Ésta desvela, en cambio, que cada pueblo ha recibido y metabolizado a su manera el mensaje iusromanístico, en un contexto determinado por su historia y su cultura. Francesco Calasso lo intuyó más claramente que sus

Relacionan por ello las dos tradiciones, sin dar valor a las (innegables) diferencias estructurales, y pudiendo, sólo así, servirse de ellas.

26 Como sostenía H. Coing, *Europäisches Privatrecht*, I, *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München 1985, p. 32, cuyos pasos sigue R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 12. Opinión que W. Brauner, *Europäisches Privatrecht*, p. 228, critica abiertamente.

27 «Eine rein äusserliche»: T. Mommsen, *Juristische Schriften*, III, Berlin 1907, p. 584. Línea interpretativa, ésta, anticipada en muchos textos de G. Cassandro, por ejemplo en *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, *passim*, p. 70. El mérito de Cassandro es subrayado con justicia por M. Caravale en su *Prefazione* a G. Cassandro, *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di storia giuridica meridionale*, Bari 1994, I, pp. VII-XII.

compañeros de viaje, y sintetizó los motivos de su disenso en la crítica a la «reedición» de la *Geschichte* de Savigny²⁸, cuya lectura aconsejó a los autores neopandectistas. Porque también ellos –como ya dije– evitan escrupulosamente recorrer los senderos que demuestran la vitalidad de *un* derecho, el único auspiciado por ellos, es decir el común.

No se excluye que el temor a ser desmentido por la comparación con la realidad histórica, o el deseo de tener en cuenta –aunque sea mínimamente– las críticas que se les han dirigido, no haya sugerido a nuestros autores un cambio de rumbo. En virtud de él, admiten que la unidad se consiguió no tanto gracias a la aplicación en todas partes de las mismas reglas, o a la coordinación de la praxis jurisprudencial, como teniendo en cuenta la elaboración de una tradición sapiencial común, destinada a actuar en los ámbitos académicos, en la enseñanza, o en la formulación de un *ars argumentandi*²⁹ que rápidamente se convirtió en patrimonio de la cultura europea. Todo esto fue consecuencia de una postura metodológica que los neopandectistas aspiran a recuperar en la actualidad³⁰ y que parece lícito resumir así: se acepta la existencia de las diferencias locales (porque parece temerario negarlas), pero se intenta neutralizarlas ordenando leerlas con los mismos lentes; es decir, metáforas al margen, interpretando el derecho local según los conceptos del derecho común. Este replanteamiento merece tres comentarios. El *primero*, para objetar que quizá no siempre resulta indicado examinar paisajes diferentes con los mismos lentes, incluso aunque el discurso académico parezca conducir realmente en esa dirección. El *segundo*, para criticar que, razonando así, se vuelve en esencia a la concepción savignyana de la historia como historia literaria (*Litterär-geschichte*); lo que explicaría el interés con el que siguen nuestros autores la propagación cosmopolita de teorías, maestros y cátedras³¹. El *tercero*, para añadir que pienso, maliciosamente, que la atención que así se reserva para la vida y la obra de los grandes juristas hace en realidad las veces de reducto donde replégarse cuando falla la estrategia principal –la que trata de comprobar el valor

28 F. Calasso, *Storicità del diritto, passim*, especialmente pp. 206, 213, 215, 221, 225, 240. La crítica a la «reedición» de la *Geschichte* savignyana, en p. 231, nota 4.

29 Véase, al respecto, F. Ranieri, «Der europäische Jurist. Rechtshistorisches Forschungsthema und rechtspolitische Aufgabe», *Ius commune* 17 (1990), pp. 9-25, especialmente 11-14; Íd., *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, pp. 91-95.

30 Ranieri, *Der europäische Jurist*, p. 21; Íd., *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*, p. 98.

31 Y que actúan, verdaderamente, con entusiasmo y competencia: véase, por ejemplo, R. Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*, pp. 70-71; Íd., *Das römisch-holländische Recht*, pp. 836-837; Íd., *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 10-11.

general de una regla romanista—. En el fondo, puede resultar muy útil disponer de otras alternativas a las que recurrir a tenor de la situación³².

6. Devaluar el código

Los motivos aducidos para justificar la indiferencia (cuando no el rechazo explícito) ante las fuentes locales anticipan las razones de la postura del neopandectismo en sus discusiones con las corrientes de pensamiento que, primero, dudaron abiertamente de la primacía del derecho común y, luego, aceleraron su ocaso. *Rebus sic stantibus*, el rechazo explícito de la codificación no llega de improviso. Recuerda una vez más a Savigny, es cierto. Pero sólo por su drástico veredicto, y no por el análisis que lo provocó. En efecto, la de Savigny fue una obra maestra solitaria, todavía fascinante; la de los neopandectistas se consume en una mirada rápida y superficial.

a) Le reprochan al código haber reivindicado, primero, y haber conseguido, después, una primacía hasta entonces desconocida sobre el derecho común y sobre la ciencia que, durante siglos, se había ocupado de él, y haber provocado por eso el ocaso de su sistema de fuentes. Fue un viraje decisivo, porque el código no creía oponerse al valor concreto de cada una de las reglas del derecho romano, sino al sistema que durante siglos había confiado la definición, la aplicación y la renovación del derecho vigente a la discreción del *iuris prudens*. Encarnaba, por ello, la alternativa, la *Gesetzgebung* que, en 1814, opuso Savigny, de modo especular, a la *Rechtswissenschaft*. Una alternativa de la que, ahora, se podría afirmar correctamente que expropió a los juristas en beneficio de los políticos³³. Desde esta óptica, la codificación incrementó las competencias del emergente estado burgués, *estatalizó* el derecho. No era imaginable llegar tan lejos sin suprimir, al mismo tiempo, el monopolio del que gozaban los juristas para delimitar, gracias a su autoridad, los límites del derecho (aún) vigente. Su monopolio fue sustituido por el del Estado; el examen casuístico, por la sanción abstracta. Todo el derecho encerrado en el código se consideró «positivo», luego aplicable. Quizá todo esto

32 El ejemplo lo ofreció probablemente H. Coing, quien, en la obra que acabo de citar (*supra*, nota 26), vio siempre en el «derecho privado europeo» tanto el derecho material (común), como la uniforme tradición sapiencial.

33 Así lo ha mantenido, quizá antes que otros, P. Grossi en muchos de sus trabajos, reunidos finalmente en *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998, *passim*. A las sucesivas vicisitudes de la primacía sapiencial, es decir de la hegemonía de la ciencia del derecho común en el siglo XIX, le ha dedicado mucha atención M. Fioravanti, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

desagradó a muchos juristas. No tardaron en ponerse de manifiesto las reacciones negativas. De sus filas se elevó la acusación, ya recordada, que considera a los códigos culpables de haber reducido para siempre la ciencia jurídica a una práctica meramente provinciana. Otras le siguieron, casi ininterrumpidamente, hasta hoy. Una de las más recientes –no del todo inesperada– nace de los trabajos de los neopandectistas. Considera los códigos como la causa de la «historificación de la ciencia jurídica», que los neopandectistas deploran amargamente³⁴. ¿De qué se trata? De que los códigos, al suprimir la investigación histórica destinada a definir el ámbito del derecho vigente, habrían desautorizado a los historiadores, obligándolos a la mera contemplación de las cosas pasadas. Debo admitir que si hubiera querido reflexionar sobre estas cosas, habría utilizado otras palabras. *Ante todo*, habría confirmado que, en mi opinión, el código *no* devolvió un método histórico ya experimentado en el pasado, sino que emprendió uno *ex novo*³⁵ que, lógicamente, tras el viraje, sólo podía ser «contemplativo»; pero a condición de ponerse de acuerdo sobre el término: *contemplativa* es la postura que se propone no influir en lo sucesivo, *directa* y drásticamente, en la interpretación del derecho positivo. No renuncia del todo a interferir, pero acepta seguir itinerarios más largos y más sofisticados, en todo caso, cada vez menos directos. Antes o después se llega al destino, pero siempre y sólo *auf dem Umweg* [con rodeos]. Y, *en segundo lugar*, no habría omitido que, en contra de los temores de los neopandectistas, los historiadores del derecho han despreciado a menudo la contemplación bajo todas sus formas. Prefirieron –sobre todo en el área germanófono– la modesta rutina y, por ello, una enseñanza propedéutica que preparase a sus discípulos para dejarse encerrar con dignidad (¿o resignación?) en la prisión del derecho vigente, del ya sancionado por los códigos. Pero no parece llegado el momento de reflexionar en voz alta sobre esta increíble anomalía.

b) Dadas estas premisas, la condena de la codificación parece evidente. Ha sido pronunciada además sin la más mínima mención al valor innovador del nuevo sistema; se considera suficiente (e incluso más eficaz) enumerar lo que ha destruido y los errores de los que es culpable. Se le endosan culpas, una tras otra, sobre todo la de haber cortado el cordón umbilical que ligaba el derecho positivo a su historia³⁶, así como la de haber propiciado la ramificación nacional del derecho privado que –aun debida al «caso» y al «arbitrio», como se subraya con una

34 Por ejemplo R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 19; pero es un reproche habitual.

35 Véase *infra*, pp. 169, 185, 202-203, 214.

36 R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», p. 173.

intención poco ponderada³⁷— ha destruido para siempre la antigua unidad jurídica europea³⁸. Esto no parece muy plausible, sobre todo si las diferencias entre los códigos se consideran luego superficiales³⁹.

Así, la codificación es rebajada por nuestros autores, con una obstinación que no puede sino fascinar, a la condición de una copia en negativo que, por eso, enumera sólo lo que ha sido destruido y sólo sabe describirlo negativamente. Después, habla de «verdades destruidas», «unidades disueltas», «nexos cortados», «continuidades interrumpidas», «monopolio perdido» y otras cosas más. Todo esto suena raro: es como si dijéramos que las nubes obstaculizan los rayos solares, y que «los sueños, sabéis, son eso de lo que nos despertamos»⁴⁰. El lado positivo, las novedades traídas por los códigos, y a menudo exigidas directamente por la sociedad decimonónica, no tienen cabida en estas exposiciones; a menos que ofrezcan, seguidamente, la ocasión de recuperar cada una de las soluciones romanistas. Si en estos casos la codificación se toma en serio de modo excepcional, es precisamente porque permite afirmar a los neopandectistas que no puede entenderse correctamente sin recurrir al viejo derecho común. Desde esta necia perspectiva, se salva el peor código, el formulado torpemente. Sobre él se lanzan como buitres nuestros autores, para restablecer la continuidad con su cotejo⁴¹, para devolverlo al redil. Lo corrigen, como quiere la tradición⁴². Pero hay que decir que lo hacen refiriéndose a lecturas canónicas: baste recordar cómo hizo Savigny entrar en razón al ALR prusiano o cómo «enmendó» Josef Unger el ABGB austriaco.

37 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 11; Íd., *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 91.

38 R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», p. 173.

39 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20.

40 R. Carver, *Cattedrale*, Milano 1989, p. 173. Es aún más aguda la versión original: «*Dreams [...] are what you wake up from*» (R.C., *Cathedral*, New York 1984, p. 200).

41 R. Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*, pp. 82 ss.; Íd., *Das römisch-kanonische ius commune*, pp. 18-20.

42 Leer para creer: «Auch über manche Entscheidung des BGB-Gesetzgebers hat sich die Rechtsentwicklung ohne allzu grosse Schwierigkeiten hinweggesetzt, dabei bestimmte Verwerfungen, Unstimmigkeiten und nur zeitbedingte Absonderlichkeiten des geltenden Rechts abgeschliffen und dieses damit ganz ius-commune-konform (in der Regel durch unbewusstes Wiederanknüpfen an die vom Gesetzgeber scheinbar endgültig verabschiedete Tradition) fortgebildet» [La evolución del derecho también se ha impuesto, no sin grandes dificultades, sobre algunas decisiones de los legisladores del BGB, así como determinadas condenas y desacuerdos; sólo se han elaborado contadas particularidades del derecho vigente, y éstas en total conformidad con el derecho común (por lo general a través de la reconstrucción inconsciente de una tradición aparentemente desechada por el legislador de forma definitiva)] (R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 19).

c) Cuando se trata luego de describir el viraje y de enumerar sus causas, las que explican el arraigo del nuevo sistema de fuentes, los neopandectistas casi se esconden y saben decir poco. Éste es, quizá, el precio que pagan por no haber «leído» la historia jurídica sobre el fondo de la social. Aluden al despertar y al robustecimiento del sentimiento nacional, ven pues en la codificación, ante todo, la nacionalización del derecho⁴³. Esto puede sorprender, porque el concepto de nación es manifiestamente polisémico, y hoy se discute con una intensidad que, desde luego, las líneas de nuestros autores no dejan traslucir⁴⁴. En segundo lugar, porque la mayor parte de los códigos sancionados en Europa a lo largo del siglo XIX no está compuesta de legislación nacional⁴⁵. Por no decir que, contentándose con esta discutible explicación, se ocultan las razones históricas reales del cambio. Pienso, en particular, en el deseo de realizar una unidad jurídica *diferente* de la que hasta entonces era garantizada por el estamento de los juristas. Diferente sobre todo porque le convenía tanto al soberano absoluto, como al estamento ciudadano y a los portavoces de la ilustración jurídica. Por motivos egoístas y, en parte, incluso opuestos, todos aspiraban a conseguir una mayor seguridad jurídica, y contaban con alcanzarla codificando el derecho. Una imprevisible y casual pero feliz convergencia de objetivos confirió al proyecto un éxito inesperado.

Los neopandectistas podrían objetar, naturalmente, que a ellos, en realidad, les interesan poco las causas del nacimiento del derecho codificado, ya que, por lo general, se ocupan de otras cosas y de otros tiempos. Y aunque esto es probablemente cierto, no basta para ponerles a cubierto de nuestra crítica. En efecto, si, venciendo su inicial desdén, hubiesen analizado estas causas, habrían descubierto finalmente cómo y por qué el viejo sistema de fuentes entró primero en crisis y fue, luego, sustituido por el código; observando, por ejemplo, cómo nació y se fortaleció, a consecuencia de las revoluciones burguesas, el deseo de un nuevo ordenamiento de derecho privado, que pudo ser satisfecho sólo con suprimir el derecho común. Vista bajo esta óptica, la transición recupera unos perfiles muy positivos, creíbles y plausibles. No muestra la prevalencia de fuerzas diabólicas, no provoca ya una deriva irrefrenable y el derrumbe de la (única)

43 R. Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*, p. 70; Íd., *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 10; R. Schulze, *Un nouveau domaine de recherche*, p. 39.

44 Faltan por ello alusiones a las investigaciones de autores como M. Hroch, E. Gellner, E.J Hobsbawm, E. Balibar e I. Wallerstein, que han llamado recientemente la atención en diversas ocasiones sobre la controvertida historia del concepto y de cuanto debía estar conforme con él en la realidad. A cambio, sorprende la idea de que «die Epoche des politischen Nationalismus ist vorbei» [Ha pasado el tiempo del nacionalismo político] (R. Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht*, p. 838).

45 W. Brauner, *Europäisches Privatrecht*, p. 229, se lo recuerda oportunamente a Coing.

verdad. Dicho de una forma mucho menos drástica: fue un viraje provocado por las revoluciones políticas y sociales que habían decretado el fin del Antiguo Régimen.

7. *El presente como una simple etapa*

Pero mi desacuerdo con esta nueva «escuela» no está provocado por estos problemas, que podríamos considerar, en el fondo –sin querer hacer demasiados estragos–, simples disputas de eruditos⁴⁶. No me gustan, es verdad, aunque tampoco me quitan el sueño. En cambio, me agota la tendencia –sorprendente e inmisericorde por su radicalidad– a desacreditar toda una época sólo porque se aparta de las propias opciones y de las propias expectativas; a considerarla desprovista de dignidad y de valor, como una vorágine siniestra, un interminable instante de oscuridad entre dos zonas luminosas. Podríamos también preocuparnos, dejarlo pasar y no dramatizar si *nuestro* presente no fuese humillado de este modo. Vivimos pues, al decir de nuestros autores, en tiempos desprovistos de impulsos y de perspectivas, sólo con la esperanza de que concluyan rápidamente para poder invertir por fin «un inmenso capital inmovilizado»⁴⁷. Tiempos sombríos de transición, al parecer; o la desolada etapa que separa un renacimiento de otro⁴⁸. Vegetamos tras haber destruido una de ellas, a la espera de que la otra se materialice y nos redima. A esta visión apocalíptica le corresponde, de modo especular, una terrorífica exhortación: es urgente eliminar, rápida y radicalmente, todos los *detritus* depositados por doscientos años de actividad legislativa nacional, porque sólo así volverán a brillar las perlas de la tradición⁴⁹.

Dos siglos inútiles, pues. Y no sólo eso: también fracasados, pues han

46 Es decir, no he ignorado la exhortación (insólita y problemática) de A. Cavanna, *Storia dell'Europa e diritto*, p. 28: «Es inútil perderse en objeciones de metodología histórica excesivamente críticas».

47 Debo también esta metáfora, que (como otras muchas metáforas) es discutible e ilustrativa, a A. Cavanna, *Storia dell'Europa e diritto*, p. 30; incluso si se precisa que el llorado amigo se sirvió de ella para describir el destino del *Corpus iuris* en la época carolingia.

48 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20. Pero se observa que no todos los autores activos en el grupo aquí criticado comparten esta visión del pasado próximo. Menos drástica, por ejemplo, la descripción de R. Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*, pp. 18-25; Íd., *Gemeineuropäisches Privatrecht*, pp. 78-80; Íd., *Un nouveau domaine de recherche*, pp. 39 ss.

49 R. Zimmermann, «*Hard melodies are sweet*», p. 172; Íd., *Das römisch-holländische Recht*, p. 838.

ocultado la luz. Me ocupo de ello desde hace tiempo, pero hasta ahora no había sido consciente. Por eso, la cuestión me sorprende. Si pienso en ello con cuidado, atendiendo a esta última exhortación, me tiembla el pulso. Favorece asociaciones desagradables, debidas a un pasado problemático que quizá es preferible olvidar⁵⁰.

8. Preocupación y desilusión

Intento, por ello, preparar un primer balance. Así pues, *in principio erat* el deseo de ciertos historiadores del derecho de renunciar a un método contemplativo⁵¹, para dedicarse en el futuro a actividades menos cercanas a la historia del arte⁵², aunque, en compensación, más prácticas y, presumiblemente, más útiles. Comenzó así una investigación –tan singular y discutible como se quiera⁵³– que concluyó pronto con un primer descubrimiento: el pasado guardaba tesoros que, debidamente exhumados y valorados, mostraban el camino que había que recorrer para unificar –en el ámbito continental– el derecho privado. Este descubrimiento influyó en la investigación y cambió su dirección, sugiriéndole un nuevo destino, claro y sobre todo satisfactorio. Fue, en mi opinión, un estímulo funesto, porque a partir de entonces llevó las de ganar una expectativa incontenible e indiscutible: ordenó qué fuentes era preciso recoger, cómo seleccionarlas e interpretarlas; fijó valores y criterios según los cuales ciertas situaciones eran condenables o dignas de imitación; en realidad, actuando así anticipó el resultado final y lo dio por descontado, pues sólo de ese modo parecía posible recuperar el consenso de los colegas dedicados exclusivamente al estudio y a la enseñanza del derecho vigente. Sólo así podía tener el historiador la esperanza de ser «reciclado», de sentarse de nuevo a la mesa de los iuspositivistas. Porque fue obvio desde el principio que de tal investigación histórica (si por una vez aceptamos llamarla así) «debía» surgir inevitablemente un «concepto» digno de estar a la altura del modelo y, como tal, de ser sometido a la atención de quien correspondiera.

50 Si el asunto no tuviese su lógica y raíces muy remotas, podríamos ver en ello tan sólo una falta inesperada y desagradable pero, al fin y al cabo, insignificante. Por lo que a mí respecta, lo he comentado como creía que lo merecía; véase la intervención en el congreso florentino de 1992, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 321 ss., 326-327.

51 R. Schulze, *Gemeineuropäisches Privatrecht*, pp. 92-93.

52 Así lo formula R. Zimmermann, «*Heard melodies are sweet*», p. 172 (remitiendo a un texto de Windscheid).

53 La crítica a esta postura *supra*, pp. 46, 84-85, 91 ss. e *infra*, pp. 196, 205.

No oculto que valoro negativamente la importancia de esta «expectativa» (tan explícita y estimulante, pero también tan extraña al *ethos* de la tarea historiográfica) acerca del desarrollo de la investigación, sobre todo por los motivos que resumo de este modo:

a) porque ha propiciado unos resultados cuya relación con la realidad histórica se muestra inmediatamente como discutible;

b) porque la adhesión —a mi entender precipitada— a las tesis propuestas por estos resultados ha provocado la marginación y, con frecuencia, la supresión de muchos restos considerados «inútiles» aun siendo creíbles históricamente;

c) y, finalmente, porque ha incitado al historiador a un frenesí censorador, lo ha inducido a formular condenas preventivas y globales, a desacreditar de golpe porciones de vida del derecho, sólo porque, al observarlas superficialmente y a toda prisa, parecen desautorizar el «programa». Ciertamente, puede ser interesante e incluso apasionante apostrofar de este modo siglos de historia, ridiculizarlos considerándolos como una simple época de transición y de oscuridad entre dos fogonazos de luz; y será sin duda gratificante describir la evolución jurídica como una secuencia ininterrumpida de resplandores y renacimientos⁵⁴, humillando así las visiones sincrónicas. Pero ¿cuál es, finalmente, la naturaleza de esta «historia» que es incapaz de aceptar lo que no «cuadra» y que, por el mismo motivo, niega la historicidad de las épocas «sin brillo»; de esta historia que ignora aparentemente que la eficacia y el valor del derecho vigente dependen del pasado sólo en una parte mínima, de un pasado formalmente recuperado pero inevitablemente «diferente»?

Con esto, no puedo ni quiero impedir a los neopandectistas que sueñen con un futuro a imagen y semejanza de cuanto descubren en el pasado, porque cada uno es libre de esperar el futuro que le convenga y de actuar para que su esperanza se haga realidad. Pero si al vaticinar aspiramos también a servirnos de nuestros conocimientos profesionales, me parece entonces preferible distanciarse de un hallazgo tan visiblemente incompleto por haber sido preparado a ciegas y, en este sentido, imaginario. Recuerda de modo ejemplar los *cuadros imaginarios* de Nicanor Parra, porque, como ellos, «representa hechos imaginarios/ocurridos en mundos imaginarios/en lugares y tiempos imaginarios»⁵⁵. Si al fin este hallazgo convenciese por sus propios méritos, es decir prescindiendo del aplauso que ya le ha sido tributado por el pasado, entonces sería realmente oportuno proponer su adopción. Pero, desde luego, *sin* incomodar a la historia.

54 R. Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*, p. 20.

55 N. Parra, *Und Chile ist eine Wüste*, Frankfurt a.M. 1986, p.112.

9. *¿Un modelo útil?*

Queda una última pregunta, embarazosa pero inevitable, acerca de la idoneidad de la estrategia neopandectística para contribuir activamente a la unificación del derecho privado europeo. ¿Qué pensar acerca de ello? Me limito a dos reflexiones.

La *primera* sugiere adoptar un perfil bajo para responder. No sólo porque nuestras competencias al respecto sean limitadas, sino también porque el destino de eventuales propuestas de talante vagamente histórico será decidido en otras instancias, y sobre todo en otros centros de poder poco frecuentados por los historiadores, como se sabe. La *segunda* es para no ocultar mi pesimismo. Incluso prescindiendo de todas las críticas hasta ahora formuladas, todas ellas estrechamente relacionadas con el llamado fuero interno, continúo considerando improbable que, en el ámbito de la europeización del derecho privado –cuyas modalidades siguen siendo controvertidas⁵⁶–, se tengan en cuenta sugerencias de naturaleza histórico-jurídica, formuladas, además, por autores versados sin duda en la ciencia romanística, pero poco o nada atraídos por las interferencias sociales y económicas, y singularmente alejados de la ayuda que la filosofía, la lingüística y la sociología puedan ofrecer hoy en día a la labor del jurista. El camino –largo aún– está, pues, lleno de virajes, estrechamientos y trampas. Aumentan a medida que se expande el protagonismo del mercado. Sería, por lo menos, ingenuo considerar que, en tal situación, las fuentes o los métodos que, de un modo u otro, vuelven a un pasado del que nadie se avergüenza y que nadie discute puedan ofrecer un apoyo válido sólo por su pretendida ascendencia⁵⁷.

Y finalmente, es bueno no olvidar que la unidad del derecho privado a la que aspira la Comunidad Europea no es comparable a la instaurada por la ciencia jurídica europea entre los siglos XII y XVIII. Será más bien eficaz para el nuevo mercado, y se apelará a reminiscencias históricas, presumiblemente sólo para ayudar a pasar el mensaje con mayor facilidad, venciendo las resistencias locales o

56 Están atentos a los múltiples obstáculos prácticos que deberán ser eliminados para conseguir la adaptación y la unificación del derecho privado europeo, J. Taupitz, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen 1993, *passim*; P. Ulmer, «Vom deutschen zum europäischen Privatrecht?», (*Deutsche Juristen-Zeitung* 47 (1992), pp. 1-8.

57 . Escéptico al respecto y con argumentos siempre dignos de atención, L. Raggi, *Scritti*, pp. 53-55. Quien comparte este escepticismo no se asombra, obviamente, si los políticos y los juristas, enfrentados cotidianamente a los problemas técnicos y políticos de la unificación, reaccionan con frialdad ante las «ofertas» de colaboración a las que los romanistas les someten continuamente. Las recuerda, sin entusiasmarse lo más mínimo, J. Taupitz, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, pp. 16-17; ¡sin excluir que el *lapsus* en la cita de la obra de Zimmermann (*ibíd.*, p. 86) no sea su lógica consecuencia!

nacionales. Ésta es una vieja enfermedad que ha atacado (y ataca siempre) de forma periódica, a los suizos por razones ligadas a la historia de su país⁵⁸. Pero este hecho no dispensa de la obligación de llamarla por su verdadero nombre, y, si nos molesta, de combatirla. El historiador que fuera atacado por ella sufriría un gran daño.

10. Conclusio

Hace tiempo, Sten Gagnér afirmó que Karl v. Amira había escrito obras voluminosas sobre temas inexistentes⁵⁹. Ignoro si de este modo quería criticar o alabar al gran germanista alemán⁶⁰. Pero no excluyo que los escritos de nuestros autores

58 Es sabido que a Eugen Huber, justamente recordado (y celebrado) como «padre» del Código civil suizo de 1907, le gustaba presentar las numerosas novedades de las que, inevitablemente, estaba lleno su código, como inocuos «cambios» en antiguas instituciones conocidas y practicadas desde siempre. Y lo hacía, con una singular destreza, para favorecer su adopción rápida y sin discusión. Véase la remisión en P. Caroni, «Anton Menger e il Codice civile svizzero del 1907», *Quaderni fiorentini* 3/4 (1974/1975), pp. 273-318, especialmente 314 ss.; Íd., *Il mito svelato*, p. 400. Pero no habría sido el único en elegir esta estrategia inmovilista si fuera cierto que, ya en 1834, un jurista zuriqués pudo afirmar: «Da unsere Zeiten jeden dummen Streich entschuldigt, ja nicht selten gerechtfertigt glauben, wenn unsere Vorväter nur einen ähnlichen begangen haben, dagegen aber das Vernünftige ebenfalls weit lieber anerkennen und vollziehen, wenn es durch geschichtliche Beispiele unterstützt werden kann ...» [Sabido que en nuestro tiempo se disculpa cualquier necedad, e incluso a menudo se considera que está justificada si nuestros antepasados han cometido una idiotéz semejante, no obstante es razonable y preferible reconocerlo y asumirlo cuando pueda apoyarse en ejemplos históricos] (J. Schauberg, *Politische Betrachtungen über die Stiftung einer neuen Hochschule zu Zürich und den Bildungszustand der Schweiz überhaupt*, Zürich 1834, p. 86).

59 S. Gagnér, «Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft», en S. Gagnér/H. Schlosser/W. Wiegand (eds.), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln/Wien 1975, pp. 276-450, 285.

60 *Post scriptum*: Sten Gagnér era un lector asiduo y agudo de las obras que le enviaban los discípulos, los colegas y los amigos –tan deseosos de conocer su opinión, siempre sincera y profunda–. En la primavera de 1994 le hice llegar el texto de este trabajo, junto con el de la breve intervención florentina y el de la lección de Berna sobre la evidencia *diferente*. Respondió el 8 de abril con una de sus espléndidas postales, dando las gracias pero sin entrar en la cuestión. Al día siguiente, es decir el 9 de abril, escribió, en otra hermosa postal, este otro mensaje, que reproduzco sin cortes, porque sólo así reaviva el recuerdo de este llorado y queridísimo maestro. «Lieber Pio, ein P.S. zu meinen letzten Zeilen. Ich habe mich in diesen Tagen vertieft beschäftigt mit Deinen drei neuen Beiträgen zum Komplex der ‘anderen Evidenz’, die mir aus mehreren Gründen äusserst wichtig vorkommen und zur richtigen Zeit erschienen sind. Als ich das erste Mal die ‘Anmerkungen zum Neo-Pandektismus’ las, als ich das ZNR-Heft hier zu Hause erhielt, dachte ich nebenbei, ich solle Dir ein Wort zur Seite 99 zufügen, wenn ich noch im Kontakt mit Dir komme. Im Brief vergass ich es, tue es heute aber: dass Amira ‘dicke Bücher’ geschrieben hat über Gegenstände, die es nie gegeben hat, war keineswegs ein ‘Kompliment’, sondern ein Versuch, ihn als Vertreter eines Grundübels zu entlarven (vgl. auch die Bemerkungen über die Unfähigkeit Böckenfördes...). Viel

no puedan también caracterizarse de este modo. Exagerando, o quizá no desando más que provocar con benevolencia, se podría resumir el significado afirmando que aquéllos de quienes me he ocupado en este trabajo reconstruyen un pasado imaginario para incidir en un futuro sin embargo incierto, lo que no es reprochable. En efecto, no puedo negar que siempre he estado perturbado o fascinado por ello. Por este motivo, no es fácil hacer una valoración final. Para aquéllos a quienes nos importa, propongo tres reflexiones.

a) Una historia jurídica que confía con tal constancia y coherencia en la abstracción, y que silencia sin escrúpulos lo que existe pero no le sirve porque desordena sus planos y desmiente sus tesis; una historia jurídica a la que, por ello, se le escapa la mirada retrospectiva, literalmente, de las manos, no puede asombrarse si antes o después es acusada de manipular las fuentes y de saquear el pasado. La acusación, además, no pilla por sorpresa; nace más bien de saber que la abstracción es siempre una forma de violencia, incluso cuando actúa silenciosamente y sin derramar sangre. Es tan extraño como preocupante que algunos historiadores del derecho sigan este método y esperen recuperar así posiciones y volver a contarse entre los juristas reputados. Desde el punto de vista de una historia jurídica menos servil, consciente de la importancia del mensaje que transmite, es decir, de ser una evidencia *diferente*, sería quizá preferible verlos sucumbir.

b) Es muy probable que los estudiantes, en caso de ser destinatarios de un mensaje análogo, reaccionen de forma diferente. La conciencia de tener las raíces no en el aire, sino bien ocultas en la tierra, y la de poder llegar a ellas para proyectar un futuro común, pone alas, infunde seguridad y confianza, sentimientos sin los cuales es difícil sobrevivir. Pero ¿no es desproporcionado el precio pagado para conseguirlo? ¿No es quizá una locura pensar que *este* modo de ilustrar a nuestros estudiantes sobre el protagonismo de la dimensión temporal (y por ello histórica) del derecho es una contribución irrenunciable a su formación? ¿Irrenunciable o más bien irresponsable?

Erfolg auch weiterhin in Deinen tiefgehenden Forschungen zu dem Komplex. Dein Sten» [Querido Pio, una posdata a mis últimas líneas. En estos días, me he sumido en la lectura de tus tres nuevas contribuciones sobre la *evidencia diferente* que, por muchas razones, me ha parecido que son muy importantes y llegan en el momento preciso. Cuando leí por primera vez «Notas sobre el neopandectismo» y cuando recibí ayer en casa el volumen de *ZNR*, pensé que debía añadirte un comentario sobre la página 99 cuando me pusiera de nuevo en contacto contigo. En la carta lo olvidé, pero lo hago hoy: que Amira hubiera escrito gruesos libros sobre temas que nunca había tratado no era un *cumplido*, sino un intento de desenmascararle como la fuente de todos los males (y también una advertencia sobre la ineptitud de Böckenförde...). Mucho éxito en el futuro para tu profunda investigación. Tu Sten].

c) Pero, aun prescindiendo de todo esto, no hay que bajar la guardia, porque el método científico aquí examinado, al privilegiar unilateralmente la tradición iusromanista, refuerza una perspectiva en verdad poco seductora, que parece el pasado, como si fuese un campo, para repartirlo entre los coherederos. Todos nuestros esfuerzos para poner de manifiesto la historicidad de este método —es decir para subrayar lo transitorio—, para recordar que el antagonismo entre romanistas y germanistas refleja situaciones típicas del siglo XIX hoy ya superadas, para denunciar, por ello, la actual arbitrariedad, la ineficacia y la falta de apoyo, desde el punto de vista pedagógico, de esta maniobra, todos ellos resultarán estériles. Por desgracia, incluso yo, conociendo las críticas que periódicamente recaen sobre nuestras materias y que no siempre nacen de la ignorancia o del egoísmo, me pregunto, cada vez más perplejo y cada vez más preocupado ¿hasta cuándo nos creerían los colegas de la facultad, sobre todo los que profesan en sectores del derecho vigente y que no comparten unánimemente la necesidad de una indagación histórica, si continuásemos repitiendo que sólo así, parcelando previamente el pasado, estaremos de verdad en condiciones de aprehenderlo?

ESPIANDO AL VECINO

Sobre la relación entre la historia jurídica y las *otras* historias

Il n'y a pas, à proprement parler, d'histoire du droit; il n'y a qu'une histoire générale, qui comprend tout, le droit, comme tout le reste, et peut-être un peu avant tout le reste.

Fustel de Coulanges
(citado por R. Saleilles,
Revue historique, 54 [1894], p. 151).

1. *Una pregunta conscientemente unilateral*

La valla que me separa del vecino y tras la que me escondo para espiarlo (o quizá –de modo más pragmático– donde le he convocado para reflexionar juntos sobre cosas que a todos nos conciernen) es, en realidad, la línea imaginaria que separa la historia del derecho de las otras ciencias históricas y que, de este modo, circunscribe su autonomía; una autonomía que puede referirse al objeto o al método, pero que puede extenderse igualmente a uno y a otro. El trazado de esta línea no está determinado de antemano y, por ello, no se considera logrado de una vez para siempre, ya que todo historiador del derecho reivindica la libertad de fijarlo *ad libitum*, o de valorar la importancia de los territorios así excluidos según sus propias inclinaciones –en las que, al menos por ahora, es preferible no adentrarse–. De hecho, para hacerlo, deberíamos partir de las biografías de

los autores, extrapolar primero los datos necesarios y ponerlos luego en relación con las opiniones emitidas. Todas ellas son cosas ajenas a la óptica del tema propuesto. A cambio, deberemos preguntarnos si, y cuándo, puede parecer útil, o es imprescindible, mirar por encima de la valla. Lo preguntamos como fondo de una certeza que se confirma diariamente gracias a los puentes y los pasos alpinos: la certeza de que todo lo que separa puede también unir, y de que, por lo tanto, es atractivo ver cómo reacciona el historiador del derecho cuando consigue escrutar el campo del vecino, es decir el territorio ocupado por las otras ciencias históricas, *in primis*, por la historia general.

El interés implícito en la pregunta es claramente unidireccional, en el sentido de que la mirada, de la que me ocuparé, es sólo la del historiador del derecho. ¿Por qué? ¿Cómo justificar tal limitación? De un lado, por el deseo de evitar consecuencias polémicas. En efecto, la experiencia enseña que cuando historiadores del derecho e historiadores sin más (a quienes por comodidad llamaré generalistas) se enfrentan a temas y problemas de común interés, la discusión (si la hay) acaba frecuentemente con acusaciones recíprocas, reproches, celos y malentendidos¹. El poder regulador del derecho resulta, así, claramente sobrevalorado² –lo que explica incluso las esperanzas (o las expecta-

1 Lo demuestran, de forma despiadada, muchos autores, por ejemplo P. Grossi, «Storia sociale e dimensione giuridica», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 5-19, especialmente 5-6, 16; M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128; J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, pp. 23-63, especialmente 23-24; A.M. Hespanha, *Une «Nouvelle Histoire» du droit?*, pp. 319-320; G. Astuti, *La codificazione del diritto civile* (1973), ahora en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*. Raccolta di scritti, volumen II, Napoli 1984, pp. 805-846, especialmente 826 («Sólo los filósofos y los historiadores, que discurren sobre el derecho sin tener sobre él un conocimiento profundo, creen que los ordenamientos jurídicos tienen rasgos rigurosamente unitarios y homogéneos»); D. Klippel, *Rechtsgeschichte*, pp. 126-127. Quien tenga en cuenta todos estos testimonios, que sería fácil multiplicar, considerará el diálogo entre historiadores generalistas e historiadores del derecho como «un diálogo para sordos», justo como el que, en opinión de C. Faralli, «Il tempo dello storico e il tempo del sociologo: la polemica tra Braudel e Gurvitch», en M.G. Losano (ed.), *Storia contemporanea del diritto e sociologia giuridica*, Milano 1997, pp. 207-223, la cita en p. 207, existe entre historiadores y sociólogos. En el mismo sentido, M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128. Pero no se omiten las excepciones que, afortunadamente, existen y añaden, así, valor a nuestro tema. Véase, por ejemplo, cómo reflexiona sobre la utilidad del diálogo J. Eibach, «Recht-Kultur-Diskurs. Nullum crimen sine scientia», *ZNR* 23 (2001), pp. 102-120, en particular 105-107.

2 Lo subraya R. Ago en su «Premessa» al fascículo *Diritti di proprietà* en *Quaderni storici* 88 (abril 1995), pp. 3-8, especialmente 5, donde denuncia «el positivismo jurídico inconsciente de nuestros historiadores sociales». Argumenta también de modo análogo O. Brunner, *Der Historiker*, p. 8, cuando confiesa «dass es gerade Historiker waren, die lange Zeit an in ihren älteren Handbüchern vorgetragene Lehren festhielten, obwohl sie von Rechtshistorikern bereits angezweifelt worden waren» [que fueron precisamente los historiadores quienes se aferraron, durante mucho tiempo,

tivas tan sólo) de ciertos generalistas³-, o también claramente infravalorado⁴, con el evidente bochorno de los historiadores del derecho, que ven en todo esto un comportamiento de aficionados. En otras ocasiones, el punto de vista histórico-jurídico, quizá por ser vivido (y temido) como algo de una «complejidad insuperable»⁵, es evitado deliberadamente, o incluso ignorado sin más⁶, cuando no escarnecido⁷. *Rebus sic stantibus*, no es sorprendente que los generalistas les reprochen periódicamente a los historiadores del derecho⁸ el caer en anacronismos⁹. Personalmente, no creo que tenga sentido reabrir la polémica y

a los viejos manuales para explicar sus lecciones, aunque habían sido ya puestos en tela de juicio por los historiadores del derecho]. Análoga la acusación de H. Krause, *Der Historiker*, pp. 17-26, especialmente 18, y de D. Grimm, «Die Bedeutung des Rechts in der Gesellschaftsgeschichte. Eine Anfrage», en P. Nolte/M. Hettling/F.-M. Kuhlemann/H.-W. Schmuhl (eds.), *Perspektiven der Gesellschaftsgeschichte*, München 2000, pp. 47-57.

3 Lo indica E. Fasano Guarini, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 285-298; H. Fenske, «Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft», en D. Grimm (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, volumen II, München 1976, pp. 35-52.

4 P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 12, acusa a los generalistas de haber elaborado una imagen deformante del derecho, caracterizada por «una convicción, casi siempre oculta y no declarada, pero precisa, de que el derecho no es expresión de los social sino tan sólo su patología». Además, también A. Momigliano, *Le conseguenze*, pp. 21-37, habla de una «tendencia a sobrevalorar los aspectos institucionales y jurídicos de cualquier cuestión política y cultural» (p. 34).

5 M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, pp. 128-129. Argumenta de modo análogo D. Klippel, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 275, cuando cree saber que los generalistas ven en la historia del derecho «ein vielfach exotisches und noch unvermessenes Land» [un territorio a menudo exótico y aún sin explorar].

6 R. Orestano, *Introduzione*, p. 195, nota 6; M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, p. 129; J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, pp. 25-26. A este propósito, el recientísimo ejemplo citado por P. Oestmann en *ZNR* 25 (2003), pp. 316-317

7 A ello alude J.-F. Bergier, «Les surprises d'un médiéviste en histoire contemporaine», en H. Keller/W. Paravicini/W. Schieder (eds.), *Italia et Germania*, Liber Amicorum Arnold Esch, Tübingen 2001, pp. 3-10, especialmente 7: «Or, je suis surpris d'observer chez beaucoup de chercheurs en histoire contemporaine un manque d'attention, voir un certain mépris pour l'histoire des règles juridiques et leur évolution» [Ahora bien, me sorprende advertir en muchos investigadores de historia contemporánea una falta de atención e incluso cierto desprecio por la historia de las reglas jurídicas y su evolución]. Son observaciones que, desde la perspectiva de una generación, confirman lo destacado por A. Momigliano, *Le conseguenze*, p. 33: «hay muchas obras recientes sobre la historia política y cultural de la Antigüedad que descuidan y desprecian el derecho».

8 Urge al respecto, en relación con los conceptos, distinguir entre el anacronismo de los hechos (al que no parece posible sumarse) y el de las ideas. Véase, a este propósito, M. Troper, «Sur l'usage des concepts juridiques en histoire», *Annales. Histoire et Sciences sociales* 47 (1992), pp. 1171-1183. Se suele olvidar que, a veces, el historiador aún puede sólo elegir entre una lectura del pasado conforme a los conceptos elaborados por (y en) su presente y el silencio.

9 J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, pp. 31, 32 ss., 37, 49; P. Landau,

examinar, una tras otra, estas interminables disputas. Lo hacen desaconsejable incluso motivos de carácter metodológico, sobre todo hermenéutico. En efecto, si quisiéramos someter a un análisis detallado la postura habitualmente adoptada hacia nosotros por los generalistas, deberíamos hacerlo ateniéndonos a una regla indiscutible de la hermenéutica moderna que indica que, con frecuencia, los mensajes no son entregados tal y como fueron enviados. Nos guste o no, los generalistas reciben nuestros escritos, lógicamente, partiendo de su propia precomprensión. Y lo hacen de un modo totalmente inconsciente; exactamente igual «leemos» nosotros sus mensajes. Si esto es así ¿por qué nos arrogamos la competencia para analizar y, si se da el caso, criticar sus puntos de vista? ¿Por qué nos consideramos cualificados para remachar viejas acusaciones, o para formular otras nuevas?

Deduzco de ello que no sólo parece lícito, sino recomendable, que me contente con preguntar (como desde luego haré) qué más puede descubrirme el mirar por encima de la valla. Pero antes de asomarme debo concretar la finalidad de mi investigación, para aclarar si me muevo en el ámbito científico, o en el didáctico. En el primer caso, miro con la esperanza de ser estimulado por la actividad investigadora. En el segundo caso, actúo en cambio con el deseo de poner al día la enseñanza. La distinción es de gran trascendencia práctica. En el mejor de los casos, refuerza la sospecha de que, hasta ahora, las exigencias de la investigación científica han sido las protagonistas: fueron formuladas con más perspicacia y empeño que las relacionadas con la actividad pedagógica y, por ello, encontraron mejor acogida¹⁰, porque durante mucho tiempo los historiadores del derecho estuvieron convencidos de que los resultados de su investigación serían, automáticamente, el instrumento didáctico ideal. Y des-

«Rechtsgeschichte und Soziologie», en M. Killias/M. Rehbinder (eds.), *Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie. Zum Verhältnis von Recht, Kriminalität und Gesellschaft in historischer Perspektive*, Berlin 1986, pp. 11-28, especialmente 12; H. Krause, *Der Historiker*, pp. 19 ss.; H. Thieme, «Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht», *Historische Zeitschrift* 209 (1969), pp. 27-36, especialmente 31 ss. O. Brunner, *Der Historiker*, p. 7, por su parte, invita a reflexionar sobre la antinomia «die uns in alle Sparten der historischen Wissenschaft begegnet. Nur der Bezug zur Gegenwart schafft echte Historie, die lebendiges Interesse erweckt. Aber der Bezug zur Vergangenheit führt nicht selten zur Übertragung von Kategorien der jeweiligen Gegenwart auf die Vergangenheit, die dieser nicht gemäss sind» [con la que nos encontramos en todas las ramas de la ciencia histórica. Sólo la relación con el presente produce auténtica historia y despierta vivo interés. Pero la relación con el presente lleva, a menudo, a trasladar al pasado categorías propias del presente y, por ello, anacrónicas].

10 A propósito de la sobrevaloración de la función didáctica, M. Sbriccoli en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 117-133, especialmente 117, 122-123; P. Caroni en *ibíd.*, pp. 323-324.

graciadamente muchos lo están todavía, lo que clama al cielo, es el momento de decirlo, por no decir que tal egocentrismo choca frontalmente con la regla hermenéutica que se acaba de recordar¹¹. Todo esto, y sobre todo la exigencia de recuperar un retraso más que evidente, explica por qué la pregunta que destaca en este capítulo se sitúa en una perspectiva pedagógica, y en concreto en el ámbito de la enseñanza académica, cuyos destinatarios no son futuros historiadores, ni futuros politólogos, sino sólo futuros juristas¹². Para ellos, hechas ya todas las distinciones y las reservas del caso, nuestro tema puede delimitarse así: ¿qué es lo que lleva a un historiador del derecho, que desarrolla una actividad pedagógica junto a colegas dedicados a enseñar exclusivamente el derecho positivo y que, así revestido, aspira a preparar a sus estudiantes para un ejercicio concienzudo y responsable de la profesión¹³, qué es lo que le empuja a prestar atención a cuanto escriben, o a cómo argumentan los colegas de otras disciplinas históricas? ¿Qué beneficio puede sacar de la contigüidad con y del libre acceso a sus laboratorios?

11 P. Caroni, en *ibíd.*, pp. 323 ss.

12 Tanto la precomprensión como las perspectivas profesionales de quienes estudian en las facultades de derecho se apartan substancialmente de las de quienes estudian historia en una facultad de letras, o de magisterio. La enseñanza de la historia jurídica debe tenerlo en cuenta oportunamente. Por ello, al futuro historiador le mostrará el lugar concreto reivindicado y ocupado por el derecho en las sociedades del pasado. Al futuro jurista, en cambio, le recordará por qué es no sólo recomendable, sino inevitable reflexionar sobre la historicidad del derecho vigente. No creo, pues, —a diferencia de lo que recuerda M. Bellomo en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 33-34— que un mismo «manual» pueda dar respuesta a expectativas tan dispares. Pero, a cambio, puedo comprender por qué provocó violentas reacciones, por parte de los historiadores hasta entonces activos en las facultades de jurisprudencia, la idea de desplazar la enseñanza de la historia del derecho, asignándola exclusivamente a las facultades de letras, o de magisterio, que circuló, amenazadora, en la Alemania de los años 60 del siglo pasado. Véase, por ejemplo, H. Thieme, *Der Historiker*, p. 30; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 421. Muchas de las intervenciones en el coloquio florentino de 1992 se refieren a los contenidos que habrían de proponerse en las facultades de letras y de magisterio, véase P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 234-235, 269 ss., 285-286, 299-300.

13 Utilizo estas expresiones, comedidas pero unívocas, para recordar que el objetivo final de la actividad del jurista es siempre la realización de la justicia material entre los hombres. Lo confirmaron, de modo provechoso, en el coloquio de 1992, tres maestros y amigos, todos ellos por desgracia desaparecidos: véase en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 17, 44-45, 120. Van en la misma dirección G. Dilcher, «Überlegungen zum Verhältnis von Rechtsgeschichte und Sozialwissenschaften», en G. Dilcher/N. Horn (eds.), *Sozialwissenschaften im Studium des Rechts*, IV, *Rechtsgeschichte*, München 1978, pp. 3-11, especialmente 9-10; R. Schröder, «Juristische Zeitgeschichte: zur Konzeption von Lehre und Forschung eines neu einzurichtenden Lehrstuhles», en M. Stolleis (ed.), *Juristische Zeitgeschichte – Ein neues Fach?*, Baden-Baden 1993, pp. 43-51, especialmente 48.

2. La historicidad del derecho

Para responder a esto, es oportuno partir de muy atrás, de la tesis que fija, en la segunda mitad del siglo XIX, la irrupción del tiempo en la conciencia jurídica¹⁴. No se refiere tanto a la relación entre tiempo y derecho, que cada cual intuye con el auxilio de su propia experiencia personal, como a la idea de que la dimensión temporal *estructura* el derecho y le es, por ello, *inherente*. Se trata, si se quiere, de un descubrimiento cuyo alcance puede resumirse así: mientras en el pasado los juristas percibían el tiempo sólo diacrónicamente, es decir, actuando cuando, con su transcurso, su paso, su movimiento veloz y su presión, modificaba y alteraba e incluso anulaba el derecho vigente (haciendo necesaria la intervención del legislador, del juez o del sabio, para restablecer el viejo, o para legitimar el nuevo derecho)¹⁵, hoy se insiste más bien en la dimensión ontológica de la temporalidad que actúa y se manifiesta incluso a falta de *decurso*, es decir, en la inmovilidad del instante que (precisamente) no transcurre (jamás). A esto le corresponde, lógicamente, una mirada sincrónica.

Por eso, parece lógico y correcto deducir de ello que el derecho *no tiene* historia, porque *es* historia. No es tampoco un añadido ornamental ni una vistosa lazada. La historia es la vida y la estructura del derecho. Sin historia, privado de cuanto ésta implica, es decir, de la temporalidad, el derecho no es incompleto, es decir más débil o menos convincente: simplemente, no es, no existe, no es imaginable¹⁶ ni visible. El inolvidable maestro que fue Ricardo Orestano celebró como nadie la importancia de este moderno descubrimiento¹⁷ e hizo de él el criterio-guía de su incomparable *Introduzione allo studio del diritto romano*¹⁸.

14 Es fundamental R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte, passim*, especialmente pp. 8-9, 15; D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 401-403; D. Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 32 ss.; como también *supra*, pp. 72 ss.

15 Es la perspectiva magistralmente examinada por M. Bretone, «Tempo e ragione giuridica fra antico e moderno», *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36 (2006), pp. 285-304, especialmente 285-293, y tratada también, de modo excepcional, en la obra de F. Ost, *Le temps du droit*, Paris 1999. En efecto, reflexiona sobre todo acerca de situaciones en las que el jurista *pasa*, o *corre*, como pasa y corre el tiempo; o bien *lucha* contra el tiempo que se le escapa. En ambos casos se enfrenta al tiempo, dispone de él, reacciona ante cambios que no han sido casuales, sino *provocados* por el transcurso del tiempo. Esta perspectiva se encuentra también en A. Cabanis, «L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil», en *Mélanges offerts à P. Hebraud, Université des sciences sociales de Toulouse*, Toulouse 1981, pp. 171-183.

16 R. Orestano, *Introduzione, passim*, por ejemplo pp. 177, 197, 209.

17 R. Orestano, *Introduzione, passim*, por ejemplo pp. 11, 175, 567.

18 R. Orestano, *Introduzione*, pp. 14, 177. Razón por la cual la comprensión de la historicidad del derecho pudo convertirse en «la madre de todos los problemas» (ibíd., pp. 175, 185).

Quizá, como ocurre en la actualidad, haya quien considere exagerado insistir sobre estos temas. Se habla mucho de ellos, es cierto, pero no por eso la percepción de la historicidad se ha convertido en una práctica corriente. Lo que se admite hoy con más facilidad que ayer, y precisándolo mejor aunque todavía de forma vaga, es el valor heurístico de la historia para el derecho moderno¹⁹; o también la utilidad de consultar lo que está detrás de nosotros, para comprender las razones que se ocultan en el derecho actual²⁰. Se ha convertido casi en una moda afirmar que el estudio del derecho vigente sólo es concebible respetando las coordenadas históricas; una moda ante la cual se rinden hasta los neopandectistas²¹, demostrando con ello cierta perplejidad comprensible²².

Pero la historicidad, tal como la intuyó y la describió Orestano como piedra angular de su investigación, tiene poco en común con esta imprecisa y equívoca exhortación formulada en el pasado. Expresa, más bien, la íntima e inevitable *dependencia* del derecho, tanto el histórico como el vigente, de coordenadas temporales²³. Y demuestra que sólo es posible comprenderlo teniéndola en cuenta,

19 R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 315, nota 382.

20 «Wir blicken zurück, um zu begreifen, wie und warum sich das Recht so entwickelt hat, wie wir es heute vorfinden» [Miramos hacia atrás, para comprender cómo y por qué ha cambiado tanto el derecho hasta el día de hoy]: R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 312. Como, se había ya pronunciado, hace setenta años, Gaetano Salvemini desde Harvard: «directa o indirectamente, toda investigación histórica trata de resolver el problema fundamental de saber de qué modo ha llegado a ser como es una situación dada del *presente*» (véase la intervención de R. Ajello en el coloquio florentino de 1992, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 61 ss., la cita en 71-72).

21 Porque les permite, quizá, confirmar la validez de la concepción histórica de la ciencia jurídica (tal como Savigny la había elaborado, finalmente, en el *System des heutigen römischen Rechts*, volumen I, Berlin 1840, pp. XIV ss.) incluso en relación con los códigos regularmente sancionados y vigentes. Véase, por ejemplo, R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, *passim*, especialmente pp. 249-251, 259, 311-312.

22 Este hecho no se le escapa a J. Rückert, «Juristische Zeitgeschichte», en M. Stolleis (ed.), *Juristische Zeitgeschichte*, pp. 23-33, especialmente 27.

23 Entre los autores alemanes, Dietelm Klippel ha sido el que más ha insistido sobre estos temas, con gran determinación y perseverancia. Véase, por ejemplo, *Rechtsgeschichte*, pp. 133-134; *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, pp. 278-279; «Entstehung und heutige Aufgaben der „Privatrechtsgeschichte der Neuzeit“», en G. Köbler (ed.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte*. Festschrift für Karl Kröschell, Frankfurt a.M. 1987, pp. 145-167, especialmente 162-163, 165-166; «Ideen-Normen-Lebenswelt. Exegese und Kontexterschliessung in der Rechtsgeschichte», *Scientia poetica. Jahrbuch für Geschichte der Literatur und der Wissenschaften* 4 (2000), pp. 179-191, especialmente 184 ss., 189-190. Es original también el punto de vista de D. Wyduckel, *Schnittstelle von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, pp. 128-132.

y que sólo teniéndola en cuenta es posible enseñarlo²⁴. Y concretando aún más, la historicidad expresa la subordinación del derecho a su contexto natural²⁵ que, como veremos, es el social²⁶. Así pues, da por descontado que también el derecho vigente está condicionado por las relaciones políticas, culturales, religiosas, económicas y morales típicas de la sociedad en la que fue sancionado y en la que actualmente produce sus efectos; una sociedad que, a su manera, lo refleja. Y de ello deduce, aceptándolo, que al modificarse este contexto cambian (poco o mucho, éste no es el problema) la intensidad de la adhesión de sus destinatarios y su receptividad, así como la interpretación e incluso el alcance concreto, de cada una de las normas²⁷. Así concebida, la historicidad muestra los límites de cualquier investigación histórica que, deseosa tan sólo de resultados generales y abstractos, transgreda las coordenadas espaciales y temporales²⁸. Y si condena el positivismo, lo hace porque éste no consiente ver y reconocer la influencia de los factores extrajurídicos citados, no sólo en la interpretación, sino también en la «simple» aplicación del derecho²⁹. Por ello parece plausible vislumbrar en esta concepción de la historicidad la compensación de una pérdida; de la pérdida cultural provocada, sin duda, por la codificación del derecho. Al trazar autoritariamente los límites del derecho vigente, al redefinirlo *per exclusionem*, incitó a vivir de espaldas al pasado³⁰. Sin embargo, *esta* historicidad no se confunde apresuradamente con un simple barniz cultural. No está llena de presunción por las palabras y por las

24 Reflejo de esta tendencia es el hecho de que la última edición de la ya célebre *Introduzione* de Orestano haya renunciado al adjetivo «histórico», que podía leerse aún en el título de las dos primeras (*Introduzione allo studio storico del diritto romano*, 1953, 1961). Lo manifiesta el propio autor, *Introduzione*, pp. 1, 176, 355, 361, 509. Sobre el argumento desarrollado en el texto, *ibíd.*, pp. 343 ss., 511.

25 R. Orestano, *Introduzione*, *passim*, sobre todo pp. 199, 201, etc.

26 A este respecto, Orestano habla de un verdadero y auténtico «condicionamiento», y de la necesidad de tenerlo en cuenta al reflexionar sobre cada una de las cuestiones (*Introduzione*, p. 337, 452, 453, 455).

27 Se relaciona con la dimensión dinámica del principio de la historicidad, a la que ya se ha hecho referencia, R. Orestano, *Introduzione*, pp. 242-243, 263, 452-453. Merecen, por ello, particular atención precisamente las transformaciones del ordenamiento jurídico que se desarrollan mientras escribimos sobre ellas, como por ejemplo la internacionalización del derecho y el desmoronamiento del sistema de fuentes instituido antaño por el estado burgués, más conocido como «descodificación» del derecho privado. Llama la atención oportunamente sobre estos aspectos M. Fioravanti en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 143-149.

28 R. Orestano, *Introduzione*, pp. 450, 568-569.

29 Insiste en este aspecto R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, pp. 14-15, 26, 43.

30 P. Caroni, *Saggi*, pp. 39-44; *Íd.*, *La storia della codificazione e quella del codice*, pp. 66 ss.; *Íd.*, *Il codice rinviato*, pp. 272 ss.; *Íd.*, *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 42 ss.

modas. Pero es el camino que debe recorrerse para aspirar a la *cognitio veritatis*. Ni más ni menos.

Intentemos ahora resumir. Sólo hay una razón que obligue a insistir, entre quienes enseñan, en que sean conscientes de los condicionamientos espacio-temporales del derecho. Es preciso no hacerlo *decorandi vel colorandi causa*, porque sólo así se podrá comprobar cuál es el derecho realmente «vigente». Quien se atiene a ello no presta sólo un servicio «útil», como por desgracia se lee habitualmente. Tampoco actúa como un criado servicial³¹, porque la historia, es decir la disciplina a la que esta tarea indelegable le fue, por desgracia, delegada³², no añade nada, no completa nada, y menos aún nos convierte en sabios. Se corresponde con cuanto hasta ahora se ha recordado, tiene su propia finalidad, es *autónoma*: indica el procedimiento al que todo jurista deberá atenerse para entender cómo nace y cómo actúa el derecho en una sociedad. No es uno entre otros muchos, sino el *único* camino que debe seguirse. Está abocada a ello, nos guste o no nos guste.

Una obligación de este tipo ¿es una «hipoteca»? No me oiréis decirlo³³. Pero es evidente que «condiciona» a quien intente cumplirla. Deberá seguir algunas indicaciones precisas y moverse según tales directrices. Le frenarán restricciones, incómodas para su propia libertad de movimientos, y por ello se lamentarán sólo los historiadores que, hasta ahora, han evitado medirse con las exigencias de carácter didáctico, y que han hecho oídos sordos ante los correspondientes llamamientos. También ellos deberán conformarse, antes o después, poner buena cara ante la eventual crítica de sus programas e ingeniárselas para proporcionar una enseñanza más eficaz. Por ello, no hay que excluir una confusión en los argumentos, e incluso renunciar a proponer y desarrollar temas apreciados por el docente y objeto preferido de sus investigaciones, cuando resulten poco aptos para ilustrar la historicidad del derecho vigente.

¿Cuáles serán, entonces, las épocas y los temas indicados desde el punto de vista didáctico? ¿Y cómo desarrollarlos? Creo que hay que contentarse con razonamientos muy prácticos³⁴, capaces de atraer la atención de los futuros juristas sobre la estructura *también* temporal del derecho moderno³⁵, de convencerles de que ésta interferirá *de todos modos* en su actividad diaria y, por consiguiente,

31 Véase *supra*, pp. 61-63, 84-85, 107.

32 Lo confirma, de manera convincente, M. Sbriccoli en *Quaderni fiorentini* 2, 1973, p. 765.

33 En el mismo sentido, F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 421.

34 Idea querida por T. Mommsen, *Juristische Schriften*, III, pp. 591-600, especialmente 592-593.

35 K. Kröschell, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, p. 25.

de prepararles a gestionar con serenidad esta presencia. Para llegar tan lejos el programa debería

a) respetar el indudable deseo de los destinatarios de moverse en el ámbito de la actualidad³⁶. Si la época elegida debe desembocar por casualidad en el presente, eso se lleva ganado³⁷;

b) privilegiar la uniformidad y la cohesión de todos los elementos de la experiencia jurídica³⁸, incluso en perjuicio del tratamiento de episodios sectoriales, o de tradiciones diferentes, fruto de distinciones ya abandonadas por estar en desuso y resultar por ello incomprensibles³⁹. Esto debería favorecer tanto la credibilidad del mensaje como la simplificación de la materia expuesta;

c) no contentarse con aludir, esporádicamente y de pasada, a la relación de la evolución jurídica con su contexto extrajurídico, sino situar la historicidad, tal y como ha sido descrita, en el centro de la enseñanza; considerarla, en realidad, una premisa del programa, de un programa que, por ello, deberá hacer sitio a toda la problemática determinada por esta dependencia: por ejemplo, a la historia de las reglas que emergen, primero, del magma extrajurídico y se revisitan, luego, de juridicidad, para volver a sumergirse, tragadas literalmente por la conflictividad social que lo caracteriza. Viven continuamente en equilibrio entre

36 Es compartible la apreciación de D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 399-400; C. Dipper, «Sozialgeschichte und Verfassungsgeschichte. Zur europäischen Verfassungsgeschichte aus der Sicht der Geschichtswissenschaft», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin 1991, pp. 173-198, especialmente 173; M. Villey, *Auguste Comte et l'histoire du droit*, en *Méthode sociologique et droit*. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg, 26-28 novembre 1956, Paris 1958, pp. 135-147, especialmente 145: «Dans une faculté de droit, on attend surtout de l'historien qu'il éclaire le droit *présent*, pour autant que celui-ci résulte d'une tradition ou d'une évolution anciennes; nous lui demandons de *choisir* dans le passé ce qui se *lie* à la vie présente» [En una Facultad de derecho, lo que se espera del historiador es, sobre todo, que aclare el derecho del *presente*, puesto que es el resultado de una tradición o de una evolución antigua; le pedimos que *escoja* del pasado lo que *enlaza* con la vida actual]. El mismo concepto también en M. Villey, «Ce que l'histoire du droit doit à Comte», en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique*. Mélanges Henri Lévy-Bruhl, Paris 1959, pp. 497-502, en particular la cita de la p. 499.

37 Disienten, obviamente, los autores (como por ejemplo M. Bellomo en P. Grossi [ed.], *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 28, 31) que prefieren el período del derecho común, aunque luego se ven casi obligados a negar (o al menos a poner en duda) el carácter innovador de los códigos de derecho privado.

38 Aclara el concepto de «experiencia jurídica» R. Orestano, *Introduzione*, pp. 16 nota 3, 18, 353 ss.

39 Véase, al respecto, por ejemplo, K. Kröschell, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, p. 25; D. Simon, «Rechtsgeschichte», en A. Görlitz (ed.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Reinbeck bei Hamburg 1974, volumen II, pp. 314-318; P. Caroni, «Quale storia per il diritto ingabbiato dal codice?», en *Saggi*, pp. 165-199, en particular 191-199.

dos mundos, y están determinadas por una dialéctica que las enfrenta⁴⁰. Dicho de otro modo: es deseable una historia jurídica dispuesta a instalarse, de forma duradera, en el núcleo *social* del derecho, sin renunciar por ello a su perfil específico e inconfundible.

3. Ubi societates, ibi ius

Este programa, muy ambicioso, sería irrealizable si no pudiéramos aprovechar cuanto nos ofrecen y nos enseñan las otras disciplinas históricas. En efecto, son ellas las que, al relacionarse y enlazarse, se elevan e iluminan el contexto extra-jurídico al que remite el derecho preferentemente; no sólo para obtener una información que haga fluir la interpretación, sino también para conocer la extensión del propio territorio. Porque el límite que lo separa de los campos contiguos no se fija de una vez para siempre a partir de directrices abstractas, sino que es resultado de la concurrencia de todas las fuerzas que confluyen en lo social y que, a la vez, lo presionan. Todas juntas conforman el círculo natural de la sociedad; tanto de la sociedad en general como de cada uno de los sectores en particular que, a menudo, la atacan, persiguen otras combinaciones, regresan luego y se agregan de nuevo, impulsados por dinámicas que los sociólogos conocen y describen con gran abundancia de detalles. La relación derecho-sociedad se resuelve, así, en tres planos diferentes:

a) Ante todo, el derecho surge en la sociedad, por lo tanto tiene siempre un origen humano, sea éste la *consuetudo*, la ley, la sentencia o la doctrina⁴¹. Gracias a su historicidad, resiste fácilmente todos los intentos de explicar su origen a partir de un razonamiento teocrático, iusnaturalista, racionalista o positivista⁴².

b) En segundo lugar, el derecho tiende, por naturaleza, a ordenar la sociedad. Y lo hace, como veremos, compitiendo con otras estrategias. Presta este servicio siguiendo las intenciones del legislador, o bien plegándose a la lógica, más o menos previsible, resultante de la conflictividad social. Por lo tanto, si es cierto que el derecho presiona sobre la sociedad, es igualmente cierto que, a menudo, ésta lo condiciona y lo modifica. Sólo teniendo en cuenta este movimiento pendular, esta interacción, será posible circunscribir el ámbito del derecho vigente de

40 Dialéctica entre el derecho y la realidad social, cuyo alcance es oportunamente precisado por E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, pp. 28-29.

41 Sobre la correspondiente sentencia de Placentino («author iuris est homo, iustitiae Deus»), véase F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951, p. 190 *et passim*; R. Orestano, *Introduzione*, p. 189.

42 R. Orestano, *Introduzione*, pp. 190, 567.

un modo creíble y, en particular, mostrar cuáles son sus reglas y qué resultados concretos produce su aplicación⁴³.

c) Cuando nuevas exigencias sociales, o una nueva concentración de poder, entran en conflicto con el derecho vigente porque no tiene demasiado en cuenta sus (más o menos justificadas) expectativas, la importancia de esta interacción se percibe nítidamente. De hecho, el deseo de conseguir un nuevo derecho más acorde con esas expectativas se fortalece y, antes o después, se convierte en realidad. La actualización subsiguiente confirma que el universo jurídico no es una masa informe e inmóvil y que su historicidad –vista aquí en su dimensión dinámica– no es más que el reflejo de aquel movimiento pendular⁴⁴.

Se intuye con facilidad lo que estas situaciones, típicas a su manera, pueden enseñar: derecho y sociedad interaccionan, no por libre elección sino necesariamente. Se condicionan el uno a la otra como el aire y la llama, según el frío aserto de Pascal: «La llama no se mantiene sin aire; así pues, para conocer el uno, es necesario conocer la otra»⁴⁵. El derecho vive en la realidad social, está literalmente envuelto por ella y, a su vez, la envuelve con un retículo normativo⁴⁶. Su único objetivo es corresponderle ordenándola⁴⁷. Si existe, es para eso. Al extinguirse o faltarle este objetivo, es impensable e inexistente. Como se ve, la autarquía no es su fuerte. Al menos en este sentido es correcto creer que no tiene vida propia y autónoma⁴⁸; ni siquiera tiene su propia historia, distinta de la de la sociedad. Aunque la que tiene remite inevitablemente a la historia social⁴⁹.

Así pues, quien ve en la historia jurídica el reflejo necesario de la historia de la sociedad⁵⁰ no se sentirá atraído por las investigaciones históricas elabora-

43 En este sentido, por ejemplo, R. Romanelli en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 299-318, en particular 308-309.

44 E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, pp. 27-28, y también *supra*, pp. 72-74, 119-121; *infra*, pp. 186, 210 ss.

45 «La flamme ne subsiste point sans l'air; donc, pour connaître l'un, il faut connaître l'autre»: B. Pascal, *Pensées*, en *Oeuvres complètes*, edición de Jacques Chevalier, Bibliothèque de la Pléiade, Paris 1969, p. 1110.

46 E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, pp. 25-31; R. Orestano, *Introduzione*, pp. 199, 358 *et passim*; S. Romano, *L'ordinamento giuridico*, 2ª ed., Firenze 1946, pp. 25 ss.

47 E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, p. 26.

48 D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 409 ss., 413 ss.

49 Literalmente: «Es (*i.e.* das Recht) hat nicht eine eigene Geschichte neben der Geschichte der Gesellschaft, sondern es hat seine Geschichte nur *in* und *mit* der Geschichte der Gesamtgesellschaft» [Éste (es decir, el derecho) no tiene una historia propia frente a la historia de la sociedad, sino que su historia se halla solo *en* y *con* la historia que concierne a toda la sociedad] (E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, p. 30).

50 Sobre este punto, el consenso se da por descontado, aunque no siempre sin reservas. Lo demuestran, entre otros muchos, los puntos de vista expresados por M. Bretone, *Diritto e tempo*,

das sin contar con la «vinculación entre los fenómenos, entre la producción del derecho y su entorno social, entre el presente y el pasado»⁵¹. Precisamente por ello, aparecen cosas imaginarias y artificiales, y por ello también construcciones ilusorias⁵² que sería poco recomendable volcar en la enseñanza.

Resumiendo: cuanto más se reflexiona sobre las otras disciplinas históricas, sobre cuanto describen y sobre los nexos que descubren, más se convence uno de la necesidad de recurrir a ellas, no sólo ocasional, sino sistemáticamente⁵³. Una historia jurídica profesada con esta conciencia, y atenta, por ello, a los numerosos mensajes que llegan desde el huerto del vecino, se incluye teóricamente en un plan de estudios predispuerto para formar juristas. ¿Por qué motivo? Porque no omite, ni esconde; manifiesta y examina, más bien, las conexiones entre las situaciones jurídicas y la realidad social, cuya ignorancia hace difícil, cuando no imposible, explicar la función que cumple el derecho en una sociedad histórica, e

passim, especialmente pp. 155-170, 171-192; C. Faralli, *Il tempo dello storico e il tempo del sociologo*, p. 210; F. Belvisi, «Helmuth Schelsky e la sociologia come “storiografia sociale del presente”», en M.G. Losano (ed.), *Storia contemporanea del diritto*, pp. 225-265, especialmente 229; M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, p. 128; Íd. en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 125-127; P. Schiera en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 265; P. Landau, *Rechtsgeschichte und Soziologie*, p. 24; G. Dilcher, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 391; D. Klippel, *Entstehung und heutige Aufgaben*, p. 165; Íd., *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 279 nota 61; M. Senn, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel. Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zürich 1982, pp. 153 ss.; J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 450; J.-L. Halpérin, «L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?», *Revue d'Histoire des Sciences humaines* 4 (2000), pp. 9-32, especialmente 29. Son notables los ejemplos concretos citados por A. Momigliano, *Le conseguenze*, p. 23.

51 «Liaison entre les phénomènes, entre la production du droit et son environnement social, entre le présent et le passé»: M. Villey, *Auguste Comte*, p. 145.

52 Postura oportunamente desenmascarada por J. Dewey, *Experience and Nature*, Chicago 1925; a su reprimenda le ha dedicado amplio espacio, con justicia, R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 127 ss., 279.

53 Lo que quizá explica por qué a las Facultades de Derecho les gusta delegar, precisamente en el historiador del derecho, la tarea de mantener relaciones, no sólo diplomáticamente correctas, sino científicamente estimulantes, con las llamadas disciplinas afines, en especial con la sociología (general o jurídica). Véase, al respecto, R. Orestano, *Introduzione*, pp. 301 ss., 442; Íd., «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna 1981, pp. 159-191; M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, p. 132; H. Lévy-Bruhl, *La méthode sociologique*, pp. 121-133. En el preámbulo de esta miscelánea, redactado por M. Villey, se afirma que los historiadores del derecho son «les plus sociologues des juristes, car ils ne manquent plus de relier les lois à leurs causes, aux mentalités archaïques, aux croyances théologiques, aux systèmes d'éducation, aux structures sociales ou poursuivent jusque dans les faits la fortune des lois» [los juristas más sociólogos, porque relacionan las leyes con sus causas, con las mentalidades arcaicas, con las creencias teológicas, con los sistemas de educación y con las estructuras sociales, o incluso buscan la suerte de las leyes en los hechos] (p. 7).

incluso comprobar el auténtico valor de las reglas jurídicas⁵⁴. Es por ello probable que quien tenga acceso al universo del derecho vigente tras haber seguido este itinerario sea también sensible al papel compensatorio que el derecho está, tal vez, llamado a representar sobre el fondo de los conflictos sociales⁵⁵.

El programa así diseñado, como las opciones pedagógicas y jurídico-políticas en las que se inspira, ni es nuevo, ni es original. Se propone periódicamente, desde hace treinta años, con argumentos que cambian a tenor de las circunstancias⁵⁶. Es probable que haya convencido a algunos y se hayan adherido a él. Pero se enfrentan continuamente al escepticismo corporativo⁵⁷. Quizá porque al proponerlo se prefirieron formulaciones provocadoras y abstractas que anunciaban discursos demasiado veleidosos y «fríos» con los que nadie se sentía realmente comprometido y que a nadie perturbaban. Quizá es mejor cambiar de estrategia, escoger una más próxima a las cosas concretas y al sentido común, a situaciones que todos, por experiencia personal, conocen; y demostrar, precisamente en estos casos, cómo una historia jurídica, enriquecida por el contacto con las historias hermanas, puede propiciar «lecturas» más convincentes. Incluso yo quiero intentarlo, reflexionando ahora sobre cuatro situaciones concretas.

4. *La estructura conflictiva de la sociedad*

La primera nos induce a reflexionar sobre la estructura (interna) de la sociedad en la que —como se dijo—, con el transcurso del tiempo, surge el derecho, se consolida y se extingue, privado ya de sus objetivos y sustituido por un nuevo derecho, o superado por una estrategia reguladora coincidente. La atraviesan a diario tensiones políticas, económicas y culturales, y a menudo la hieren los enfrentamientos que derivan de ellas. A todas estas cosas se alude explícitamente cuando tal sociedad se considera conflictiva.

Si se comparten las consideraciones ya expresadas sobre la relación que une el derecho a la sociedad, se admitirá sin duda que la conflictividad se refleja

54 Son destacables las reflexiones al respecto de M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, pp. 138, 142.

55 Señalan el enriquecimiento que esto le proporciona al jurista P. Grossi, *Absolutismo giuridico*, pp. 200, 220 ss.; Íd., *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. VII, 16; G. Dilcher, *Überlegungen*, pp. 4 ss.; B. Paradisi, *Apologia della storia giuridica*, Bologna 1973, p. 525.

56 Véase, por ejemplo, D. Simon, *Rechtsgeschichte*, pp. 315, 317.

57 Reflexiona sobre ello E. Picker, «Von Traumen und Träumen der Rechtsgeschichte(l)e(r). Zur Krise, Paralyse und Katharsis einer gebeutelten Wissenschaft», en D. Klippel/H.-J. Becker/R. Zimmermann (eds.), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, pp. 137-151, en particular 146-151.

también en el derecho de esta sociedad, el cual aparece entonces como un arreglo dictado por la conflictividad; un arreglo que dice mucho, ya sea sobre las fuerzas que están en juego, ya sea sobre lo que se gana. Resulta, pues, que lo que así se formula y se sanciona difícilmente puede ser el derecho de todos, neutral y equidistante. Se encuentra, desde luego, más cerca de las aspiraciones del vencedor que de las de quienes, vencidos, abandonan el campo⁵⁸. En épocas más remotas, la parcialidad del derecho era manifiesta y perceptible, porque entonces el derecho llamaba por su nombre a las desigualdades y a los rechazos, no se avergonzaba de ellos y tampoco los disfrutaba a escondidas. Más bien se refería a ellos explícitamente, como lo demuestran, por ejemplo, las reglas del derecho feudal⁵⁹. El derecho burgués, como es sabido, ha preferido esconderlos. Pero no puede impedir que el olfato del historiador los haga salir de su madriguera y se sirva de ellos en su tarea.

Así pues, no es fácil juzgar qué es lo que tiene efectivamente a su disposición el historiador así interpelado para excavar en la fachada —aparentemente «inocente»— del derecho burgués, y para valorar después sus descubrimientos. En efecto, se remiten a situaciones que aconsejan prudencia. Pienso en la vitalidad intacta de las preferencias y los hábitos, que le impiden al historiador darse cuenta del contexto social; en ocasiones casi se lo prohíben. Pero a cambio, refuerzan la autonomía de la disciplina y de los puntos de vista que propone. Cito, por ejemplo, la pasión con la que el historiador del derecho (a diferencia de otros historiadores)⁶⁰ indaga obstinadamente en el *problema de los orígenes* y luego en la evolución ininterrumpida, inmutable y armónica de cada derecho, cada doctrina y cada institución; y lo hace con una exuberancia totalmente diacrónica, deduciendo siempre de ellas, con regularidad, nuevas continuidades. Es una postura, en sí misma, nada execrable, porque la continuidad, verdadera o presunta, conforta, es decir, satisface la necesidad de certeza que todos experimentamos⁶¹. Pero todo cambia si, para descubrir y hacer resplandecer esta bendita continuidad, se introducen distinciones más que discutibles, cuando no odiosas (la que

58 L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, pp. 7, 9, 39 *et passim*; P. Caroni, *Il codice rinviato*, pp. 303-305 *et passim*; y también *supra*, pp. 81-82.

59 P. Caroni, *Saggi*, pp. 25 ss., 139 ss., *et supra*, pp. 80 ss.

60 Aclara extraordinariamente las posturas aquí contrapuestas C. Violante, «Storia e dimensione giuridica», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 65-125, especialmente 122; A.M. Hespanha, *Une «Nouvelle histoire» du droit?*, pp. 318-319. No se excluye que el sobrevalorar el proceso normativo —de ello se hablará en breve— no haya reforzado ulteriormente el interés del historiador del derecho por el problema de los orígenes.

61 *Supra*, pp. 86-87.

distingue entre perlas y detritus no es la única pero goza de una larga tradición⁶² y está actualmente en boga⁶³), distorsionando de este modo las fuentes. Si al mismo tiempo se omiten o se devalúan todos los datos que demuestran, por el contrario, las interrupciones y los cambios, las cosas se ponen decididamente mal y sufre por ello la credibilidad de la narración⁶⁴.

Otro ejemplo, no menos elocuente, lo ofrece la ayuda sin fisuras que se le otorga a la idea de las *historias paralelas* a las que corresponderían otros tantos grupos sociales, no situadas necesariamente en el mismo plano pero todas igualmente autónomas. Bien mirado, es una consecuencia casi inevitable de la extrapolación –más o menos arbitraria– de cada uno de los datos de la tradición, es decir, de factores, elementos o segmentos. Liberados de la red en la que todos estaban envueltos hasta entonces, se colocan seguidamente de forma escrupulosa sobre líneas paralelas, para representar una evolución ininterrumpida y tranquila, es decir, incontaminada, dado que las líneas paralelas pueden, quizá, caminar muy cerca, pero no se juntan jamás. La mirada sincrónica capta en ellas aspectos parciales y autónomos de una misma y compleja realidad social. No escasean los ejemplos concretos que defienden momentos cruciales de la investigación, con puntos de vista más o menos convincentes: piénsese en la rígida dualidad (savignyana, aunque no sólo) *ius commune* y *ius proprium*⁶⁵, en la presencia si-

62 Cuando el historiador del derecho (y en el fondo también el generalista) explora el pasado en busca de confirmaciones (esperando convertirse, así, en pionero y descubrir prefiguraciones, anticipaciones o modelos) y se topa, en cambio, con hallazgos que no encajan en sus planos porque corresponden a otras expectativas o parecen no tener sentido alguno, los *descalifica inevitablemente*. El mecanismo descrito no es una peculiaridad de las investigaciones romanísticas. Pero lo cierto es que los romanistas recurren a él de buen grado, para hacer brillar, sobre todo, las perlas del derecho clásico, siguiendo al respecto el ejemplo de Savigny. Así, por ejemplo, T. Mommsen, *Juristische Schriften*, III, p. 584; C. Appleton, «Observations sur la méthode dans l'enseignement du droit en général, du droit romain en particulier et sur les réformes adoptées en 1889», en *Revue internationale de l'enseignement* 11, 1891, pp. 235-278, especialmente 252, 261, 264, 265, 270; G. Astuti, *Il «Code Napoléon» in Italia e la sua influenza sui codici degli stati unitari successivi* (1969), en *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea. Raccolta di scritti*, volumen II, Napoli 1984, pp. 713-801, especialmente 722, 758-759.

63 Sobre esta problemática costumbre, véase P. Caroni en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 326-327; Íd., *La storia della codificazione e quella del codice*, pp. 62-63; E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 852-853; y también *supra*, pp. 106-107.

64 Critican estas prácticas, tras una concienzuda reflexión, P. Grossi, *Storia sociale e dimensione giuridica*, p. 16; M.J. Horwitz, «Die konservative Tradition in der Literatur zur amerikanischen Rechtsgeschichte», en M. Killias/M. Reh binder (eds.), *Rechtsgeschichte und Rechtssoziologie*, pp. 99-110, especialmente 100, 109; O. Brunner, *Der Historiker*, p. 12; H. Krause, *Der Historiker*, pp. 23 ss.

65 Lo he indicado *supra* (pp. 99-100) y lo indicaré *infra* (pp. 162-165, 172), para recordar

multánea de distintas tradiciones (romana, germánica, canónica y iusnaturalista) en los códigos burgueses, en la evolución simétrica de la ley y la costumbre, del derecho popular y del «sapiencial».

Quien le asigna a cualquier «momento», de forma preliminar, su propio campo de acción, exclusivo e indiscutido, dibuja un escenario ordenado y armónico. Recuerda ciertos paisajes limpios y aseados, dispuestos con gran esmero, donde la oportuna parcelación ha facilitado un desarrollo verdaderamente equilibrado. Es ésta una metáfora a la que se recurre de buen grado para inferir de ella la urgencia de una reconstrucción análoga de la historia, cuidando de no confundir las líneas para no contaminar la «pureza» de cada una de las tradiciones⁶⁶. Pero esta metáfora, como por lo demás otras muchas, también es engañosa. Quizá a media voz, pero es engañosa, pues en la realidad, aunque no en la descrita a menudo por los historiadores, demasiado depurada para ser verdadera, el conflicto irrumpe y destruye el idilio. Demuestra que la armonía y el equilibrio de la reconstrucción son una ficción y que las historias no transcurren realmente en paralelo, una junto a otra, cada una de ellas desarrollándose en un espacio exclusivo, sino que *concurreren* y también se cruzan y se encuentran, movidas por el conflicto de fondo del que se habló. Y las preferencias sugeridas por los historiadores no son las que deciden cuál prevalece al fin. Así pues, no se consolida necesariamente la tradición más remota, o la que se atiene con más fidelidad que otras a los valores que se consideran originales⁶⁷. Prevalecen, más bien, las soluciones que, solas o libremente combinadas con otras, le resultan más convenientes a quien prevalece en el conflicto, porque le parecen también las más acordes

que el *ius commune* y el *ius proprium* no vivieron en universos diferentes y sin comunicación (como le resultó cómodo creer a Savigny), sino que confluyeron de modo sistemático en la *interpretatio*.

66 Le corresponde a este programa la descripción de cada una de las fuentes en particular y su distribución ordenada, idónea por ello para demostrar la riqueza del sistema de fuentes, por lo general el del derecho común, dando por sentado que todas estaban en vigor al mismo tiempo y confluían, debidamente interpretadas y combinadas, en la sentencia del iudicente.

67 De lo que es lícito deducir lo discutible de la creencia, compartida durante mucho tiempo, durante mucho tiempo dominante y aún fresca en la memoria, que ordenaba interpretar las figuras romanas del código a continuación de las fuentes clásicas, las germánicas a continuación de las diferentes fuentes alemanas. He expresado, al respecto, cierta perplejidad en los *Saggi*, pp. 191 ss. En el origen de esta teoría se encontraba la certeza, indiscutida durante todo el siglo XIX, de que «wonach man das Gesetzbuch nur durch Rückgang auf seine Quellen verstehen können» [tras esto, sólo se puede comprender el código remontándose a sus fuentes] (así M.A.v. Bethmann-Hollweg, a quien ha remitido recientemente P. Landau, «Zwei Programmschriften aus den Anfangsjahren der Redaktion des BGB», en W.Hadding [ed.], *Festgabe Zivilrechtslehrer 1934/1935*, Berlin/New York 1999, pp. 319-332, la cita en p. 325). Sobre este punto, véase también *infra*, pp. 171, 174-175, 195-196.

con su programa. En conclusión, parece lícito deducir de ello que la regular y cotidiana confluencia de experiencias heterogéneas, e incluso contrastantes⁶⁸, y su inevitable confusión parecen mucho más plausibles que las improbables historias paralelas⁶⁹ de las que he partido.

5. La norma jurídica y su ejecución

La segunda situación de la que querría ocuparme brevemente se relaciona, al menos en parte, con las consideraciones iniciales, porque reabre la discusión sobre una crítica dirigida contra los historiadores del derecho desde muchos ámbitos. Tradicionalmente, son acusados de haber ignorado algo esencial: que «la norma jurídica (una vez se ha hecho *presente*) no es, de ningún modo, independiente del comportamiento de los hombres a los que se dirige»⁷⁰. Por eso, le es inherente «un principio de falta de plenitud»⁷¹, lo que debería incitar al historiador a indagar sobre cuál fue su destino concreto en la sociedad para la que, en teoría, fue formulada y, por ello, qué trataba de regular; a verificar si fue recibida y respetada siguiendo las intenciones del legislador, o si fue aplicada pero con resultados que se apartaban de ellas y, por lo tanto, no deseados ni esperados. En opinión de quien comparte esta queja, hasta el momento los historiadores del derecho no habrían programado ni aclarado nada de esto. Se habrían contentado con comprobar

68 Y, siendo aún más explícito, ya no me contento con verificar la coexistencia regular de elementos heterogéneos (como de nuevo en *Il codice rinviato*, pp. 303 ss.), y tampoco me reconforta tropezarme con «la sincronía de lo asincrónico» (como afirma con solemnidad una extravagante fórmula moderna). He aspirado a llegar más lejos: pretendo discutir la idea de un enfoque pacífico, duradero y ordenado de historias tan diferentes. Sobre la fórmula que se acaba de citar, véase D. Willoweit, «Die Gleichzeitigkeit des Ungleichzeitigen. Rationales und traditionales Rechtsdenken im ausgehenden Mittelalter», en H. Boockmann/L. Grenzmann/B. Möller/M. Staehelin (eds.), *Recht und Verfassung im Übergang vom Mittelalter zur Neuzeit*, Teil II, Bericht über Kolloquien der Kommission zur Erforschung der Kultur des Spätmittelalters 1996 bis 1997, Göttingen 2001, pp. 369-385; A. Bürge, «Ausstrahlungen der historischen Rechtsschule in Frankreich», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 5 (1997), pp. 643-653, especialmente 653; P. Häberle, «Zeit und Verfassungskultur», en A. Peisl/A. Mohler (eds.), *Die Zeit*. Schriften der Carl-Friedrich-von-Siemens-Stiftung, volumen 6, 1983, pp. 289-343, especialmente 295.

69 Así le apostrofa, por buenas razones, U. Santarelli, «Recezione (storia)», in *Enciclopedia del diritto*, volumen XXXIX, Milano 1988, pp. 58-68, la cita en p. 63. Con ello no se pretende negar la existencia de *auténticas* historias paralelas, como lo son, por ejemplo, las descritas por F. Galgano, «Le storie parallele della maggioranza in politica e nell'economia», *Materiali per una storia della cultura giuridica* 36 (2006), pp. 339-393.

70 G. Husserl, *Diritto e tempo*, pp. 16 (y 35; en la versión original *Recht und Zeit*, pp. 23, 41).

71 G. Husserl, *Diritto e tempo*, p. 16 (en la versión original *Recht und Zeit*, p. 23).

la vigencia formal de las leyes, conseguida ésta según un procedimiento rígido y fácilmente demostrable, considerando obsoleto y, por ello, irrelevante todo lo que resultaba ajeno a esta primera y elemental comprobación. Los puntos de la «acusación» serían, pues: la indiscutible ventaja concedida a la historia de las ideas, la tendencia a privilegiar la historia de la ciencia jurídica, la reticencia a admitir y a profundizar en la importancia del contexto social y el deseo de concentrarse en los aspectos filosóficos y teóricos, sin ponerlos en relación con las verdades reveladas por la etología⁷². Como se ve, se trata de un cúmulo impresionante de censuras que explicarían, por sí solas, el frecuente desinterés por las materias jurídicas demostrado por los historiadores generalistas⁷³.

Para no hacerlo muy largo, la acusación no es nueva, ni manifiestamente infundada. No me alegra, es evidente. A nadie le gusta ser reprendido con tanto enojo. Pero provoca, igualmente, algo muy positivo, y por ello estoy dispuesto a tenerla en cuenta, aunque no sin alguna aclaración preliminar. Me parece oportuno, puesto que en el ardor de la crítica⁷⁴ quizá alguno, inadvertidamente, ha errado el tiro, ignorando así todo lo que ya se había hecho anteriormente.

a) También los errores tienen su historia. A veces es incluso más divertida que la de las cosas bien hechas; y con frecuencia mucho más instructiva. En efecto, pone de manifiesto las razones del error, explica por qué se cometió e incita a enmendarse a quien se equivoca. Quien lo critica desde fuera quizá no se ha dado cuenta todavía. No aspira a descubrir el mecanismo secreto que ha provocado los errores, y prefiere ponerlos en el debe de la ingenuidad de los historiadores del derecho, o bien creer que el culto a la continuidad, al que se consagran de buen grado, ha ocultado finalmente la perspectiva temporal. No puedo estar de acuerdo con esto, obviamente. Por eso trato de explicar de otro modo que se han sobrealorado, indudablemente, la «vigencia» de las reglas jurídicas, la fe en su fuerza taumatúrgica y la certeza de que, por eso, actuarían inmediata y automáticamente.

72 En una carta de Ernst. E. Hirsch a Hans Thieme, de 4 de febrero de 1983, la acusación se resume de este modo: «Vor zwanzig Jahren habe ich einen Aufsatz veröffentlicht 'Was kümmert uns die Rechtssoziologie'? Ich kann heute die Antwort geben: Unsere Kollegen von der Rechtsgeschichte keinen Deut! Bleiben Sie nur weiter bei ihrem ‚Naturrecht‘, treiben Sie Philosophie und Geschichte, ohne sich um die wissenschaftlichen Erkenntnisse der Verhaltensforschung zu kümmern!» [Hace veinte años publiqué un ensayo titulado «¿Qué nos importa la sociología del derecho?» Hoy puedo responder: ¡a nuestros colegas de historia del derecho, ni pizca! Siguen con su «derecho natural», y manejan la filosofía y la historia sin importarles el conocimiento científico de la etología]. El texto de esta excepcional filípica en H. Thieme, *Aus einem Briefwechsel mit Ernst Hirsch während seiner letzten Lebensjahren (1981-1985)*, p. 26.

73 Así, J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 25.

74 Así lo expresa D. Klippel, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*, p. 276.

Trato de ligar todas estas posturas a la particular atmósfera que ha caracterizado la larga y controvertida transición del viejo al nuevo sistema de fuentes. Para sostener esta hipótesis puedo aducir dos hechos. El primero: la distinción entre vigencia formal y material (que será típica de las leyes) era prácticamente desconocida⁷⁵ para el elemento fundamental del viejo sistema de fuentes, el derecho consuetudinario⁷⁶. El segundo: el cambio se produjo en un contexto favorable y casi eufórico, apoyado por sugerencias ilustradas, así como por estrategias e incluso cálculos estatalistas; es decir, por circunstancias en las que una esperanza común habría consolidado la legislación estatal inmediatamente y dondequiera. En ambos casos, un conocimiento más minucioso de cada una de las fases de la transición⁷⁷ demuestra, sin embargo, que las esperanzas estaban mal puestas y que, en la realidad, todo fue menos previsible y fulminante, y también menos lineal.

b) Quien considera el pasado como una colección de *exempla* y lo recorre en busca de soluciones concretas para el derecho vigente⁷⁸ se contenta a menudo con la regla en abstracto, tal como la encuentra o fue sancionada. Saber si fue de verdad aplicada, o si, en cambio, no fue atendida, no influye en el valor que –desde esta óptica legítima pero igualmente ajena a la actividad histórica, tal y como hasta ahora ha sido entendida– se le atribuye en tal caso al «modelo».

c) Si la reprimenda por no haber percibido la discrepancia entre norma y realidad se repite aún tal cual⁷⁹, se debe sólo a que se ignora que de cincuenta años a esta parte también la han impulsado los historiadores del derecho⁸⁰, y a

75 Se resume el tema en P. Caroni, *Consuetudo: Eine Einführung, passim*. Tema retomado luego y desarrollado con perspicacia por T. Simon, «Geltung. Der Weg von der Gewohnheit zur Positivität des Rechts», *Rg/Rechtsgeschichte* 7 (2005), pp. 100-137; Íd., «Vom “materiellen” zum “formellen” Publikationsprinzip», *ZNR* 30 (2008), pp. 201-220.

76 Tanto para el tradicional como para el «creado por la jurisprudencia», si queremos referirlo a la conocidísima distinción (*Beruf*, p. 79), propuesta aquí en la traducción de G. Marini, *La polemica sulla codificazione*, Napoli 2000, p. 101.

77 Hablo de ello extensamente en los *Saggi*, pp. 169 ss.; *Il codice rinviato*, pp. 263 ss., 269 ss., 280 ss.; *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 37 ss.

78 Ésta es, por ejemplo, la motivación de E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 528-531, 534.

79 Lo confirma, en la versión tradicional, un reciente volumen de los *Annales* íntegramente dedicado a temas histórico-jurídicos (*Annales. Histoire et Sciences Sociales* 57 [2002], N. 6, *Histoire et droit*, pp. 1425 ss.).

80 Por citar algunos ejemplos: G. Cassandro, *Metodologia storica e storia giuridica*, Bari 1949, pp. 36-40 *et passim*; G.K. Schmelzeisen, «Rechtsgeschichte und soziale Wirklichkeit», en S. Wendt (ed.), *Gesellschaft in Geschichte und Gegenwart. Beiträge zu sozialwissenschaftlichen Problemen*. Eine Festschrift für Friedrich Lenz, Berlin 1961, pp. 371-407, especialmente 371-372, 388 ss.; H. Krause, *Der Historiker*, pp. 25-26 (donde la llamada *Wirkungsgeschichte* es considerada

que su llamada no siempre cae en el vacío. Ya en 1967, Otto Brunner, al intervenir sobre la cuestión, subrayó el valor de la convicción de Heinrich Mitteis acerca de que tan importante es conocer la aplicación y la eficacia de las fuentes jurídicas como su contenido dogmático⁸¹. Entre tanto –es útil recordarlo explícitamente–, el mensaje fue recibido. Por ello, pueden encontrarse historiadores del derecho, algunos de gran relieve, para quienes hoy sería inconcebible ocuparse de la historia de la legislación (por ejemplo) sin indagar, al mismo tiempo, acerca de la actuación concreta de las leyes y sin estudiar su *Wirkungsgeschichte* [eficacia histórica]⁸². Su número aumenta de año en año⁸³. También se unen al grupo, obviamente, los historiadores a los que la tan alabada unidad jurídica europea les parece cada vez más un mito que se escapa, y que prefieren –contentando a unos y decepcionando a otros– análisis concretos para describir las situaciones jurídicas en sus condicionamientos temporales y espaciales⁸⁴; sin olvidar las investigaciones, y son realmente muchas, impulsadas gracias a un proyecto elaborado por el Max-Planck-Institut de Frankfurt, en 1988, bajo el título emblemático de

como la cima de la investigación iushistórica); D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 409-413, 418; E.-W. Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*, p. 28.

81 O. Brunner, *Der Historiker*, pp. 8-9, 13.

82 Son destacables las reflexiones al respecto de J. Rückert, «Stadt-Land-Recht-Agglomeration», en A. Cordes/J. Rückert/R. Schulze (eds.), *Stadt-Gemeinde-Genossenschaft, Festschrift für Gerhard Dilcher zum 70. Geburtstag*, Berlin 2003, pp. 253-289, especialmente 257-265. Reflexiones parcialmente anticipadas por B. Diestelkamp, «Das Verhältnis von Gesetz und Gewohnheitsrecht im 16. Jahrhundert. Aufgezeigt am Beispiel der oberhessischen Erbgewohnheiten von 1572», en AA.VV., *Rechtshistorische Studien*. Hans Thieme zum 70. Geburtstag zugeeignet von seinen Schülern, Köln/Wien 1977, pp. 1-33, especialmente 33.

83 Así, por ejemplo, los autores que he citado en *Per una storia finalmente sociale del codice*, p. 38 nota 25. Por lo demás, también en el ámbito de la historiografía particular que se ocupa de las codificaciones modernas aumenta año tras año la atención por el periodo que sigue a la sanción, es decir el de la implantación del código. He tratado de ponerlo de manifiesto en *La storia della codificazione e quella del codice, passim*, especialmente pp. 68 ss.

84 Véase, por ejemplo W. Brauner, «Europäisches Privatrecht – aber was ist es? Anmerkungen zu Coing und Zimmermann», *ZNR* 15 (1993), pp. 225-235; Íd., «Frühneuzeitliches Recht im Rauriser Alpental. “Europäisches Privatrecht” im 16. Jahrhundert», *ZNR* 24 (2002), pp. 3-18; Íd., «Europäisches Privatrecht: historische Wirklichkeit oder zeitbedingter Wunsch an die Geschichte?», en *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, Collana saggi, conferenze e seminari, N. 23, Roma 1997; J. Rückert, «Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung», *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 122-144; A. Mazzacane, «“Il leone fuggito dal circo”: pandettistica e diritto comune europeo», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), pp. 97-111; B. Diestelkamp, «Jus commune. Rechtsgeschichte als Argument in der Unifizierung von Europäischem Recht», en AA. VV., *Legal History in Change. The Olin Foundation for Legal History 50 Years, An international Symposium in Stockholm November 19-21, 1997*, Lund 2002, pp. 205-211.

«Normdurchsetzung»⁸⁵ [la imposición de la norma]. Recientemente concluido⁸⁶, bastaría por sí solo para demostrar hoy la inconsistencia de una reprimenda que resulta cada vez más genérica.

d) Pero también conviene no olvidar que el deseo de verificar siempre, con la máxima minuciosidad, el impacto concreto de las reglas jurídicas en la sociedad histórica tiene quizá aspectos secundarios poco realistas e incluso positivistas, que desaconsejan seguirlo. Es *poco realista* pretender hallar pruebas completas e irrefragables, cuando descubrirlas y alegarlas supondría años de trabajo, sin la más mínima garantía de llegar a un resultado concreto; porque las fuentes que hay que consultar son voluminosas y complejas, como lo son generalmente las notariales y las jurisprudenciales; o porque el deseo de dar por segura la aplicación práctica depende, sin distinción, de *cada una* de las reglas de un *corpus*, de un estatuto o de un código. En todos estos casos, no hay más remedio que retirarse hacia soluciones más moderadas –por ejemplo, hacia el estudio de situaciones concretas o de casos aislados considerados típicos por algún motivo⁸⁷– y contentarse con aproximaciones. Y en cuanto a los *aspectos secundarios positivistas*, me refiero a la observancia de las leyes que le imponen al sujeto jurídico abstenerse de un comportamiento, o que tienden a disuadirlo de él. En estos casos, el deseo de una *probatio observantiae* está destinado a quedarse en eso, puesto que la eventual adhesión al mandato legislativo sería, en todo caso, imperceptible⁸⁸.

85 D. Simon, «Normdurchsetzung. Anmerkungen zu einem Forschungsprojekt des Max-Planck-Institutes für europäische Rechtsgeschichte», *Ius commune* 15 (1988), pp. 201-208.

86 AA. VV., *Normdurchsetzung in osteuropäischen Nachkriegsgesellschaften (1944-1989)*, 5 volúmenes, Frankfurt a.M., 1997-2004. Resume la importancia de esta aventura científica H. Mohnhaupt, *Ein zweites Vorwort zum Abschluss des Institutsprojektes*, en el quinto volumen, *Deutsche Demokratische Republik (1951-1989)*, edición de H.M., segunda parte, Frankfurt a.M. 2004, pp. XVII-XLV. Comparte esta apertura M. Stolleis, «Was bedeutet «Normdurchsetzung» bei Polizeyordnungen der frühen Neuzeit?», en R.H. Helmholz/P. Mikat/J. Müller/M. Stolleis (eds.), *Grundlagen des Rechts. Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2000, pp. 739-757.

87 Se acepta que el estudio de cada uno de los procedimientos permite una percepción más precisa de las normas jurídicas implicadas en ellos, mostrándolas en acción, por decirlo así. Pero explica difícilmente si confirman una regla, o si fijan, quizá, una «excepción». Por ello, no siempre es posible aclarar el exacto valor cognoscitivo del «caso» elegido, y parece aconsejable no sobrevalorar la capacidad heurística de este filón para la investigación, que, sin embargo, goza hoy en día de un éxito innegable; véase, por ejemplo, U.Falk/M. Luminati/M. Schmoeckel (eds.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, München 2008; M. Luminati/U. Falk/M. Schmoeckel (eds.), *Mit den Augen der Rechtsgeschichte: Rechtsfälle-selbstkritisch kommentiert*, Wien/Zürich/Berlin/Münster 2008.

88 Cosas, todas ellas, que el derecho actual aún conoce. En efecto ¿cómo demostrar el respeto debido a una servidumbre negativa, o el efecto disuasorio de un derecho de prelación?

Todas estas evidencias confluyen en una recomendación: mirar con ojos menos distraídos o faltos de atención ese mundo remoto, pero no menos aparente, de las cosas no expresadas, no realizadas, imposibles y desechadas; ese mundo que nosotros, hijos en cierto modo del positivismo, evitamos desde siempre instintivamente⁸⁹; porque, a diferencia del dedicado al consenso y a la homologación, que es el de los vencedores, ese mundo, cuando transmite mensajes, cuando excepcionalmente habla, lo hace de un modo más directo, y precisamente por eso perturba y compromete. Esta recomendación es válida para todos, y para todos de la misma manera, tanto para el historiador generalista, como para el historiador del derecho. Pero la convocatoria implícita exhorta, no tanto a los historiadores tradicionalmente atraídos por los orígenes del derecho y dedicados, por ello, a estudiar cada una de las etapas de la llamada *Entstehungsgeschichte* [génesis histórica], sino a los que creen más urgente reflexionar sobre el cumplimiento del derecho. A ellos va dirigida una triple exhortación. *Ante todo*, la de dedicar la misma atención que se suele reservar al derecho sancionado y puesto en vigor para el estudio de todos los planos, programas y proyectos que, no por casualidad, encallan por el camino y nunca llegan a su destino⁹⁰. *En segundo lugar*, parece deseable recuperar y estudiar las situaciones en las que un derecho válidamente sancionado, antes o después, es desautorizado y privado, por ello, del *imperium* que antes garantizaba su ejecución⁹¹; por decirlo así, pierde vigor, se arruina. Pero como toda ruina, también ésta puede resurgir en cualquier momento, recuperando la función inicial, o bien plegándose a nuevas exigencias⁹². *Finalmente*, no deben olvidarse

89 P. Caroni, *Il codice rinviato*, pp. 266 ss., y además *supra*, pp. 69-70, 78-79; *infra*, pp. 186 ss., 193.

90 La descripción de los obstáculos que han retrasado la constitucionalización de los estados europeos entre los siglos XVIII y XIX es parte integrante de su historia constitucional (como afirma C. Dipper, *Sozialgeschichte und Verfassungsgeschichte*, p. 180, remitiendo a D. Grimm); precisamente como la descripción de (tantos) proyectos e intentos luego abandonados forma parte de la moderna historia de la codificación (como he intentado expresarlo, claramente, en los *Saggi*, pp. 162-163 y en *Il codice rinviato*, pp. 266-267). Un catálogo de estas desafortunadas aventuras lo propuso hace años B. Dölemeyer, «Kodifikationspläne in deutschen Territorien des 18. Jahrhunderts», en B. Dölemeyer/D. Klippel (eds.), *Gesetz und Gesetzgebung im Europa der Frühen Neuzeit*, en *Zeitschrift für historische Forschung*, Beiheft 22, Berlin 1998, pp. 201-223.

91 En la necrología redactada por Philipp Lotmar en memoria de Alois Brinz, el discípulo cita esta frase del maestro: «Wir wollen wünschen, dass das Recht immer Macht sei, und dass es keine Macht gebe, die nicht Recht sei; daneben aber bleibt wahr, dass das Recht von der Macht verrathen, verlassen, unterdrückt sei, dagegen aber mit aller Wahrheit ausrufen kann: Ich bin dennoch» [Deseamos que el derecho tenga cada vez más fuerza y que no confiera poder alguno que no sea derecho. También es cierto que el derecho es traicionado, abandonado y suprimido por el poder, pero no obstante puede proclamar, sin faltar a la verdad: sin embargo, soy] (P. Lotmar, «Alois Brinz», *Allgemeine Deutsche Biographie* 47, 1903, pp. 241-259, la cita en p. 244).

92 Alude a esta densa metáfora G. Scholtz, «Legitimation und Kritik durch Geschichte.

los casos en los que tiranos y dictadores hacen estragos en el derecho, lo disfrazan y lo violan abiertamente, sin el más mínimo escrúpulo. Si estos casos se estudian meticolosamente, si se analizan a conciencia todos los testimonios disponibles o recuperables, es porque sólo así, documentando una etapa tras otra de esta siniestra deriva, será posible reconstruir el lugar que aún ocupa realmente el derecho en esa sociedad, y emitir una opinión sobre sus falsas cualidades⁹³.

6. *Una mirada directa*

El tercer episodio irrumpe en un ámbito que los historiadores del derecho defienden con uñas dientes, pues creen –no faltos de razón– que representa ya el último bastión de la autonomía científica de su disciplina⁹⁴. Se centra, pues, en la ciencia jurídica, sobre todo en la primacía que el viejo sistema de fuentes le garantizó durante siglos. Una vez conseguida, la historia del derecho material coincidió durante mucho tiempo con la de su representación sapiencial, ligada ésta al nacimiento de una nueva categoría profesional, la de los juristas, y a la competencia exclusiva que reivindicaron y que realmente les fue reconocida, así como al prestigio social con el que pronto se les honró. De ello nació un auténtico monopolio que permitió a los juristas componer procedimientos y elaborar reglas capaces de gestionar todas las situaciones jurídicas, tanto las contenciosas como las otras. La enorme profesionalidad necesaria para representar este papel⁹⁵ contribuyó a desplazar el derecho, es decir a expulsarlo del lugar ocupado hasta entonces (abierto a instancias e interferencias de origen popular) para conducirlo al refugio de la especialización, único dispensador en adelante, de una ciencia que, si no oculta todavía, iba camino de serlo; una ciencia sólo accesible a los juristas de entonces y (cuando se presenta la ocasión) a los historiadores del derecho de hoy en día.

Sobre las consecuencias provocadas por esta evolución, en particular por el aislamiento de la ciencia jurídica y por el anquilosamiento que le siguió, habría mucho que decir. Baste por ahora una rapidísima alusión al hecho de que, si no ha ocultado totalmente la historicidad del derecho, ha dificultado, desde luego, su

Mit Blick auf Philosophie- und Rechtshistorie», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 231-252, especialmente 251. A este respecto, es desaconsejable olvidar a M. Augé, *Le temps en ruines*, Paris 2003, *passim*.

93 Un ejemplo concreto en P. Caroni, «Sudditi subalpini a confronto», *Archivio Storico ticinese* 38 (2001), pp. 293-298, especialmente 297.

94 Lo pensó, con razón, M. Bloch, *Apologia della storia o Mestiere di Storico*, Redacción definitiva, Torino 1998, pp. 110-111.

95 Así, G. Dilcher, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 393.

percepción⁹⁶ y ha retardado, por ello, la recepción de investigaciones histórico-jurídicas por parte de los historiadores generalistas⁹⁷.

Si a esta historia le contraponemos la de los países donde la historia del derecho común fue, primero, rechazada y, luego, metabolizada, aunque sólo parcialmente y a regañadientes, como por ejemplo en la Confederación Suiza⁹⁸, repentinamente todo se aclara y convence; porque si la remitimos al territorio de la vieja Confederación, atropellada por las tropas francesas en 1798, historia jurídica es la que estudia la vida del derecho *contenido en una práctica social*, un derecho mezclado con el «resto»⁹⁹, ese resto accesible y manejable, y abierto, pues, a la colaboración de todos. Aquí, la relación con el contexto político y social no se interrumpe, ni es perturbada; se percibe a simple vista, domina, literalmente, la vida del derecho y le niega toda autonomía reguladora. En tales circunstancias, el monopolio del jurista es inimaginable. Y por lo demás, nadie lo desea y nadie aspira a él. Del mismo modo son juzgadas las (frecuentes) intervenciones destinadas a modificar el derecho vigente: no reflejan peticiones provenientes del sector de los juristas, ni brotan de reflexiones teóricas. Son consecuencia, más bien, de expectativas generalmente compartidas, a cuyo respecto cada uno tiene la suya sin temor a ser escarnecido por cualquier «comisionado». Es cierto que en el siglo XIX algo cambió: aparecieron, de modo ocasional, los jueces togados, el estilo de las sentencias adquirió, por ello, racionalidad y la ley prescribió la obligación de motivarlas detalladamente. Pero es urgente no olvidar que nada de esto fue visto

96 Los dogmas jurídicos tienen fama de resistir (más o menos eficazmente) la erosión del tiempo. Reivindican una resistencia que entorpece (al menos aparentemente) las asechanzas de la historia.

97 G. Dilcher, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, p. 393, *et supra*, pp. 114-115.

98 Sobre la resistencia opuesta por la Suiza alemana a la implantación de la ciencia ius-romanística (y, como se afirma cada vez con más frecuencia, a la recepción del derecho romano), véase, entre otros: E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, volumen IV, *Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, Basel 1893, pp. 107-126; F. Elsener, *Die Schweizer Rechtsschulen vom 16. bis zum 19. Jahrhundert*, Zürich 1975, pp. 27-33, 237 ss.; Íd., *Studien zur Rezeption des gelehrten Rechts*. Ausgewählte Aufsätze, Sigmaringen 1989, *passim*; C. Schott, «Wir Eidgenossen fragen nicht nach Bartele und Baldele», en K. Kröschell (ed.), *Gerichtslaube-Vorträge*. Freiburger Festkolloquium zum 75. Geburtstag von Hans Thieme, Sigmaringen 1983, pp. 17-45; P. Caroni, «Entwicklungstendenzen im Schweizer Rechtsleben. Bemerkungen zur schweizerischen Rechtsgeschichte der Neuzeit», *Zeitschrift für historische Forschung* 2, 1975, pp. 223-240; Íd., «L'educazione giuridica in Svizzera dal XVI al XIX secolo», *Quaderni fiorentini* 5/6 (1976/1977), pp. 1009-1030; N. Wharton/J.-P. Dunand, «The Reception of Roman Law in Swiss Law: Back to The Future!», *Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Zürich* 28.-30. Mai 1999, Frankfurt a.M. 2000, pp. 263-281.

99 Es inevitable la remisión a la tesis de Savigny, en virtud de la cual el derecho no gozaba, originariamente, «de una existencia por separado» (así traduce G. Marini, *La polemica sulla codificazione*, p. 97, el conocidísimo pasaje del *Beruf*, p. 76).

con buenos ojos. Los intentos de hacer sitio a un método científico para el mundo del derecho fueron frecuentemente combatidos y aplastados por una crítica que, desde luego, no fue útil para él prestigio de la nueva disciplina¹⁰⁰; una crítica respaldada por el convencimiento de que en todo derecho, incluso en el privado, había una aspiración social implícita¹⁰¹, razón por la cual no sorprende que, en estas condiciones y dada la firmeza de tal contexto, la disponibilidad de los generalistas (y la de tantos historiadores locales) haya sido ejemplar al profundizar en temas jurídicos, haciéndolo incluso sin llamar la atención y aun con inteligencia.

Pero incluso prescindiendo de estas consideraciones –y volviendo al tema inicial–, me pregunto a veces si los generalistas no están acaso en condiciones de aproximarse al pasado jurídico, de interrogarlo y de contarle con más libertad que nosotros, los historiadores del derecho; si no consiguen todo esto porque no están atrapados en el retículo de categorías, dogmas y definiciones que, a menudo, nos bloquea¹⁰²; o porque, por los mismos motivos, se enfrentan sin prejuicios incluso a situaciones problemáticas e intrincadas: es decir, no intentan, como nosotros hacemos inconscientemente, desactivarlas previamente, o domesticarlas a continuación¹⁰³. Hace unos años, Jacques Le Goff respondió afirmativamente a la pregunta y citó algunos ejemplos: la distinción entre derecho público y privado, el concepto *utrumque ius* y la aspiración a la unidad del derecho en todas sus modalidades posibles e imaginables son cosas que, al decir de nuestro autor, los

100 Véase, al respecto, P. Caroni, «Die Schweizer Romanistik im 19. Jahrhundert», *ZNR* 16 (1994), pp. 243-271, *passim*.

101 P. Caroni, *Saggi*, pp. 130 ss.; Íd., «Receptio duplex vel multiplex. L'ABGB nel contesto svizzero», en P. Caroni/E. Dezza (eds.), *L'ABGB e la codificazione asburgica in Italia e in Europa*, Atti del convegno internazionale Pavia 11-12 ottobre 2002, Padova 2006, pp. 497-524, especialmente 499 ss.

102 Categorías, dogmas y definiciones tanto del pasado como (sobre todo) del presente. En cuanto al empleo de una terminología anacrónica, enredada en coordenadas contemporáneas, véase *supra*, pp. 115-116.

103 En marzo de 1995 se discutió, en un coloquio organizado en la espléndida *Bibliotheca Augusta* de Wolfenbüttel, sobre «Gesetz und Gesetzgebung im Europa der frühen Neuzeit» [Ley y legislación en la Europa de la temprana Edad Moderna], y en este ámbito, al pasar revista al contenido, al valor, al vigor y al rango de las fuentes jurídicas implicadas, Günther Lottes, un conocidísimo historiador alemán, sorprendió a todos los asistentes preguntando(se): «Pero ¿qué es el derecho consuetudinario?» Los historiadores del derecho presentes se sobresaltaron considerando la pregunta un poco excéntrica (por no decir algo peor). Pero luego, al intentar responderle, se dieron cuenta de que su «certeza» arraigaba en categorías del derecho vigente y no estaba, por ello, en condiciones de convencer a quien, desorientado por lo inaprehensible del concepto, había preguntado para tratar de comprenderlo mejor. Me refiero también a estos aspectos en *Consuetudo: Eine Einführung*, *passim*.

generalistas sabrían describir con más nitidez que sus colegas juristas¹⁰⁴. Yo mismo debo admitir que siempre he admirado la agilidad con la que los generalistas intuyen y explican la vigencia simultánea de las abundantes fuentes –distintas y dispares–, típicas del sistema del derecho común. Mientras los historiadores del derecho lo consideran con frecuencia como una competición que intentan controlar, reduciéndola a una jerarquía fija e indiscutible¹⁰⁵ y sin conseguir, por lo demás, lograr sus propósitos¹⁰⁶, ellos prefieren hablar de convergencia y de complementariedad, gestionadas mediante una prudente *interpretatio secundum ius commune*. Y aciertan¹⁰⁷. Por esta razón, sigo preguntándome: ¿no capturará quizá mejor la historicidad del derecho una mirada *directa* que ha logrado escapar al retículo conceptual¹⁰⁸?

7. El derecho en competición

La última ojeada que echo al campo del vecino, antes de volver a ocuparme de mis asuntos –desde luego enriquecido–, alcanza unas dimensiones cuya importancia descuella entre las de las situaciones tratadas hasta ahora. En efecto, se pregunta sobre la idoneidad del derecho para poner a punto una estrategia realmente capaz de garantizar la prevención, el control social y la represión de una sociedad histórica concreta. Es una pregunta inevitable, tanto para el derecho actual, como para el histórico. En los dos casos, el premio es el mismo: la posibilidad de verificar el servicio *efectivamente* prestado por el derecho en una sociedad histórica, no a base de previsiones, definiciones o esperanzas, sino con hallazgos concretos; es decir, de ponderar el «lugar» que ocupa en ella. Contrasta con la importancia de esta pregunta la relativa indiferencia que han demostrado al respecto hasta ahora los historiadores del derecho. Raramente se han ocupado de ella. Y si lo han hecho de forma excepcional, se han contentado con poca cosa, con alguna aproximación superficial. ¿Por qué? Quizá –es la única explicación que puedo darme– porque las fuentes que les resultan familiares, las jurídicas precisamente,

104 J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, pp. 32 ss.

105 Solución nacida del sistema de la codificación y, por lo tanto, totalmente desconocida para el anterior, como recuerda oportunamente P. Grossi, *Assolutismo giuridico*, pp. 65, 170, 286.

106 C. Petit/J. Vallejo, *La categoria giuridica*, pp. 741 ss.

107 Sobre este punto, véase P. Caroni, *Statutum et silentium*, pp. 145-146; G. Garancini, «Consuetudo et statutum ambulat pari passu: la consuetudine nei diritti italiani del basso Medio Evo», *Rivista di storia del diritto italiano* 58 (1985), pp. 19-55, especialmente 46-47, 52 ss., 55.

108 A quien le disguste esta crítica indirecta a una especialización tan desaforada, le aconsejo leer a E.W. Said, *Des intellectuels et du pouvoir*, Paris 1996, sobre todo el cuarto capítulo («Professionnels et amateurs», pp. 89 ss.).

se ocupan de otra cosa. Formulan reglas sin poder prever cuáles serán sus consecuencias, pero también sin el temor a ser debilitadas por reglas de otro origen. Pero quien se mueve exclusivamente en este ámbito y no se deja desorientar por su carácter sectorial no tendrá motivos para percibir esta «competición», porque o bien no la ve, o bien la evita. Si hace confluír sus inquebrantables certezas en la enseñanza, transmitirá a sus discípulos mensajes que, aun siendo realmente increíbles, serán aparentemente tranquilizadores, convenciendo de que el derecho es la *única* estructura normativa y que todas las sociedades han sido reguladas hasta ahora, exclusivamente, por el derecho, y que por lo tanto la responsabilidad fundamental para el funcionamiento de la sociedad le corresponde al derecho (o a los juristas).

Quien no se contenta con estas seguras confirmaciones, porque conoce la parcialidad del mensaje jurídico, prefiere un observatorio exterior que esté en condiciones de registrar, no sólo los datos jurídicos, sino también las numerosas e indudables interferencias de todas las (otras) fuerzas sociales que concurren junto al derecho y que, de ordinario, lo reestructuran. Hará confluír entonces en sus razonamientos lecturas saludablemente extravagantes, como podrían serlo las de carácter sociológico, antropológico o las de psicología social. Y pronto se dará cuenta de que el mensaje tranquilizador (o consolador) al que se acaba de aludir es, a menudo, una caricatura de la realidad; una caricatura que no está inermemente puesto que alimenta –en el contexto pedagógico recordado– una peligrosa ilusión.

a) Mirando a lo lejos, es evidente que el derecho nunca fue la única, sino *sólo una* estrategia propuesta para ejercer el control social, es decir, para garantizar la paz social. El jurídico fue siempre un «orden» *parcial*, y sigue siéndolo. Dicta reglas e impone comportamientos en defecto de los cuales la cohesión social correría el riesgo de desaparecer¹⁰⁹, pero no se dedica a ello exclusivamente¹¹⁰. Actúa, más bien, junto a otros sistemas normativos (la religión, la moral, las costumbres, y también el honor, la economía y la política¹¹¹). Siguen otros

109 R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 24, donde el derecho es considerado como «geschichtliche Verständigungsebene über die *hic et nunc* unbedingt massgeblich sein sollen den Verhaltensweisen, deren menschliches Miteinander bedarf, damit es nicht entfügt werde» [una vía de acercamiento histórico al *hic et nunc*, absolutamente decisiva para las conductas debidas, que la cohesión entre los hombres requería para no desintegrarse].

110 R. Bäumlín, *Staat, Recht und Geschichte*, p. 24.

111 Los autores ya citados *supra*, p. 81, por ejemplo, ofrecen informaciones de diverso calibre; y además: A. M. Hespanha, «L'interdisciplinarità di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 313-314; R. Garré, *Non di solo diritto, passim*; H. Lévy-Bruhl, *La méthode sociologique*, p. 124; R. Sánchez Ferlosio, *La freccia nell'arco*, Milano 1992, pp. 37-38.

itinerarios pero desde luego persiguen –en una relación competitiva– el mismo objetivo. Si el derecho parece destacar ocasionalmente¹¹² es sólo gracias a los mecanismos coercitivos de los que dispone y que activa con regularidad. En su interior se perfila el Estado con su monopolio de *imperium*, es decir de un poder que, si bien es necesario, se ejecuta mediante la fuerza. No es un poder cooperador. No dialoga, no cuenta con nadie, no pondera: *aparece* para proteger los acuerdos ya concluidos entre las partes sin su concurso; aparece para obligar al deudor a pagar la suma debida, al trabajador a prestar el trabajo prometido, al propietario a no obstaculizar el ejercicio de la servidumbre, etcétera. Es precisamente esta «exterioridad» del poder estatal, esta ajenezidad al contenido del acuerdo, que sin embargo quiere que sea respetado, la que explica la eficiencia del mecanismo coercitivo gestionado por el Estado y de la fuerza legitimadora inherente a él¹¹³.

Las razones y los límites de la primacía así reivindicada por la estrategia jurídica no necesitan de comentarios ulteriores. Lo mismo puede decirse de las dudas y de la perplejidad, e incluso de las críticas explícitas que la mención de esta primacía ocasiona tradicionalmente. La *primera* denuncia la presencia ubicua e invasora del derecho, el hecho de que las máximas jurídicas «abarquen indefinidamente todas las acciones y todos los intereses, complicados y variables, que pueden dar lugar a litigios entre los hombres que viven en sociedad»¹¹⁴. Y se percibe una manifestación de *imperialismo*, es decir un comportamiento temido dondequiera¹¹⁵, pero no menos que el poder del que disponen y de buen grado ostentan los juristas¹¹⁶. La *segunda* deplora el formalismo de la estrategia jurí-

112 G. Dilcher, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*, pp. 399, 406.

113 Sobre los nexos entre estas diferentes situaciones, véase P. Barcellona, *Il ritorno del legame sociale*, Torino 1990, pp. 49 ss.

114 «Embrassent indéfiniment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société»: J.E.M. Portalis, «Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du Projet de la Commission du Gouvernement (1801)», en P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, Tome I, Paris 1827, pp. 463-523, la cita en p. 472-473. El mismo argumento en T. Mommsen, *Juristische Schriften*, III, p. 580. Se puede leer una moderna versión de esta «denuncia» en N. Druey, *Über die Lebensbedingungen des Rechts*, Universität St. Gallen, Aulavorträge N. 59, St. Gallen 1996, p. 8: «Das Recht ist in diesem Sinn thematisch universal. Es nimmt zu jedem denkbaren Sachverhalt Stellung und sei es im Extremfall auch nur, indem es ihn von weiterer Regelung freistellt» [En este sentido, el derecho abarca todos los temas. Tomó posición ante todas las circunstancias imaginables e incluso ante los casos extremos, mientras se eximía a sí mismo de toda regulación].

115 M. Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*, pp. 129-130; J. Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*, p. 29; R. Romanelli, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 310; Y. Thomas, «Présentation», *Annales. Histoire, Sciences Sociales* 57 (2002), pp. 1425-1428; M. Bretone, *Diritto e tempo*, pp. 185 ss.

116 J. Le Goff, «Replica», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp.

dica, su despiadada ajenidad, de la que no por casualidad brota un culto obsesivo a la abstracción. A diferencia de otros derroteros disciplinarios parciales, que intentaban (e intentan) imponerse recurriendo a mecanismos *alieni*¹¹⁷ y que, por este motivo, no tardaban en implicar a los destinatarios animándolos a plasmar sectores enteros de lo social, la primacía del derecho eligió la salida opuesta, es decir, la disgregadora: provocó, primero, la devaluación y, luego, el rechazo de experiencias y de valores convivales y, en este sentido, humanos. Esto explica, quizá, la animosidad que se propagó y acompañó con frecuencia a la primacía del derecho, exactamente como la sombra acompaña a la luz. No fue pues casual que en los territorios noralpinos la consolidación del estamento de los juristas y de sus técnicas fuera vivida como una «desmembración» (*Entleiblichung*)¹¹⁸, como una pérdida infligida por un ordenamiento frío y mármoleo¹¹⁹, carente de los auténticos valores.

b) Por otra parte, un análisis perspicaz de las fuentes históricas revela la existencia de abundantes (aunque heterogéneas) categorías sociales en las que se buscaba y se lograba la composición de conflictos sin recurrir a los canales oficiales dispuestos por la autoridad estatal. El gran favor del que gozó esta praxis alternativa, tanto en la Edad Media como en la Moderna, ha sido confirmado por investigaciones recientes y muy recientes, desarrolladas sobre todo en Francia

451-452: «Vous, les historiens du droit, vous êtes encore avec les juristes, et derrière les juristes, vous avez toujours un certain nombre de liens avec la société, avec ces nombreuses professions qui changent, mais qui me paraissent non moins nombreuses et non moins puissantes, qui sont formées par le droit, et qui nécessitent une culture juridique. Ainsi, socialement, ce sont deux blocs bien différents quant à la puissance, et c'est là encore une des raisons pour lesquelles nous avons un peu peur de vous, parce que, si nous nous affrontions, ce serait le pot de terre contre le pot de fer!» [Los historiadores del derecho estáis aún con los juristas y tras los juristas, tenéis todavía ciertas relaciones con la sociedad, con esas numerosas profesiones que cambian, pero que no me parecen menos numerosas ni menos poderosas, formadas por el derecho y precisando de una cultura jurídica. Así, hay dos bloques bien diferenciados socialmente por lo que se refiere al poder, y ésta es, una vez más, una de las razones por las que os tenemos un poco de miedo, porque si nos enfrentáramos ¡sería como una vasija de barro contra una vasija de hierro!]

117 A los que se refiere R. Garré, *Non di solo diritto*, § 1, «Introduzione».

118 P. Caroni, *Die Schweizer Romanistik*, pp. 262-263 (con referencias posteriores); W. Schild, «Verwissenschaftlichung als Entleiblichung des Rechtsverständnisses», en N. Brieskorn/P. Mikat/D. Müller/D. Willoweit (eds.), *Vom mittelalterlichen Recht zur neuzeitlichen Rechtswissenschaft. Bedingungen und Probleme der europäischen Rechtsgeschichte*. Festschrift W. Trusen, Paderborn/München/Wien/Zürich 1994, pp. 247-260.

119 P. Caroni, *Saggi*, pp. 81, 140-141; J.N. Druey, *Über die Lebensbedingungen*, p. 7; R. Garré, *Non di solo diritto*, § 5 (Diritto e costume); M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna 2000, p. 171; R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, p. 35 (a propósito de Windscheid).

y en Inglaterra. Demuestran que en el nivel *infracjudicial* (como es hoy comúnmente designada esa línea precisamente *no* paralela)¹²⁰ se buscaba sobre todo la tutela de valores ideales y simbólicos (como por ejemplo el honor); una tutela transferida concretamente a árbitros, *mediatores*, *pacificadores*, notarios, párrocos o jueces de paz.

¿Qué motivos explican el éxito de esta jurisdicción alternativa? Son numerosos y dispares. Esta práctica permitía, tal vez, acabar rápidamente un litigio, es decir, sin costes insoportables; en otras ocasiones, contribuía a hacer fracasar los intentos de los *domini terrae* de servirse de la jurisdicción ordinaria para erosionar (e incluso para aniquilar) los privilegios locales; en otras, permitía, asimismo, una discreta huida del *casus belli*, para salvaguardar ya fuera el honor de cada individuo, familia o *clan* implicados, ya fuera la autonomía de cada grupo¹²¹. De lo que puede deducirse fácilmente que el ámbito jurídico y el institucional no siempre coincidían, y que por ello fue frecuente la posibilidad de elegir qué camino recorrer para alcanzar justicia¹²². La tutela de los bienes materiales quedó reservada, tradicionalmente, para los procedimientos ordinarios, es decir, oficiales y regulados por el derecho «estatal»¹²³; una tutela otorgada mediante reglas jurídicas que, obviamente, no escaparon a la mirada y al interés del historiador del derecho. Las alternativas, que llevaron a cabo otra forma de control social¹²⁴ y que integraron, corrigieron e incluso reemplazaron los procedimientos institu-

120 Diversas intervenciones tratan de aclarar el significado preciso de esta expresión en B. Garnot (ed.), *L'infracjudiciaire*, pp. 60, 90-91, 104-105, 113-114, 467-471. Generalmente se habla, sin ulteriores distinciones, de *infracjudiciaire*, *infracdroit*, *prédroit*. Se refieren a la importancia del tema —en el que también han profundizado recientemente investigaciones italianas, como por ejemplo las presentadas por O. Niccoli, *Perdonare. Idee, pratiche, rituali in Italia tra Cinque e Seicento*, Roma/Bari 2007, o las que se encuentran en L. Lacchè/C. Latini/P. Marchetti/M. Meccarelli (eds.), *Penale Giustizia Potere. Metodi, Ricerche, Storiografie. Per ricordare Mario Sbriccoli*, Macerata 2007— también H. Lévy-Bruhl, *La méthode sociologique*, pp. 124-125; P. Legrand, *Le droit comparé*, Paris 1999, pp. 17-18. Sobre la distinción entre *droit* y *prédroit* en la obra de Louis Gernet, véase M. Bretonne, *Diritto e tempo*, pp. 193-206.

121 B. Garnot, «Conclusion», en B. Garnot (ed.), *L'infracjudiciaire*, pp. 467-471, especialmente 467.

122 A. Zorzi, «Conflits et pratiques infracjudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIII au XV^e siècle», en B. Garnot (ed.), *L'infracjudiciaire*, pp. 19-36, especialmente 20-21; X. Rousseaux, *Entre accommodation local et contrôle étatique: pratiques judiciaires et non-judiciaires dans le règlement des conflits en Europe médiévale et moderne*, *ibid.*, pp. 87-107, especialmente 91; R. Ago/S. Cerutti, «Premessa» al fascículo *Procedura di giustizia, Quaderni Storici* 101 (agosto 1999), p. 311.

123 B. Garnot (ed.), *L'infracjudiciaire*, p. 132 (de la discusión).

124 J.-C. Farcy, «Peut-on mesurer l'infracjudiciaire?», en B. Garnot (ed.), *L'infracjudiciaire*, pp. 109-127, especialmente 114.

cionales¹²⁵ fueron descubiertas y descritas, sin embargo, por historiadores de la sociedad¹²⁶, y demuestran muy bien no sólo la existencia, sino también la consistencia de una zona gris en el derecho, ignorada durante mucho tiempo, de fronteras siempre fluidas y a veces confusas; hoy vive un sorprendente renacimiento –como ejemplo en el instituto de la mediación– que, si las primeras impresiones no engañan, recupera rápidamente el terreno perdido¹²⁷.

c) Queda por examinar, como recordaba¹²⁸, por qué la última ojeada a mis parajes, los míos como historiador del derecho, parece emblemática por el número y la consistencia de los estímulos que llegan desde ellos. *Primero*, porque permite un conocimiento fiable del papel social representado por las profesiones jurídicas, ya que sólo tras haber delimitado el ámbito de la normatividad, comprobado cómo actúa compitiendo y observado también la zona gris en la que puede encontrarse, será posible aclarar la intensidad y la naturaleza del servicio que el derecho le presta a la sociedad. Y sólo teniendo todo esto en cuenta podremos, asimismo, cerciorarnos del «rendimiento» efectivo del ejercicio de las profesiones jurídicas. Esto es *siempre* importante, aunque el resultado de estas investigaciones no corresponda siempre a nuestras expectativas, pues a menudo nos obliga a desmitificar y a relativizar convicciones anteriores.

En segundo lugar, creo que es bueno darse cuenta, finalmente, de que el derecho actúa junto a otros mecanismos con análogos objetivos, no por casualidad ni de modo excepcional, sino *normalmente*. Todos ellos son ordenamientos con un radio de acción reducido. Al considerar los fines comunes, es lógico esperar que entre ellos no exista una competición desenfrenada, y menos que luchen entre sí. Parece deseable, en cambio –en el fondo esto se explica por sí solo–, su disponibilidad para trazar un itinerario común según un principio de colaboración recíproca. En efecto, el tema de fondo de esta reflexión, no es la asignación de

125 La relación real que después se diese entre estos dos mundos, tan diferentes pero no por ello autónomos e impermeables, dependía de la función que reivindicasen objetivamente: podía ser competitiva o cooperativa, raramente de indiferencia.

126 Lo confirma X. Rousseaux, *Entre accommodation local*, pp. 90-91.

127 Algunas indicaciones, por ejemplo, en O. Moormann v. Kappen, «Zur Geschichte der sogenannten alternativen Streitbeilegung in Europa», en S. Ferz (ed.), *Rechtskultur-Streitkultur-Mediation. Die Reaktivierung von verlorener Selbstverantwortung und abgegebener Eigenkompetenz*. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Karl-Franzens-Universität Graz und Joanneum Research, 14-16, Mai 2003, Hamburg 2003, p. 11-27; J. Nautz/E. Brix/G. Luf (eds.), *Das Rechtssystem zwischen Staat und Zivilgesellschaft. Zur Rolle gesellschaftlicher Selbstregulierung und vorstaatlicher Schlichtung*, Wien 2001, *passim* y especialmente los ensayos de los tres editores.

128 Véase al respecto *supra*, p. 139.

la primacía absoluta a una o a otra estrategia, sino la elaboración de un plano de acción común, para posibilitar la ejecución eficiente de las funciones sociales¹²⁹.

En tercer lugar, no hay que excluir que esta última ojeada –aunque sea apresurada– perciba algo de la evolución que actualmente pone en duda, de nuevo, antiguas y sacrosantas certezas de la ciencia jurídica continental, y que, precisamente por este motivo, nos incomoda a muchos de nosotros. El *primer ejemplo* apunta a una presencia, cada vez más visible, del Estado en el ámbito jurídico, bien en su función de legislador, bien en la de garante de la aplicación de las leyes. Ejemplos concretos de esta tendencia –en la que se percibe una *juridificación* subrepticia¹³⁰– están ante los ojos de todos: en el pasado, la obligación impuesta a los contrayentes de plegarse a las órdenes del derecho imperativo, dejando normalmente intactos los límites de su autonomía privada¹³¹; hoy, en cambio, la intervención cada vez más nítida del Estado, que tiende a tutelar las posiciones económicas en desventaja para impedir que sean aplastadas por la despiadada competencia del mercado; intervención destinada, por ello, a corregir puntualmente lo que estableció la autonomía privada de los contrayentes, y, en casos extremos (no por ello infrecuentes), incluso a suplantarla por completo¹³²; o bien el tema –siempre controvertido– de la utilidad y la necesidad de regular con mayor severidad el funcionamiento del mercado¹³³. En todos estos casos, como en otros no mencionados aquí, los límites antes indiscutibles e inamovibles oscilan, primero, y, luego, ceden y son desplazados a favor de la regulación jurídica¹³⁴.

129 R. Garré, *Non di solo diritto*, § 7, «Conclusiones».

130 El concepto (para el cual se habla también de «juridificación») es conocidamente polisémico, y sería útil por ello para indicar de modo preliminar qué valor concreto atribuirle. Han reflexionado recientemente sobre ello, por ejemplo, S. Cassese, *Il nuovo mondo del diritto*, pp. 17 ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole*, p. 467 nota 24; C. Dipper, «Stationen der Verrechtlichung und Professionalisierung in Deutschland und Italien», en C. Dipper (ed.), *Rechtskultur, Rechtswissenschaft, Rechtsberufe im 19. Jahrhundert. Professionalisierung und Verrechtlichung in Deutschland und Italien*, Berlin 2000, pp. 13-28, especialmente 13-15; G. Teubner, «Verrechtlichung. Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege», en F. Kübler (ed.), *Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität. Vergleichende Analysen*, Frankfurt a.M. 1985, pp. 289-344; I. Brokamp, *Die Verrechtlichung der Eltern-Kind-Beziehung in hundert Jahren BGB*, Bielefeld 2002.

131 C. Dipper, *Stationen der Verrechtlichung*, pp. 14 ss.

132 P. Caroni, *Saggi*, pp. 83 ss.; Íd., *Gesetz und Gesetzbuch*, pp. 166 ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole*, pp. 394-396; Íd., *Status e capacità. La costruzione giuridica delle differenze individuali*, Roma-Bari 1993, pp. 41 ss.

133 Se refieren a ello S. Cassese, *Il nuovo mondo del diritto*, pp. 39 ss.; G. Alpa, *La cultura delle regole*, pp. 396 ss. Entre tanto, la bibliografía al respecto ha crecido desmesuradamente. Las investigaciones, que han sido objeto de un apasionado debate, son recordadas por este último autor, *ibíd.*, p. 467.

134 Es espléndida y clara la descripción de esta evolución en P. Roubier, «La méthode

Quien, al estudiar el pasado, se haya topado ya con la colaboración objetiva entre órdenes estructurados de forma diferente; quien conozca, por ello, los recursos que puede obtener de una interacción razonable de temas dispares, no se dejará atrapar por las consecuencias prácticas de la juridificación. De ser necesario, estará en condiciones de criticarlas e incluso de oponerse a ellas.

El *segundo ejemplo* es más complejo, quizá de más actualidad y, desde luego, más alarmante. Se refiere a la globalización de la economía y a sus repercusiones de naturaleza jurídica que, una vez más, vuelven a poner despiadadamente en discusión la rutina profesional de muchos juristas; empezando por el ámbito general implícito en el ordenamiento iusprivatístico, constituido por el monopolio legislativo del Estado y por la unidad en todas sus diversas variantes, y acabando por su redacción, confiada generalmente a códigos con vocación de completitud; un ámbito impregnado de filosofía positivista y lentamente erosionado por la globalización. ¿De qué modo? Apostando por una estrategia que subyace a la economía: se desvincula del cerco estatal y asigna la producción y la aplicación del derecho a sujetos económicos privados y a instancias por ellos constituidas y manejadas. Para ellos, el nuevo derecho puesto así en circulación será distinto en todos los sentidos: será informal, contendrá propuestas, será flexible y se servirá de la oralidad. Si el sancionado hasta ahora en los códigos era escrito y abstracto, y le pedía por ello al jurista más bien una conversión creadora que una simple tarea exegética, el impuesto por la globalización es casuístico, y privilegia por ello los valores reconocidos desde siempre y continuamente reivindicados por la tradición del *common law*. El punto de llegada de la transición que se desarrolla

sociologique et les doctrines contemporaines de la philosophie du droit», en *Méthode sociologique et droit*. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg, 26-28 novembre 1956, Paris 1958, pp. 41-50, especialmente 42: «L'organisation juridique n'a pas cessé de se développer dans nos sociétés modernes, et bien des rapports humains qui étaient réglés autrefois par la coutume, ou par la religion ou par la politique, ou par les simples convenances, ont de plus en plus pris la forme de relations juridiques. On peut dire que l'organisation sociale, jadis abandonnée sur certains points à d'autres influences, prend de plus en plus le caractère exclusif d'une organisation juridique. Les développements de l'économie socialisante n'ont rien changé à cela: des branches du droit, autrefois peu développées comme le droit administratif, ou même inexistantes comme le droit du travail, apparaissent avec un contentieux de plus en plus abondant» [La organización jurídica no ha dejado de desarrollarse en nuestras sociedades modernas, y muchas de las relaciones humanas antes reguladas por la costumbre, o la religión, o la política, o los simples usos sociales, se han ido transformando en relaciones jurídicas. Puede decirse que la organización social, antaño abandonada, en algunas cuestiones, a otras influencias, adopta cada vez más el carácter exclusivo de una organización jurídica. El desarrollo de la economía socializadora no ha introducido aquí ningún cambio: algunas ramas del derecho antes poco desarrolladas, como el derecho administrativo, o incluso inexistentes, como el derecho del trabajo, se presentan con una litigiosidad cada vez más abundante].

en la actualidad parece, en gran medida, previsible. Estará bajo el signo del *pluralismo* (de las fuentes, de las instancias judiciales, de los métodos para aplicar y actualizar el derecho, de los mecanismos que preceden a las decisiones en las controversias, etc.), quizá también ante una pluralidad de opciones (*Mehrgleisigkeit*), que probablemente desorienta y también desestabiliza. Todo será más complejo y más precario. Es difícil prever cómo habrá que reaccionar; quizá evitando las posturas extremas, es decir, sin asumir la defensa a ultranza de posiciones *antaño* dominantes, pero también sin compartir el entusiasmo por lo nuevo, típico de los neófitos. Serán de utilidad los juristas capaces de acompañar esta evolución con una postura crítica y ponderada, sin infravalorar los riesgos de la operación, pero sin dejar tampoco de reconocer, llegado el caso, las oportunidades ofrecidas por el nuevo palimpsesto y dispuestos a servirse de ellas. Estarían también predeterminados a representar este papel quienes, por haber explorado repetidamente los senderos del pasado y por haber reflexionado en voz alta sobre todo cuanto experimentaron en tales ocasiones, son dueños ahora de la necesaria circunspección que debe inspirar cualquier actitud crítica¹³⁵. Si lo afirmo es porque el pluralismo al que se dirige la evolución, y que nos perturba a muchos de nosotros, no fue del todo desconocido en el pasado, obviamente bajo formas diversas y difícilmente clasificables, tampoco equiparables, realmente, a cuanto nos ocupa, pero no por ello menos instructivas¹³⁶. Concédaseme, por ello, concluir esta larga reflexión afirmando que la globalización libera, de manera saludable, de las anteojeras que, más o menos conscientemente, había utilizado el positivismo de los dos últimos siglos. Paradójicamente, le confiere mayor visibilidad al pasado, porque ilumina aspectos que, hasta ahora, habían permanecido en la sombra. Confortados por lo que vemos al fin, preferimos, pues, no condenar inmediatamente lo que está sucediendo, porque la compleja pluralidad de la experiencia jurídica, a la que cada vez será más difícil sustraerse, no es el fruto envenenado de una transición perversa. Es, más bien, una nueva variante, moderna y *diferente*, de un tema recurrente de la historia jurídica europea.

135 Insiste en la posibilidad y en la urgencia de esa actitud: P. Grossi, «Globalizzazione e pluralismo giuridico», *Quaderni fiorentini* 29 (2000), pp. 551-558; Íd., «Globalizzazione, diritto, scienza giuridica», ahora en *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano 2006, pp. 279-300.

136 Son muy notables los ejemplos citados por M.R. Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione*, pp. 16 ss., 71, 134, 149-150. Ejemplos históricos de una postura económica globalizante son recordados por J. Osterhammel/N. Petersson, *Geschichte der Globalisierung. Dimensionen, Prozessen, Epochen*, München 2003; P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, pp. 65 ss, 74 ss.

8. Conclusio

¿Cómo resumir las reflexiones y las recomendaciones hechas hasta ahora? ¿Cómo encerrarlas en una máxima, entregada a modo de *viaticum* moderno y laico a quienes hoy emprenden el viaje?

Si la investigación y la enseñanza se proponen realmente señalar la presencia, analizar las funciones y aclarar, de este modo, el valor *real* del derecho (es decir, ni el deseado tácitamente ni el reivindicado explícitamente) en cualquier sociedad histórica, sin excluir la actual, el punto de vista adoptado hasta el momento, tanto en la investigación como en la enseñanza, no me parece demasiado acertado. En efecto, partía del derecho, de su segura (pero insondable) centralidad y omnipotencia y, a consecuencia de esta convicción, «recortaba» una sociedad que le correspondía con fidelidad porque reflejaba su programa, sus aspiraciones e incluso sus miedos. Pero si relaciono el resultado de esta operación con el fondo del contexto social, del plano interno al que con frecuencia he remitido cuando reflexionaba sobre la lenta prevalencia del derecho y sobre su impacto en las sociedades históricas que se han ido examinando, noto que voy campo a través, que en cierto sentido he sido engañado; o incluso que he llegado a ese lugar que la vieja cartografía describía, por ejemplo, así: «Por este camino señalado nos perdemos, y acabamos aquí, en estos bosques»¹³⁷. ¿Por qué? Porque la sociedad así «recortada» muestra una improbable secuencia de instantáneas; no las ordena al azar, sino según el orden *virtual* y *repetitivo* en el que el derecho abstracto se refleja desde siempre. Por la pureza de su programa, recuerda las sugerencias que hace el entrenador a los jugadores poco antes del comienzo de la competición, modificadas inevitablemente en cuanto la rivalidad de la contienda imponga otras elecciones, e incluso totalmente olvidadas o alteradas si el adversario presiona, ocupa todo el espacio e impone su estrategia.

De ello se deduce, al menos en mi opinión, que el viaje comienza *en otro lugar*, no partiendo del derecho, sino de la sociedad, asumiendo su complejidad manifiesta y desordenada para remontarse al derecho del que la sociedad se apropia progresivamente y que, por ello, «interpretará» a su imagen y semejanza y someterá a su propia lógica, la de una sociedad conflictiva. Nunca se insistirá demasiado en la importancia de este cambio de rumbo; en la urgencia de partir de

137 Es ésta la emblemática advertencia, descubierta en un mapa del siglo XVI de la población de «S. Piero di Bugiala» (Archivio di Stato di Firenze, Carte dei Capitani di Parte Guelfa, Mappedi di popoli e strade), con la que, obviamente, nunca me habría topado si este fragmento no hubiese embellecido el cartel publicitario de la exposición fotográfica «La casa rurale nel Chianti» (Radda in Chianti, abril-mayo de 1978).

una sociedad que el jurista debe conocer, necesariamente, incluso en sus rasgos menos edificantes, en sus tensiones y en sus contradicciones. Conociéndola, podrá hablar de ella con mayor competencia. Y sobre todo, podrá valorar hasta qué punto están de acuerdo, realmente, las reglas jurídicas con las demandas que se elevan desde la sociedad. No se le escapará, entonces, que algunas reglas recogen integralmente demandas de toda la sociedad; que otras responden a presiones de la mayoría; y que otras, incluso, sin llamar demasiado la atención y recurriendo a artificios que deberán ser designados por su nombre, privilegian, con frecuencia, de manera unilateral, grupos minoritarios pero socialmente poderosos e incluso fundamentales. El resultado final podría resultar poco halagador pues desautoriza e incluso profana la imagen sublime del derecho imparcial. Será quizá menos consoladora y venerable, pero es más creíble.

MIRANDO ATRÁS
Un primer balance sumario

Ti piace viaggiare?
Se impoverisce.
Che vuoi dire?
Se libera dal superfluo.

F. Biamonti, *Le parole la notte*, 1998, p. 39.

1. *El ejemplo de los poetas*

Los historiadores del derecho son aficionados a la poesía. Se sienten fascinados, a veces incluso arrebatados por sus intuiciones que, cada vez con más frecuencia, introducen, vertebran y resumen los textos históricos¹. Sería fácil demostrarlo

¹ Encontramos ejemplos recientes en I. Biocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, p. XV; y D. Grünbein, «Vom Terror», *Rg/Rechtsgeschichte* 4 (2004), pp. 137 ss. Aluden a la conexión mencionada, entre imaginario poético y creación jurídica, por ejemplo, A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 61-62; R. De Giorgi, «Heinz von Foerster (1911-2002). Eine Beobachtung», *Rg/Rechtsgeschichte* 2 (2003), pp. 161 ss.; M. Kloepfer, *Dichtung und Recht*, Berlin 2008. Otra cosa son la actividad poética de juristas, más o menos conocidos, y los argumentos jurídicos de los poetas. E. Wohlhaupter, *Dichterjuristen* (edición de H.G. Seifert, 3 vols., Tübingen 1953-1957) trata con competencia y detalle esto último. Tampoco se alude a los casos, raros, en los que historiadores del derecho son recordados (o leídos) desde el punto de vista de la poesía. Como hizo, precisamente, un maestro, hace unos años, al recordar a su maestro: «Sabía ver los grandes momentos del derecho antiguo, aun siendo jurista, con ojos de poeta; y sólo los ojos del poeta alcanzan a captar la vida en esos monumentos fúnebres que son los testimonios escritos de un pasado enterrado» (E. Cortese, «A vent'anni dalla scomparsa di Francesco Calasso», *Rivista di storia del diritto italiano* 58 [1985], pp. 5-17, la cita en p. 17).

citando casos concretos y alegando estadísticas. Pero es difícil, tanto concretar las razones de esta innegable atracción, como aclarar la influencia de esta afición mediante la fuerza de los textos y su capacidad de persuasión. Por ello, debemos contentarnos con conjeturas. Todas se refieren a las *cualidades* del discurso poético, de las que carecen los historiadores aunque no les vendrían mal.

Pienso –por citar un ejemplo– en la mirada lúcida y clara que permite al poeta adivinar síntomas e indicios, e interpretar –anticipándose– los signos del destino². Fue el caso de James Joyce, que ya en 1904 había pronosticado el colapso del sistema de libre mercado³. O el de Paul Valéry que, en un conocido (y amargo) escrito de 1931 había percibido con gran claridad el ocaso del viejo mundo –caracterizado por el «aislamiento»– y el orto de la interdependencia global, en la que las partes del mundo «están cada vez más conectadas entre ellas»⁴, con consecuencias todavía difícilmente previsibles pero, ante la duda, preocupantes.

También podría ser el don de habitar en el espacio que separa la luz de la oscuridad, ese don que permite al poeta recuperar todo lo que nuestras rápidas elecciones abandonan despreocupadamente en el limbo de la penumbra. Me viene a la cabeza la visión de la noche, vivida como «un subterfugio para abrirnos los ojos ante lo que no se percibe mientras no se ilumine»⁵, y la invitación insistente e inequívoca que surge de ella.

Sin olvidar la melancólica minuciosidad que convierte a los poetas en notarios del ocaso: pendientes de llamar por su nombre, por última vez, a todas esas *cosas* que la evolución, o el *progreso*, están ahora arrinconando, «los poetas [...] están ahí para despedirse de ellas y recordárselas a los hombres [...] antes de que desaparezcan, para escribir su nombre sobre el agua, quizá sobre la misma ola que en poco tiempo las habrá barrido»⁶.

Me bastaría con la inimitable concisión a la que gustan de recurrir los poetas para lanzarse, en un abrir y cerrar de ojos, *in medias res*⁷. El diálogo de

2 Recientemente se ha referido a ello L. Gustafsson, afirmando: «Die Dichter haben nun einmal etwas von einer Pythia» [Los poetas tienen, pues, algo de oráculos] (*Neue Zürcher Zeitung* 11/12 [diciembre 2004], p. 53).

3 «The competitive order is employed against itself» [El orden competitivo se vuelve contra sí mismo]: J. Joyce, *A portrait of the Artist as a Young Man*, ed. de Ch. Anderson, London 1968, p. 266.

4 P. Valéry, *Regards sur le monde actuel*, Paris 1931, pp. 37 ss., 64 ss., las dos citas en p. 37.

5 P. Jaccottet, *L'ignorant. Poèmes 1952-1956*, Paris 1957, p. 27.

6 C. Campo, *Gli imperdonabili*, Milano 1987, p. 149 (respectivamente, 113).

7 E. Pound, *ABC of Reading*, London 1961, pp. 36-37, 92, 96-97; a lo que corresponde la traducción de Cristina Campo: «La poesía es el arte de colmar cada palabra con su significado más pleno» (C.C., *La tigre assenza*, Milano 1991, p. 240).

Francesco Biamonti, que he citado al comienzo, me ofrece un ejemplo elocuente⁸. El viaje es para él un evento significativo, pero sólo si desata los vínculos materiales y, por ello, libera; una transición que libera la atención, obligándola a ocuparse de las cosas esenciales. Este diálogo lacónico, junto a la metáfora citada, me parece hecho a medida para resumir (también) mi experiencia docente, un largo vagabundeo, de más de treinta años, *à la recherche* no precisamente *du temps perdu*, sino de una respuesta cada vez más convincente, en lo posible definitiva –y, en este sentido, también liberadora–, a la única, verdadera, grande, insistente e ineludible pregunta: *¿por qué y cómo?* Pienso, obviamente, en *por qué y cómo* concebir esta disciplina histórica –desde siempre cortejada y rechazada, admirada y humillada, es decir eternamente en peligro y eternamente problemática– en una facultad de derecho. Hoy, pieza de enganche gastada, pero aún incólume, en la posta donde antaño se cambiaban los caballos, quisiera analizar por última vez el camino recorrido, hablar serenamente de este viaje y, de paso, explicar (si lo consigo) por qué existe todavía esta disciplina, aunque recientemente hayan cambiado algunas cosas y otras, que parecían eternas, hayan desaparecido.

2. De la primera a la segunda vida del derecho romano

Para alcanzar este propósito no es necesario recorrer toda la historia de la disciplina académica⁹. Basta con recordar los momentos a los que remite, más o menos

⁸ Francesco Biamonti (1928-2001) fue autor de novelas de culto (*L'Angelo di Avrigue*, *Vento largo*, *Attesa sul mare*, *Le parole la notte*). Fueron publicadas, tras su muerte, *Il silenzio* (Torino 2003, que captó la atención de Mario Bretone, véase *Belfagor* 58, p. 761) y la recopilación de *Scritti e parlati* (ed. de G.L. Picconi y F. Cappelletti, Torino 2008). Sobre el diálogo recordado en este epígrafe, véase cuanto se precisa en esta última recopilación, p. 100.

⁹ A la cual se refieren, con frecuencia remontándose muy atrás, obras heterogéneas pero casi siempre útiles. Recuerdo explícitamente al menos éstas: H. Kantorowicz, «Die Epochen der Rechtswissenschaft» (1914), ahora en H.K., *Rechtshistorische Schriften*, Karlsruhe 1970, pp. 1-14; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 416 ss.; H. Peter, «Die juristische Fakultät und ihre Lehrfächer. Ein geschichtlicher Überblick», *Studium Generale* 16 (1963), pp. 65-76; P. Landau, «Bemerkungen zur Methode der Rechtsgeschichte», *ZNR* 2 (1980), pp. 117-131, especialmente 128 ss.; A. Iglesia Ferreirós, «Historia del derecho», en J.J. Ferreiro/J. Miquel/S. Mir/P. Salvador (eds.), *La enseñanza del derecho en España*, Madrid 1987, pp. 122-134; A. Padoa-Schioppa, «Intervento», en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 103 ss.; N. Rouland, *Introduction historique au droit*, Paris 1998, pp. 33 ss.; J.-L. Halpérin, «L'histoire du droit constituée en discipline: consécration ou repli identitaire?», *Revue d'Histoire des Sciences Humaines* 4 (2000), pp. 9-32; D. Klippel, *Ideen-Normen-Lebenswelt*, pp. 179-191; Íd., *Rechtsgeschichte*, pp. 127 ss.

explícitamente, la situación actual. Sin embargo, no resulta superfluo aludir al nacimiento de la ciencia jurídica moderna. En los orígenes, encontramos –y con frecuencia se olvida– que los grandes clásicos romanos, los protagonistas del primer periodo áureo de la nueva ciencia, no concedieron un espacio especial a la argumentación histórica, y menos aún la enseñaron con particular empeño¹⁰. Como se recordó más tarde con gran desenvoltura, no gustaban de aferrarse a las opiniones de un autor del pasado¹¹, ni privilegiaban la interpretación retrospectiva¹². Simplemente, no veían la necesidad¹³, empeñados como estaban, no en descifrar antiguos manuscritos o en reparar viejos monumentos, sino –desde lo alto de su tribuna– en dirimir controversias¹⁴. Eran capaces de gestionar, aplicar

10 Es verdaderamente pionera la aportación de P. Lotmar, *Contravindication*, pp. 4-33. Una discusión serena de los distintos puntos de vista adoptados hasta ahora, en R. Orestano, *Introduzione*, pp. 178 ss. Simples alusiones a aspectos concretos de la (compleja) problemática en A.F.J. Thibaut, «Über die sogenannte historische und nicht historische Rechtsschule», *Archiv für die civilistische Praxis* 21 (1838), pp. 394-419, especialmente 411-412; G. Edlin, «Das römische Recht und die Gegenwart», *Wissen und Leben* 16 (1922-1923), pp. 505-521, especialmente 515 ss.; P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, pp. 189-190; P. Becchi, *Ideologie della codificazione in Germania*, Genova 1999, p. 170; G. Broggin, «Significato della conoscenza storica del diritto per il giurista vivente», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 59-73, especialmente 61.

11 J.C. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, «Vorwort zur ersten Auflage», p. XI.

12 W. Munzinger, *Zur Frage eines Schweizerischen Handelsgesetzbuches*. Ein Gutachten an das Tit. Justiz- und Polizeidepartement des Schweizerischen Bundesrathes, Bern/Solothurn 1862, p. 24. Literalmente: «Allein, was diese Römer auszeichnete, war, dass sie selbst nicht auch noch einmal ein Jahrtausend zurückblickten» [Lo que caracterizaba a este romano era que no volvía la vista mil años atrás].

13 Bluntschli sintetiza así su razonamiento: «Sie waren sich vielmehr bewusst, selbst Autorität zu sein, weniger noch weil der Kaiser sie mit solchem Ansehen ausgerüstet hatte, als weil sie geistig und moralisch befähigt waren, als Kenner des Rechts dasselbe selbständig zu finden und zu bezeugen» [Los juristas romanos eran más bien conscientes de ser la autoridad misma, al menos porque el emperador les dotaba de cierto prestigio y porque eran calificados, intelectual y moralmente, como expertos en derecho, tanto para descubrirlo, como para alegarlo] (*Deutsches Privatrecht*, «Vorwort zur ersten Auflage», p. XI).

14 Así J.P.A. Feuerbach, «Einige Worte über historische Rechtsgelehrsamkeit und einheimische deutsche Gesetzgebung» (1816), aquí citado según la versión de *Kleine Schriften vermischten Inhaltes*, 1833, pp. 133 ss., especialmente 145-146: «Der römische Rechtsgelehrte sass bekanntlich nicht als Geschichts- und Altertumsforscher hinter alten Denkmälern und Manuskripten, sondern auf dem Marktplatz, oder zu Haus unter den Klienten, oder auf dem Gerichtsstuhl oder in dessen Nähe (...) Der Römer hatte nicht erst den Rechtsleichen eines vor einem Jahrtausend untergegangenen Volkes zu zergliedern, um denselben bey sich von neuem künstlich zusammensetzen und wieder zum Scheinleben aufzuwecken» [El jurista romano no se sentaba entre viejas fuentes y manuscritos como un historiador, sino en la plaza del mercado, o en casa entre los clientes, o en el tribunal, o en sus cercanías (...)] El romano no tenía que analizar,

y actualizar su derecho sin interrogarse sobre el pasado. Y a nadie se le ocurre recriminarles por ello¹⁵.

Mil años después, cuando en Bolonia se produjo el primer renacimiento del derecho romano¹⁶, el contexto era muy distinto. En el punto de mira había códices antiquísimos. Descubiertos entonces, dispuestos cuidadosamente en el *Corpus iuris*, ofrecían a los juristas *sacra* que debían conservar con todo el cuidado posible. Constituían una cantera, una mina¹⁷ a la que los sabios recurrían para extraer materiales que después, debidamente elaborados, volcaban en el derecho positivo¹⁸. Parece oportuno, por ello, caracterizar la ciencia jurídica medieval y concebirla como *histórica*, es decir, sensible al peso del pasado, de un pasado que era constantemente explorado para entender qué fragmentos habían permanecido en la superficie –porque *usu recepti*–, y en qué relación estaban con otras fuentes, por ejemplo las locales, de origen más o menos contemporáneo.

Lo que empujaba a los juristas medievales a nutrirse de la historia no era un gusto abstracto por la antigüedad, o una pasión histórico-filológica, sino el deseo de hacer valer un fragmento y utilizarlo por motivos prácticos, para resolver controversias jurídicas de su tiempo. La *interpretatio*, en la que se encuentra durante mucho tiempo el epicentro de la *scientia legum*, debía mediar entre el pasado y el presente. Y lo hacía como si estuviese predestinada, al estar «situada entre la equidad y el derecho»¹⁹. Primero una confirmación *histórica* y, después, una *in-*

primero, el cadáver del derecho de un pueblo desaparecido mil años atrás para armar con él algo artificial y despertar la apariencia de vida]. Una versión ligeramente modificada de este pasaje en la antología de E. Wolf, *Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., p. 293.

15 P. Lotmar, *Contravindication*, p. 30.

16 Siendo actualmente inevitable subdividir la epopeya del (*mismo*) derecho (romano) clásico en distintos periodos, cada uno precedido por un renacimiento y concluido por un periodo de decadencia (mientras R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 3 y 6, compartiendo los planteamientos de H. Kooiker en una obra de 1996, sobre la cual volveré, habla de un tercer renacimiento durante el siglo XIX, P. Koschaker, *Die Krise*, p. 75, considera que el afianzamiento de la pandectística «al menos como el cuarto renacimiento del derecho romano»), es útil precisar, en cada momento, a qué periodo del discurso se refiere, al menos para evitar confusiones molestas. Sobre la costumbre –tan discutible como se quiera, pero no por ello condenable– de interpretar la evolución histórica como una ininterrumpida secuencia de renacimientos y decadencias, véase *supra*, p. 108.

17 Metáfora utilizada por Cino da Pistoia, *Codex* 1, 14, 1 (citado por C. Petit/J. Vallejo, *La categoria giuridica*, pp. 737 y 750, nota 87). Véase también P. Colliva, «Diritto romano e realtà giuridica. L'esperienza storica in Italia», *Il Mulino* 19 (1970), pp. 444-467, especialmente 457-458 (y ahora en *Scritti minori* del mismo autor, Milano 1996, pp. 515-542, especialmente 532).

18 Fundamental C. Petit/J. Vallejo, *La categoria giuridica, passim*.

19 *Cod. Just.* 1, 14, 1, citado por C. Petit/J. Vallejo, *La categoria giuridica*, p. 752, 754. Sobre la potencia creadora de la *interpretatio* insisten, con abundantes razones, por ejemplo, P.

terpretatio de las antiguas fuentes útil para el presente y, por eso, frecuentemente dialéctica²⁰, caracterizaban –al conectarse entre sí– la ciencia jurídica medieval, y culminaron a veces en equívocos inteligentes y productivos²¹, desde siempre *partim* censurados y *partim* admirados. Demostraron admirablemente dos cosas muy distintas: la creatividad de esta nueva disciplina²², así como la verdad de aquella

Koschaker, *Die Krise, passim* y especialmente pp. 21, 26-29, 40-41, 52; M. Sbriccoli, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969; Íd., «Politique et interprétation juridique dans les villes italiennes du Moyen âge», *Archives de philosophie du droit* 17 (1972), pp. 99-113; A. Cavanna, «Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune. Un'occasione di riflessione sull'identità del giurista di oggi», *Studia et documenta Historiae et Iuris* 44 (1978), pp. 95-138; Íd., *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano 1983, pp. 13-14; Íd., *Storia dell'Europa e diritto*, pp. 33-35; T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, pp. 22-23; Íd., «Geltung und Fortgeltung des römischen Juristenrechts», *ZRG Romanistische Abteilung* 111 (1994), pp. 66-94.

20 Sobre la falta de sentido histórico-crítico en los glosadores argumentan U. Gualazzini, *Considerazioni in tema di legislazione statutaria medievale*, 2.^a ed., Milano 1958, *passim* y especialmente pp. 51 ss. y 63; R. Orestano, *Introduzione*, pp. 60-68; T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, pp. 29-30; W. Ebrard, *ZSR NS* 67 (1948), p. 114.

21 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 45, 84-85; F. Calasso, *Introduzione*, pp. 188 ss., 192 ss.; M. Sbriccoli, *Interpretazione*, pp. 114 ss.; A. Bürge, «Das römische Recht als Grundlage für das Zivilrecht im künftigen Europa», en F. Ranieri (ed.), *Die Europäisierung der Rechtswissenschaft. Beiträge aus der Universität des Saarlandes, Baden-Baden 2002*, pp. 19-40, especialmente 27-28; R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, p. 246. Es posible que la distinción entre *dominium utile* y *dominium directum* sea el ejemplo más conocido del fenómeno examinado, por una serie casi interminable de excelentes análisis históricos, entre los que sobresalen: E. Landsberg, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig 1883, pp. 97-101; C.F. Rosshirt, *Dogmengeschichte des Zivilrecht*, Heidelberg 1853, pp. 188-190; V. Simoncelli/B. Brugi, *Della enfiteusi*, I, 2.^a ed., Napoli/Torino 1922, pp. 124-130; T. Mayer-Maly, «Eigentum und Verfügungsrechte in der neueren deutschen Rechtsgeschichte», *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF Band 140, Berlin 1984, pp. 25-40; W. Wagner, «Die Privatisierung des Lehensrechts», en W. Selb/H. Hofmeister (ed.), *Forschungsband Franz von Zeiller (1751-1828). Beiträge zur Gesetzgebungs- und Wissenschaftsgeschichte*, Wien/Graz/Köln 1980, pp. 226-247, especialmente 240-243; D. Strauch, «Das geteilte Eigentum in Geschichte und Gegenwart», en G. Baumgärtel/H.-J. Becker/E. Klingmüller/A. Wacke (eds.), *Festschrift für H. Hübner zum 70. Geburtstag*, Berlin/New York 1984, pp. 273-293 (y ahora en *Kleine rechtsgeschichtliche Schriften. Aufsätze 1965-1997*, del mismo autor, Köln/Weimar/Wien 1998, pp. 102-123).

22 F. Calasso, *Introduzione*, pp. 10 ss., 17-23, 188, 192; Íd., *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, pp. 16, 33, 216; Íd., «Recensione» de la obra de E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935, publicada por última vez en *Annali di storia del diritto* 9 (1965), pp. 569-573; Íd., *Storicità del diritto*, pp. 210 ss., 216 ss. Sintetiza insuperablemente el valor creador del equívoco J.C. Bluntschli, cuando afirma que, desde su perspectiva, aún totalmente marcada por la dualidad derecho romano/derecho alemán, «gar nicht selten in dem miszverstandenen römischen Recht der Practiker ein Kern modernen Rechtsgefühls enthalten war, ihre römischen Irrthümer waren zuweilen deutsche Wahrheiten» [en el mal comprendido derecho romano de los

antigua máxima según la cual no es posible «apropiarse de un bien espiritual extraño sin, al mismo tiempo, adecuarlo a las propias exigencias y transformarlo según el propio modo de sentir»²³.

La edad media se presenta, en este rápido apunte, como una época en la cual el derecho emerge *feudalmente*, es decir, al margen de estructuras *estatales*²⁴. Florece en una gran variedad de fuentes, en aparente desorden. Dan ganas de decir: como se quería un modelo caótico e impredecible, se elaboró una doctrina apropiada²⁵. No intentaba imponer un *ordo* colocando las fuentes según una jerarquía taxativa²⁶, sino que obligaba al jurista a vincular el pasado y el presente, defendiéndose entre fuentes diferentes y con frecuencia contradictorias, es decir, ponderando cuidadosamente y teniendo siempre claro que la solución se conseguía *sub specie interpretationis*²⁷.

prácticos, se encerraba, no pocas veces, un fondo de espíritu jurídico moderno; sus errores romanos eran, a veces, verdades alemanas] (J.C. Bluntschli, «Vorwort zur ersten Auflage», *Deutsches Privatrecht*, p. X).

23 P. Koschaker, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, p. 477 (y en la versión original alemana, p. 282). Impresiona el hecho de que esta (compartible) tesis haya anticipado medio siglo la llegada de la revolución hermenéutica.

24 Hecho subrayado en varias ocasiones, recientemente, por P. Grossi, véase, por ejemplo, *Assolutismo giuridico*, pp. 275 ss. (*Un diritto senza Stato. La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*). Se refiere explícitamente a esta perspectiva G. Dilcher, «Recht ohne Staat-Rechtsdurchsetzung ohne Staat? Überlegungen zur Rolle der Zwangsgewalt im mittelalterlichen Rechtsbegriff», *Quaderni fiorentini* 30 (2001), pp. 139-158.

25 Sobre el sistema de fuentes elaborado por la doctrina medieval, véase *infra*, pp. 162 ss., 172-173.

26 Como se le exigirá, por el contrario, al orden codificado. Por ello, algunos autores recogen nítidamente la diversidad que –sobre el asunto– caracterizaba a los dos sistemas de fuentes. Véase, por ejemplo, P. Grossi, *Assolutismo giuridico*, pp. 65, 170, 286; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, p. 3; E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 418-419; P. Caroni, *Saggi*, p. 193; Íd., *Statutum et silentium*, pp. 143-146.

27 G. Garancini, «Consuetudo et statutum ambulat pari passu. La consuetudine nei diritti italiani del Basso Medio Evo», *Rivista di storia del diritto italiano* 58 (1985), pp. 19-55, especialmente 31, 46-47, 53-55; C. Petit/J. Vallejo, *La categoria giuridica*, p. 739. A la unificación *jurisprudencial*, típica de la época moderna, han dedicado minuciosos trabajos G. Gorla, «Unificazione 'legislativa' e unificazione 'giurisprudenziale'. L'esperienza del diritto comune», en AA.VV., *Le nuove frontiere del diritto e il problema dell'unificazione*. Atti del Congresso internazionale organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari, 2-6 aprile 1975, Milano 1979, volumen I, pp. 470-511; Íd., «I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secc. XVI e XIX, quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati. Disegno storico-comparativo», en AA.VV., *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del III Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del diritto, Firenze 1977, I, pp. 447-532; Íd., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981; Íd., «Introduzione allo studio dei tribunali italiani nel quadro

3. *El humanismo jurídico: cum philologia et historia*

Incluso el humanismo confió en una *iunctio*: «cum philologia et historia»²⁸ intentó afrontar ese pasado al que los juristas medievales se habían adherido en bloque y que trataban de declinar de nuevo con ayuda de la dialéctica. Para ser aún más explícitos: la filología desembocó en la historia, observó con ojos nuevos la génesis de las fuentes jurídicas, de las antiguas y de las recientes, descubrió el condicionamiento espacio-temporal, es decir, la inevitable historicidad²⁹. Es cierto que la visión crítica de los humanistas no abarca sólo los textos clásicos³⁰; pero también es cierto que, en este ámbito, sobre todo releando filológicamente las Pandectas, alcanza cimas excelsas. A la edición medieval, a la llamada *vulgata*, los humanistas contrapusieron una edición crítica³¹. Desvelaba, sin piedad, otro origen, totalmente terrenal y humano, es decir, contingente, de la compilación justiniana. Y como en una reacción en cadena ya imparable, este primer descubrimiento estimuló otras investigaciones y favoreció nuevas críticas³²; dejó al descubierto aspectos que debilitaban la confianza de los juristas en el valor eterno del *Corpus iuris*, y que destruían de ese modo la adhesión –global e incondicionada– que los juristas medievales le habían mostrado³³. La falta de homogeneidad

européo fra i secoli XVI e XIX», en A. Giuliani/L. Picardi (eds.), *L'ordinamento giudiziario*, I, *Documentazione storica*, 1985, pp. 329-470; M. Ascheri, Relación «Italien», en H. Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, volumen II, segunda parte, München 1976, pp. 1113-1221; Íd., *Tribunali, giuristi e istituzioni. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1995, especialmente pp. 85 ss., 185 ss.; Íd., «Gino Gorla tra diritto e storia: per il diritto comune europeo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 44 (1990), pp. 945-962. Concisa y concreta la síntesis de I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 85-93.

28 R. Orestano, *Introduzione*, pp. 193, 607-608; D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 133-134.

29 En la cual se tiende hoy a ver la intuición central del humanismo jurídico: R. Orestano, *Introduzione*, pp. 197 ss., 613 ss., 628 ss.; D. Maffei, *Gli inizi, passim* y especialmente pp. 22, 98, 116, 153; M. Bretone, «La 'coscienza ironica' della romanistica», ahora en *Diritto e tempo*, pp. 235-251; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 7 ss. Pero bien mirado ya P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, p. 113 se había dado cuenta.

30 Exponen correctamente los aspectos concretos de la renovación soñada por los humanistas R. Orestano, *Introduzione*, p. 156; A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 149-152.

31 Sobre esta nueva versión, elaborada a partir de la *littera florentina* o *pisana*, véase D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 84 ss.; R. Orestano, *Introduzione*, pp. 194-195. Sobre la actividad editorial desarrollada por los humanistas, informa H.E. Troje, «Die Literatur des gemeinen Rechts unter dem Einfluss des Humanismus», en H. Coing (ed.), *Handbuch*, volumen II, primera parte, München 1977, pp. 615-795, especialmente 645 ss.

32 V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale*, pp. 16, 167; Íd., *Aspetti*, pp. 33, 49-50, 166-167.

33 Critican la postura de los juristas medievales R. Orestano, *Introduzione*, pp. 156 ss.; V. Piano Mortari, *Aspetti*, pp. 36 ss., 47-48; D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 22, 33, 38, 42, 49.

(por no decir lo casual) de la tradición y de las fuentes³⁴, las torpes manipulaciones de Triboniano y de sus colaboradores³⁵, la falta de adecuación material de muchas reglas y de muchas soluciones³⁶, todos estos embarazosos descubrimientos, desaconsejaban ahora refugiarse en la *auctoritas*³⁷ del *Corpus iuris* y compartir además la pretensión de garantizarle una vigencia universal³⁸. Donde las condiciones políticas locales parecieron propiciar después una rápida realización de los postulados humanistas, como por ejemplo en Francia³⁹, la crítica fue más allá y desembocó en las reivindicaciones de un derecho moderno, atento a las instancias locales, por no decir nacionales⁴⁰.

Podemos resumir este periodo recordando que también para el programa humanista la historia fue el medio para conseguir una renovación global del derecho. Sin embargo, no debía consolidar el pasado, sino favorecer su estudio histórico, es decir, la operación que permitió desmontar después el monumento justiniano. Era lógico el deseo de apartarlo *también* como centro indiscutible del sistema de fuentes. No sorprende, por ello, que algunos humanistas franceses hubieran pedido repetidamente, a lo largo del siglo XVI, una codificación del derecho. A tanto se atrevieron, ya que estaban convencidos de que sólo en el ámbito de un nuevo sistema de fuentes sería posible suplantar definitivamente el universalismo romanista todavía imperante⁴¹.

34 V. Piano Mortari, *Aspetti*, p. 35.

35 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, p. 107; D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 38-39, 44-45, 60-63, 106-107; V. Piano Mortari, *Aspetti*, pp. 7-8, 35-36, 59 ss., 105 ss.

36 D. Maffei, *Gli inizi*, p. 77, 156-157; V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale*, pp. 16, 167-168.

37 D. Maffei, *Gli inizi*, p. 40; R. Orestano, *Introduzione*, pp. 614, 618; V. Piano Mortari, *Aspetti*, pp. 54-55, 77, 166-167.

38 D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 70 ss., 153 ss., 163-164.

39 El humanismo nació y se afianzó, precisamente, cuando la crisis de la idea imperial y la reforma religiosa proclamaron el final del universalismo político y religioso. Lo que hace pensar, indirectamente, en una fácil identificación del movimiento con el surgimiento de la idea de Estado nacional y con el absolutismo político. Identificación quizá compartible, aunque la ambivalencia inherente, tanto al derecho romano, como al local-nacional, aconseja prudencia, tal como enseña la evolución francesa, tan ejemplarmente reconstruida por J. Krynen, *L'empire du roi. Idée et croyances politiques en France XIIIe-XVe siècle*, Paris 1993; Íd., «Le droit romain droit commun de la France», *Droits* 38 (2003), p. 21-35; Íd., «La réception du droit romain en France. Encore la bulle *Super speculam*», *Revue d'histoire des Facultés de droit et de la culture juridique* 28 (2008), pp. 227-262.

40 Sobre el nexo entre la historicación del derecho romano y la atención dirigida a la óptica jurídica *local*, véase D. Maffei, *Gli inizi*, pp. 28, 61, 63, 162 ss., 176, 186, 189.

41 La centralidad de la estrategia codificadora en el programa de renovación implícito en la acción humanista está ampliamente demostrada por el intento de François Hotman, sobre el

4. La escuela histórica

Saltamos –no sin alguna duda⁴²– la época iusnaturalista y el «eclipse de la historicidad»⁴³ que fue su consecuencia, y desembocamos en el siglo XIX. Los juristas consideran –con relevantes argumentos– que está fundamentalmente caracterizado por las distintas doctrinas de la escuela histórica, en la que se sitúa comúnmente el nacimiento de «una historia del derecho en sentido moderno»⁴⁴. Puede decirse rápidamente lo que la caracterizaba: no una atención cualquiera hacia el pasado jurídico⁴⁵, sino sólo la que correspondiese a las inclinaciones y a los programas de Savigny; incluso tendencias y actividades que, bien mirado, habían nacido del *humus* de Savigny y después, en cierta medida, se separaron y cayeron bajo los golpes del rigorismo del fundador; no las condenó, sino que las descalificó hasta marginarlas. Los ejemplos no faltan.

a) Primero fue el turno de unos pocos seguidores de la escuela⁴⁶, que no quisieron nunca ocuparse de problemas históricos en relación al derecho vigente, es decir, mezclarse con los problemas prácticos⁴⁷. Savigny los criticó llamándolos

cual orientan V. Piano Mortari, *Aspetti, passim* y especialmente pp. 78, 82, 94, 96, 189; Íd., *Diritto romano e diritto nazionale*, pp. 3, 45-46, 66, 101 ss., 106, 124 ss., 165; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 35 ss.; P. Caroni, *Saggi*, pp. 14-15; Íd., *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 32-33.

42 Perplejidades obvias. Si es verdad que las teorías iusnaturalistas fueron elaboradas y crecieron en un específico contexto histórico, es igualmente cierto que el historicismo no cierra drásticamente la era iusnaturalista que, por el contrario, (re)floreció en el nuevo contexto, como ha sido recientemente demostrado por las amplias investigaciones impulsadas por D. Klippel. Véase por ejemplo *Naturrecht im 19. Jahrhundert. Kontinuität-Inhalt-Funktion-Wirkung*, Goldbach 1997; *Naturrecht und Staat. Politische Funktionen des europäischen Naturrechts (17.-19. Jahrhundert)*, München 2006.

43 En feliz locución de R. Orestano, *Introduzione*, pp. 202, 207 ss., 641-642.

44 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, p. 111.

45 Desde luego, no la que le prestó Thibaut, quien, a diferencia de Savigny, no filtraba la historia a la búsqueda *del* derecho que se debía considerar todavía válido, es decir, aplicable, sino que se contentaba con aportar luz *ex post* sobre cuanto ya hubiese sido promovido a derecho positivo por otra instancia u otro procedimiento. Tampoco compartía el optimismo savignyano, gracias al cual «das historisch entstandene eben deswegen wahr sei, also dem Tadel nicht ausgesetzt» [lo que se origina históricamente es, sólo por eso, verdadero y no está expuesto a la crítica] (A.F.J. Thibaut, *Über die sogenannte historische Schule*, p. 408).

46 P. Caroni, *Saggi*, pp. 165 ss., especialmente 172.

47 Así, polémicamente, Karl v. Amira en su lección inaugural de 1876. La cita S. Gagnér, «Zielsetzungen und Werkgestaltung in Paul Roths Wissenschaft», en S. Gagnér/H. Schlosser/W. Wiegand (eds.), *Festschrift für Hermann Krause*, Köln/Wien 1975, pp. 276-450, la cita en p. 293. Pero véase también *supra*, pp. 110-111.

anticuarios, y los trató siempre con visible desprecio⁴⁸. Profundizaban en aspectos concretos del pasado jurídico con un gran esfuerzo heurístico, es decir, partiendo de criterios contemporáneos de las fuentes tratadas. De esa manera, demostraban también que consideraban el pasado irremediamente concluido. ¿*Saber por saber?* Quizá. O, tal vez, sólo otra forma de historia jurídica, no exenta de gran dignidad, que finalmente Savigny, probablemente de mala gana, tuvo que reconocer como la verdadera, «die eigentliche»⁴⁹, aunque chocase con sus preferencias. Sus preferencias se dirigían patentemente hacia «el pretérito imperfecto, entendido como un pasado en marcha cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, y cuyo fin no ha sido aún anunciado»⁵⁰. El pasado y el presente estaban indisolublemente imbricados, ningún límite insuperable podía separarlos, por eso el conjunto de reglas que constituían el derecho positivo era el resultado de un atento análisis de la tradición⁵¹. Desde esta perspectiva, el análisis histórico era indispensable y prestaba un servicio necesario, es decir *constitutivo*, en orden ya fuera a las reivindicaciones políticas, ya fuera a las más estrechamente jurídicas⁵²; aunque, bien mirado, tenía una misión preliminar, en cierto sentido externa y sin influencia sobre el resultado de una controversia concreta. Se limitaba a indicar las piedras que el tiempo no había eliminado, es decir, las idóneas para construir el *System*, dejando libre al autor para combinarlas según su propio proyecto⁵³. Aun admitiéndolo explícitamente, la distancia entre esta *historia* y la practicada

48 P. Caroni, *Il codice rinviato*, pp. 277-280; Íd., «Occhiuto ma non troppo: Savigny in Italia», *Quaderni fiorentini* 30 (2001), pp. 723-733, especialmente 728, como *supra*, pp. 169-170.

49 F.C.v. Savigny, «Über den Zweck dieser Zeitschrift», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1815), pp. 1-17, la cita en p. 14.

50 F. Ost, *Le temps du droit*, Paris 1999, p. 71 (pero en este sentido, ya en p. 67).

51 Así interpretó Koschaker, en mi opinión correctamente, a Savigny: *Die Krise*, pp. 24-26, 37; Íd., *Europa und das römische Recht*, pp. 267, 270-272, 275.

52 Literalmente: «Bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts hatte die Historiographie ganz pragmatische Zwecke. Sie diente der Erziehung und der Erhebung der Jugend, der Fundierung von politischen und juristischen Ansprüchen und der Sammlung von Erfahrungen und Beispielen» [Hasta finales del siglo XVIII, la historiografía tuvo una finalidad totalmente práctica. Servía para la educación y para la promoción de la juventud, para la fundamentación de las pretensiones políticas y jurídicas y para la recopilación de cuestiones prácticas y ejemplos]: así H. Fenske, «Geschichtswissenschaft und Rechtswissenschaft», en D. Grimm (ed.), *Rechtswissenschaft und Nachbarwissenschaften*, II, München 1976, pp. 35-52, la cita en p. 37. Razón por la cual los juristas debían ser entonces considerados «zugleich Rechtshistoriker und Rechtspolitiker» [a la vez historiadores del derecho y políticos del derecho], como ha recordado recientemente I. Kroppenberg, *Amnesie und Autorität*, p. 62.

53 P. Caroni, *Occhiuto ma non troppo*, pp. 726-730.

por los anticuarios era sideral. La marginación a la que los sometió Savigny puede parecer severa, pero era también inevitable⁵⁴.

b) El sistema de fuentes compartido por Savigny, magistralmente defendido en el escrito de 1814, había aparecido lentamente en la época medieval⁵⁵. Subdividía las fuentes en dos categorías (*ius commune* y *ius proprium*) y alentaba la tensión que surgía, inevitablemente, entre ellas, favoreciendo –sin llamar la atención, pero eficazmente– el derecho común. Bastaba con imponer al iusdicente la lectura e interpretación del *ius proprium*, que generalmente se aplicaba primero, a la luz de los esquemas elaborados por la ciencia del derecho común. De lo que se deduce fácilmente que la doctrina y la práctica medievales *no* consideraban el derecho *proprium* y el *commune* como dos ordenamientos paralelos de los cuales fuese lícito tomar –según modos precisos y casi rituales– la solución concreta. Era más bien decisiva, también en estos casos, la *interpretatio*: debía conducirse hábilmente, tomar un camino que tuviese en cuenta las dos realidades y las conectase de alguna manera para superar la dualidad. Por ello, no es una deformación ver el conjunto como un sistema (jurídico) mixto⁵⁶. Al difundirse

54 La justifica, condenando implícitamente el empeño de los *anticuarios*, P. Lotmar, *Contravindication*, pp. 31-33. Todavía fue más drástica la reacción de Gustav Geib: le parecían enemigos y traidores todos los autores que, apreciando los trabajos de los *anticuarios*, los consideraron como los auténticos depositarios del mensaje de la escuela histórica. Véase G. Geib, *Die Reform des deutschen Rechtslebens*, Leipzig 1848, p. 20. Sobre ello, también P. Caroni, *Saggi*, pp. 167-168.

55 La reconstrucción histórica de la elaboración de este sistema de fuentes, tal como la propuso hace decenios Francesco Calasso en las obras ya citadas (*supra*, p. 156, nota 22), puede considerarse todavía importante y fundamentalmente convincente. Pero necesita algún retoque o ajuste. Véase B. Paradisi, «Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso», en AA. VV., *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea*, Perugia 1980, pp. 169-300; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma/Bari 1995, pp. 223 ss.; P. Costa, «Ius commune, Ius proprium, Interpretatio doctorum: Ipotesi per una discussione», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*. Actes del IV Simposi Internacional Barcelona, 27-27 de maig 1994, Barcelona 1995, pp. 29-42; V. Crescenzi, «Diritto comune: analisi di un concetto, struttura di un'esperienza», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*. Actes del VIII Simposi Internacional Barcelona, 29-30 de maig 1998, Barcelona 1999, pp. 103-172; A. Iglesia Ferreirós, «Ius commune: un interrogante y un adiós», *ibíd.* pp. 239-637. Un primer resultado de esta revisión puede formularse así: mientras Calasso tendía a ver en el derecho la manifestación de una actividad legislativa, hoy se insiste más bien en la raíz jurisprudencial (y no tanto en la legislativa) de la primacía reivindicada por el (y reconocida al) derecho común. Véase el minucioso análisis de L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1975, pp. 79-199.

56 Razonar sobre la primacía reivindicada por el derecho común en el ámbito del homónimo sistema de fuentes significa también descubrir (y aceptar) que se expresase según modalidades hoy del todo olvidadas, como he intentado mostrar en *Statutum et silentium*, pp.

después, en la época moderna, el valor del derecho local y al contentarse los juristas con colocarse los lentes del derecho común para leerlo, ni en Italia ni en Alemania –donde la iusromanística se asentó lentamente a partir del siglo XV– se logró unificar el derecho. Hasta las modernas codificaciones, la competencia iusprivatista continuó siendo prerrogativa de las jurisdicciones locales⁵⁷.

Savigny, como he dicho, actuaba inspirándose en este sistema. Pero, en el momento de asumirlo, aspiró a resultados más ambiciosos porque, contrariamente a la práctica medieval e ignorando la evolución de la época moderna⁵⁸, privile-

140-142. Podemos sintetizar partiendo de lo recordado en la nota precedente: mientras la ley domina visiblemente el actual sistema de fuentes, dado que es aplicada en primer lugar, está en vigor e incide con mucha antelación sobre todas las demás fuentes (lo que desapruueba quien acusa al sistema de legolatría, pues le parece un eco amenazador del principio *ubi res publica, ibi lex*), el derecho común obraba en la sombra, de manera más ambigua y discreta pero no por eso menos eficiente. Garantizaba, en efecto, la coherencia del sistema de fuentes, reinterpretando de manera uniforme todas las normas vigentes y concurrentes, que generalmente no eran de origen romanista. Las pasaba por el filtro de una interpretación sapiencial que, inevitablemente, las reconducía a los principios del derecho clásico. Del mismo modo se podría afirmar que la ciencia del derecho común proporcionaba los lentes con los que el iusperito reorganizaba automáticamente las normas interpretadas, reduciendo o neutralizando las eventuales diferencias que todavía las separaban del modelo romanista. Por este motivo, darse cuenta es mucho más arduo, ya que obliga al historiador a alargar el camino y a recorrer incómodos senderos.

57 Como recordó, con toda claridad, un atento observador nada indiferente: «Wohl hatte man versucht, in einer Periode am Ende des Mittelalters vor etwa 400 Jahren ähnlichen Zuständen der Verwirrung dadurch zu steuern, dass man das Römerrecht, das *corpus iuris*, herübernahm. Aber nur mit geringem Erfolg. Denn das römische Recht galt bloss an zweiter Stelle, an erster aber das örtliche Recht. Daher ist es gekommen, dass im Laufe der weiteren Entwicklung immer wichtigere Fragen des Rechts nicht durch das Reichsrecht entschieden wurden, sondern durch ein zerklüftetes lokales Recht, und dass seit dem 18. Jahrhundert für weite Gebiete Deutschlands das römische Recht ganz ausser Kraft gesetzt werden konnte und es dort bloss nach Landesrecht ging» [Tras el final de la edad media, durante un periodo de aproximadamente cuatrocientos años, para encauzar así similares condiciones de confusión, se intentó aplicar el derecho romano, el *corpus iuris*; pero sólo con escaso éxito, pues el derecho romano estaba en vigor sólo en un segundo lugar y, en el primero, el derecho propio. De ahí que, durante la evolución posterior, los problemas jurídicos cada vez más graves no se resolvieran mediante el derecho imperial, sino mediante un derecho local fragmentado; y asimismo, que desde el siglo XVIII el derecho romano pudiera asentarse, casi sin esfuerzo, en amplias áreas de Alemania y que, sólo él, se convirtiera allí en el derecho del territorio] (R. Stammler, *Soziale Gedanken im bürgerlichen Gesetzbuch*. Aus den Verhandlungen der 5. Hauptversammlung der freien kirchlich-sozialen Konferenz zu Erfurt am 18.-20. April 1900, Berlin 1900, pp. 2-16, el fragmento se encuentra en p. 2).

58 A lo largo de la edad moderna muchos factores concurrieron para debilitar la primacía del derecho común –hasta entonces sin discusión–: los cambios del sistema político; el aumento de valor de cada una de las fuentes concretas que produjo inevitablemente; la llegada

gió siempre, tanto en el plano teórico como en el práctico, el derecho común difundido por la recepción; lo que significa, concretamente, que no le bastó con leer el derecho local sobre la falsilla del común. Lo sacó, literalmente, de su sitio, con ventaja para la matriz romanista. Consumado este golpe de mano, pareció indicado y exigible un estudio *distinto* y *separado* de las dos tradiciones: la del derecho positivo específico y la de su correspondiente pasado; un estudio que reflejase su evolución autónoma, es decir, pura, y que ignorase conscientemente, u olvidase, mencionar los recíprocos contactos e influjos, como también las combinaciones ya realizadas en el pasado⁵⁹. En estas condiciones, el resultado de tantas fatigas era claramente previsible. Consistía en la elaboración de *dos* sistemas distintos de derecho privado, autónomos y autorreferenciales. Es verdad que Savigny no dejó de exhortar, repetidamente, a sus compañeros de viaje germanistas a colaborar en la realización del «plan común»⁶⁰. Pero es difícil creer que, después de haber privilegiado deliberadamente *su* derecho, el común, esta invitación no fuese más

de los grandes tribunales y la unificación *jurisprudencial* que provocaron; y para terminar, el imparable aumento de la legislación local, tanto de la referida al derecho civil como de la referida a las funciones públicas. Espléndido el esquema de I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 51-104. Otras informaciones están en F. Calasso, *Introduzione*, pp. 125-126; Íd., *Storicità del diritto*, pp. 115-117, 193. Menos inspirados el resumen de U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, pp. 220 ss., y la intervención de G. Diurni, «Osservazioni sul tardo diritto comune in Italia», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*. Actes del VIII Simposi Internacional Barcelona, 29-30 de maig 1998, Barcelona 1999, pp. 197-217. Se analiza un caso concreto de la evolución aquí tratada en P. Caroni, *Statutum et silentium*, pp. 134-155. Sobre la incipiente fragmentación del sistema de fuentes a consecuencia de la teoría (y de la realidad) del derecho nacional, tal como se fue afianzando en los siglos XVII y XVIII, véase K. Luig, «Institutionenlehrbücher des nationalen Rechts im 17. und 18. Jahrhundert», *Ius commune* 3 (1970), pp. 64-97.

59 F.C.v. Savigny, «Anleitung zu einem eignen Studium der Jurisprudenz» (1802-1803), ahora en F.C.v. Savigny, *Vorlesungen über juristische Methodologie* (1802-1842), ed. de Aldo Mazzacane, Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Band 174, Frankfurt a.M. 2004, pp. 157-158, 189, 211. La tenacidad poco prudente de esta postura aparece después, de manera un tanto embarazosa, en las cartas dirigidas entre 1838 y 1839 al discípulo de Zurich J.C. Bluntschli (W. Oechsli [ed.], *Briefwechsel Johann Kaspar Bluntschlis mit Savigny, Niebuhr, Leopold Ranke, Jakob Grimm und Ferdinand Meyer*, Frauenfeld 1915, pp. 48-49, 51, 67).

60 F.C.v. Savigny, *Beruf*, pp. 94, 140-141; Íd., «Stimmen für und wider neue Gesetzbücher», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 3 (1817), pp. 1-52, especialmente pp. 6-8, 34-35; Íd., *Über den Zweck dieser Zeitschrift*, pp. 7-8; Íd., «Besprechung de la obra de N.T. Gönner, *Über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft in unserer Zeit*, Erlangen 1815», *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* 1 (1815), pp. 373-423, señaladamente 376 ss. y 379 ss. Sobre el tema, todavía controvertido, véase también O.v. Gierke, *Die historische Rechtsschule*, pp. 11-12, 17; H. Thieme, «Savigny und das deutsche Rect.», *ZRG Germanistische Abteilung* 80 (1963), pp. 1-26.

que un gesto, elegante pero gratuito; un gesto que podía permitirse sin temor, sabiendo perfectamente que incluso un eventual progreso de los estudios germanistas no habría podido nunca amenazar el dominio incuestionable del derecho romano⁶¹. Se imponía gracias a la antigüedad de su tradición, a la unidad formal de sus fuentes, a la ubicuidad de su presencia y a la uniformidad de su elaboración científica que todas estas situaciones permitían, o al menos facilitaban. Ofrecía la «coordinada máxima que permite acertar y diferenciar, en cada tiempo y lugar, los movimientos del derecho y de las doctrinas a través de su posición frente a ella»⁶². Previsible, pero inevitable⁶³, fue la reacción de los germanistas, a quienes Savigny, con un gesto cortés pero duro, había intentado encerrar en su modesta provincia: desilusión, rechazo y, quizá, también cólera, de intensidad creciente, que concluyó, hacia finales de los años treinta, con una clara secesión⁶⁴. A partir de ella, romanistas y germanistas vivieron y actuaron en mundos separados y diferentes, tanto en relación con los problemas a los que se enfrentaba, como con el deseo de ver confluir los propios esfuerzos en la gestión del derecho coetáneo y en la elaboración del futuro⁶⁵.

61 F.C.v. Savigny, *Beruf*, p. 94.

62 R. Orestano, *Introduzione*, p. 458. El derecho romano era, y seguía siendo –por ejemplo, para el joven Mommsen–, «aquel derecho bajo cuyo influjo se han formado todos nuestros derechos locales, parte en contacto con, parte en oposición al mismo, de tal forma que la preferencia por el derecho romano está justificada» (T. Mommsen, *Die Bedeutung des römischen Rechts*, lección inaugural de Zurich de 1852, ahora en *Juristische Schriften*, III, pp. 591 ss., la frase citada en p. 596); todo según convicciones que aparecen todavía inalteradas en los escritos de actuales historiadores del derecho. Véase, por ejemplo, B. Huwiler, «Aequitas und bona fides als Faktoren der Rechtsverwirklichung. Zur Gesetzgebungsgeschichte des Rechtsmissbrauchsverbotes (Art. 2 Abs. 2 ZGB)», en B. Schmidlin (ed.), *Vers un droit privé européen commun? Skizzen zum gemeineuropäischen Privatrecht*, Beiheft zur Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Heft 16, Basel 1994, pp. 57-93, y aquí, en particular, la afirmación conclusiva.

63 J.C. Bluntschli, *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen*, 2.^a ed., Zürich 1862, pp. 30, 52. Resulta débil y poco concluyente la autodefensa intentada por F.C.v. Savigny, *Vermischte Schriften*, Berlin 1850, I, p. 106. Es notable, al contrario, la acusación que K.J.A. Mittermaier formuló, en una carta de 1843, a su correspondiente italiano Pietro Luigi Albinì. La recuerda L. Moscati, *Da Savigny al Piemonte. Cultura storico-giuridica subalpina tra la Restaurazione e l'Unità*, Roma 1984, p. 173, el texto de la carta en las páginas 305-307.

64 O.v. Gierke, *Die historische Rechtsschule*, p. 12-13; H. Thieme, *Savigny und das deutsche Recht*, p. 10-11; G. Dilcher/B.-R. Kern, «Die juristische Germanistik des 19. Jahrhunderts und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte», *ZRG Germanistische Abteilung* 100 (1984), pp. 1-46, especialmente 11 ss.

65 Sobre la disputa, cada vez más virulenta y despiadada, entre romanistas y germanistas –que Savigny no podía ignorar, pero intentó siempre desdramatizar– orientan puntualmente las

5. Primeros resultados: el valor de la historia en el viejo sistema de fuentes

He recordado rápidamente tres situaciones históricas, las tres caracterizadas por la costumbre de los juristas de recurrir, casi instintivamente, a la historia, a fin de obtener las noticias que consideran indispensables para la aplicación del derecho vigente. Algo las une, aunque se refieran a épocas históricas distintas, distintas siguen siendo, por eso, la razón y la intensidad de la obediencia debida –en cada caso– a la tradición. Algo las une, y merece ser recordado: el *refugiarse en la historia*, si queremos decirlo así, fue concebido y tuvo lugar dentro del *mismo* sistema de fuentes. No se excluye, por lo tanto, que tenga relación con él, que lo refleje.

Puede afirmarse que en el viejo sistema de fuentes la *vigencia* del derecho, su *positividad* para entendernos, era el resultado del flujo histórico, de un continuo ir y venir entre pasado y presente cuyo final nunca era definitivo, siempre podía ser modificado y relativizado por continuas revisiones, actualizaciones y correcciones. Durante siglos, las normas jurídicas nacieron así: sujetas al uso y al curso del tiempo, al consenso social y a la legitimación sapiencial. En tal contexto, *refugiarse en la historia* era un programa. No era un adorno, ni algo añadido a un resultado ya logrado en esencia. Era más bien una cantera, en medio del ir y venir, que permitía individualizar el derecho aplicable, y en eso agotaba su función. Y así, recapitulando, el recurso a la historia y a sus servicios no era ni excepcional, ni facultativo, sino obvio e inevitable.

¿Es lícito deducir que el *peso* de la historia depende del sistema de fuentes? Philipp Lotmar, el inolvidable romanista y laboralista de Berna, lo había afirmado ya en 1878. Pensaba que el papel concreto desempeñado por la historia dependía de la naturaleza de las fuentes, así como de la materia que éstas regulaban⁶⁶. No se

cartas que Bluntschli y Savigny se intercambiaron entre 1840 y 1841, ya que precisamente en aquellos años, es decir mientras la secesión tomaba cuerpo, Bluntschli argumentó con cierta frialdad en su planfeto *Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen* (cuya primera edición es de 1839) y Savigny publicó los primeros cinco volúmenes de su *System* (1840-1841). Estas cartas están en la recopilación de W. Oechsli, *Briefwechsel*, pp. 68-90. Sobre la disputa y sobre el significado de la anotación final del texto, véase J.C. Bluntschli, *Denkwürdiges aus meinem Leben*, Nördlingen 1884, I, pp. 200 ss.; G. Dilcher/B.-R. Kern, *Die juristische Germanistik*, pp. 24 ss., 38 ss.; P. Caroni, *Saggi*, pp. 192-193.

66 P. Lotmar, *Contravindication*, p. 31: «Zwischen Geschichte und Dogmatik besteht kein von der Beschaffenheit der Quellen und des Stoffes unabhängiger, stets gleich nöthiger und gleich weit reichender Zusammenhang. Daraus folgt aber, dass der Betrieb der Rechtsgeschichte durch das Bedürfniss, das geltende Recht verständlich zu machen, nicht schlechthin begründet werden kann» [El vínculo entre la historia y la dogmática no es necesario, fijo e inmutable, sino que depende en cambio de la naturaleza de las fuentes jurídicas y de la materia misma que éstas regulan. De ello se sigue que la importancia de la historia jurídica (más concretamente: la

asombraba al contemplar que, mientras los grandes clásicos apenas recurrían a la historia, los juristas medievales la utilizaban sistemáticamente, pues sólo así podían distinguir entre lo obsoleto y lo todavía útil⁶⁷. Porque en los dos casos –añadía– la naturaleza de las fuentes y de la materia era diferente.

Estando así las cosas ¿cuál fue el destino de la historia cuando un nuevo sistema de fuentes, el de la codificación, sustituyó al antiguo? La pregunta es ineludible si se piensa que el código modificó precisamente la *naturaleza de las fuentes*, dando absoluta preferencia a las de origen legislativo.

6. ¿Y cuándo surge el código?

A lo largo del siglo XIX, el estado burgués centralizó la producción del derecho, siguiendo, al menos parcialmente, el ejemplo ofrecido por el soberano absoluto. Reivindicó el monopolio legislativo y, partiendo de ello, codificó el derecho comenzando por el material, civil o penal. Actuando de esa manera, adoptó una nueva estrategia: mientras en el pasado el itinerario que conducía a la *positivación* del derecho era generalmente largo y controvertido pues concedía gran espacio a apreciaciones individuales, a valoraciones especializadas y a otras circunstancias que lo hacían flexible y móvil y, por ello, también imprevisible, el inaugurado ahora abreviaba los tiempos, aclaraba las formas y también incrementaba, de esa manera, la visibilidad del derecho. Concedía autoridad y abstracción al derecho vigente. Las leyes desvelaban su composición de manera completa y fiable. Podemos incluso decir: al sabio le sucedió el legislador, al jurista el político, a la *interpretatio* la sanción, a la inspección individual la declaración abstracta. Una línea clara, invisible pero eficaz, separaba ahora el pasado del presente.

necesidad de su estudio y de su enseñanza, es decir, el valor que le atribuimos en el terreno di-
dático) no puede justificarse (solamente) alegando la necesidad de explicar el derecho vigente].

67 El fragmento aludido es tan retorcido como fundamental: «Das gemeine deutsche Recht einheimischen und fremden Ursprungs mit seinen meist in ferner Vergangenheit liegenden Quellen, denen Quelleneigenschaft und Ansehen oft erst von Juristen oder von Solchen verliehen war, die über sich zu sehen die Theoretiker sich nicht verbunden glaubten, wie vielfachen Anlass und Grund bot es, seine Entwicklung möglichst weit zurück zu verfolgen, zumal wenn nur mit diesem Mittel Verständniss für das je Spätere und Bestimmung des Anwendung Verdienenden zu erlangen war» [El derecho común alemán, formado de reglas antiquísimas tanto de extracción local como foránea –a las que, con frecuencia, solo los juristas o los prácticos les confirieron la dignidad y la fuerza de fuente jurídica– le impuso al intérprete, normalmente, una reconstrucción histórica destinada a remontarse a los orígenes (de este derecho común). Ésta era una operación necesaria, pues solo así podía establecerse lo que era digno de ser considerado vigente y, por ello, aplicable] (P. Lotmar, *Contravindication*, p. 31).

Las consecuencias no se hicieron esperar: la subsidiariedad del derecho común perdió fuerza⁶⁸; con ella desapareció incluso la necesidad del reconocimiento histórico que, hasta entonces, habían abordado los juristas, al estar convencidos de su necesidad formal y *también* de su valor material⁶⁹. La consecuencia, en el plano de la enseñanza académica, no se hizo esperar: una ráfaga de autarquía⁷⁰ arrasó las disciplinas históricas y provocó, si no su desaparición, al menos su marginación⁷¹. En relación con la aplicación del nuevo derecho, reaparece la vieja *interpretatio*, más modesta y reducida a simple exégesis del texto del código⁷².

68 Véase la documentación en P. Caroni, *Saggi*, pp. 229-230, 246-249.

69 Los juristas acusaron el golpe. Es decir, en el plano académico, fueron desposeídos, y, en el práctico, fueron privados de una prerrogativa hasta entonces incuestionable que garantizaba su indudable supremacía. Por este motivo se pudo hablar de una *expropiación*. Recientemente, han subrayado este aspecto P. Grossi, *Assolutismo giuridico, passim* y especialmente pp. 9 ss., 21, 128-130, 140, 170, 266; Íd., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2001, pp. 111 ss.; P. Caroni, *Saggi*, pp. 184 ss. Duda de esta interpretación, aunque sin convencer, U. Petronio, «Ménin áeide theá. Alcune considerazioni sull'assolutismo giuridico», *Rivista critica del diritto privato* 21 (2003), pp. 427-467, especialmente 431-432, 453, 464-465.

70 Así E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 777.

71 Enseguida se dio cuenta Savigny, y lo trata de manera documentada y matizada en *Beruf*, pp. 152-156. Sobre la evolución *austriaca*, véase, en primer lugar, el «Dekret der Studien-Hofkommission» del 7 septiembre 1810, ahora publicado en H. Akamatsu/J. Rückert (eds.), *Friedrich Carl von Savigny. Politik und Neuere Legislationen. Materialien zum «Geist der Gesetzgebung»*, Frankfurt a.M. 2000, pp. 82-87, especialmente 84. También G. Wesener, *Geschichte der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz*, Teil 1, *Römisches Recht und Naturrecht*, Graz 1978, pp. 29-30; K. Ebert, «Der Einfluss Franz von Zeillers auf die Gestaltung des juristischen akademischen Unterrichtes. Die Reform des Rechtsstudiums im Jahre 1810», en W. Selb/H. Hofmeister (eds.), *Forschungsband Franz von Zeiller*, pp. 63-93; O. Fraydenegg-Monzello, «...auf die Bedürfnisse des Staates und seiner Einwohner einzuschränken... Zeillers juristische Studienreform von 1810 und Anklänge zu heute?», en J.F. Desput/G. Kocher (eds.), *Franz von Zeiller. Symposium der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz und der Steiermärkischen Landesbibliothek am 30. November 2001 aus Anlass der 250. Wiederkehr seines Geburtstages*, Graz 2002, pp. 93-112. Con relación a la bibliografía más importante, véase P. Caroni, *Saggi*, p. 174, nota 18. Sobre la evolución *francesa*, véase en primer lugar H. Akamatsu/J. Rückert (eds.), *Friedrich Carl von Savigny. Politik und Neuere Legislationen*, pp. 123-126. También: J. Bonnecase, *La Thémis (1819-1831). Son fondateur Athanase Jourdan*, 2.^a ed., Paris 1914, pp. 33-68; Íd., *L'école de l'Exégèse en droit civil*, 2.^a ed., Paris 1924, pp. 18-40; J. Gaudemet, *L'interprétation du Code civil en France depuis 1804*, Basel/Paris 1935, pp. 14 ss. A ellos se añaden hoy muchos trabajos incluidos en la recopilación editada por J. Poumarède, *Histoire de l'histoire du droit*. Actes des journées internationales de la Société d'Histoire du Droit, Toulouse 1-4 juin 2005, Toulouse 2006. Sobre la tendencia general implícita en todas estas evoluciones *nacionales*, véase también Hübner, «Die Einwirkung des Staates auf den Rechtsunterricht. Eine historische Skizze», en M.Kaser/W. Thieme/W. Weber/F. Wieacker (eds.), *Festschrift für Wilhelm Felgenhauer*, Göttingen 1969, pp. 99-127, y especialmente 118-119, 124-125.

72 En espera de una reconstrucción de conjunto (hasta ahora, por desgracia, nunca

Ésta al menos es la versión tradicional de los hechos, resumida y a veces simplificada, pero fiable. Nuevas investigaciones la confirman sin añadir nada nuevo. Si también nos dejan perplejos es a causa de las contradicciones que contienen. Así, si *por un lado* subrayan con énfasis las perspectivas que la codificación abre finalmente a la investigación *solo* histórica, es decir, anticuaria⁷³, por *otro lado*, deploran que el cambio haya destronado a la historia jurídica llamada *aplicada*, porque es útil para las demandas del derecho positivo⁷⁴. Estas nuevas investigaciones parecen explicaciones a toro pasado; por ello, no temen calificar la evolución poscodificadora como una verdadera y auténtica catástrofe⁷⁵, confirmando así una antigua tradición, la de las *lamentationes*, inaugurada por Paul Koschaker. Hoy se propone de nuevo por autores que acentúan el pesimismo koschakeriano. ¿Qué decir sobre ello? Me limito por el momento, a dos breves reflexiones.

a) Antes del BGB, ya existía en Alemania una investigación histórica desvinculada conscientemente de la práctica del derecho vigente. Afiliada a la

intentada) de la *École de l'exégèse* (como también de una valoración crítica de sus méritos), orientan, al menos parcialmente, P. Rémy, «Le rôle de l'exégèse dans l'enseignement du droit au XIXe siècle», *Annales d'histoire des Facultés de droit* 2 (1985), pp. 91-105; Íd., «Éloge de l'exégèse», *Droits* 1 (1985), pp. 115-123; B. Bouckaert, *De exegetische school. Een kritische studie van de rechtsbronnen-en interpretatieleer bij de 19de eeuwse commentatoren van de Code Civil*, Antwerpen 1981; H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, pp. 254 ss.; W. Brauner, «Privatrechtsfortbildung durch Juristenrecht in Exegetik und Pandektistik in Österreich», *ZNR* 5 (1983), pp. 22-43; G. Alpa, *La cultura delle regole*, pp. 134-135. Los méritos prácticos de la escuela son confirmados por R. Orestano, «Sulla didattica giuridica in Italia tra il XIX e il XX secolo», en Íd., *Azione. Diritti soggettivi. Persone giuridiche. Scienza del diritto e storia*, Bologna 1978, pp. 275-287. Recuerda convenientemente cuán discutible es ver siempre un *progreso* real de la ciencia jurídica en la transición de un tipo a otro de estudio y de enseñanza (ibíd., p. 276).

73 P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 42 ss., 81-82; R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 17 ss.; E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 450, 522 ss. I. Kroppenberg, *Amnesie und Autorität*, p. 65, tampoco duda en considerar la codificación como la «Geburtsstunde der Rechtsgeschichte» [el momento del nacimiento de la historia de la derecho].

74 P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 35-36, 62, 73-76; R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 29-30; Íd., *Das bürgerliche Gesetzbuch*, notas 36-37; E. Bucher, «Recht. Geschichtlichkeit. Europa», en B. Schmidlin (ed.), *Vers un droit privé*, pp. 7-31, especialmente 24-26; Íd., *Rechtsüberlieferung*, pp. 522 ss.; J. Lautner, *Zur Bedeutung des römischen Rechts für die europäische Rechtskultur und zu seiner Stellung im Rechtsunterricht*, Zürich 1976, pp. 66-108, 137 ss. No debe maravillarnos que, después, los *anticuarios* hayan tomado nota de la desaprobación implícita en esta toma de posición y la hayan considerado ofensiva. Véase, por ejemplo, cómo se ha rebelado M. Bretone en *Diritto e tempo*, pp. 235 ss., especialmente 245-247, donde se denuncia abiertamente en qué medida aspira el neopandectismo a la «eliminación de la historicificación de la historia jurídica, o a su reducción hasta hacerla irrelevante» (ibíd., p. 245).

75 E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 527. Con mi comentario en *Saggi*, p. 171.

escuela histórica, formaba –como se vio– un grupo mal visto por su fundador⁷⁶, lo que no nos legitima para ignorarla, incluso porque sus seguidores eran más numerosos que el reducido grupo de *anticuarios* que, una vez sancionado el BGB, se refugiaron en la historia antigua para evitar el desempleo inminente⁷⁷. Por eso me resulta difícil reconocer en esta decisión una auténtica «toma de poder»⁷⁸, o echarles en cara que, de esa manera, han desencadenado la crisis del derecho romano y provocado su abandono⁷⁹ y su desnaturalización⁸⁰, cuando no la destrucción de la disciplina⁸¹. Incluso después de un atento repaso a las investigaciones más recientes, creo que esta versión –quizá comprensible desde el punto de vista humano– es exagerada y poco plausible⁸².

b) Sobre la segunda observación, la que deplora la desaparición de una tradición *práctica* de la historia jurídica y le atribuye la responsabilidad a la codificación, la réplica es todavía más fácil, porque –como enseña la experiencia y como demuestra una simple ojeada a los programas académicos de las facultades de derecho de lengua alemana– no existe en realidad el hecho deplorado, sino que se da, más viva que nunca, la tendencia contraria. Sobrevive, florece y *produce* lo que a Koschaker le interesaba, el contacto no solo formal o decorativo, sino funcional y operativo, entre la historia y el código⁸³; un contacto particularmente vivo y hasta simbiótico cuando las soluciones del código parecen confirmar literalmente reglas romanistas; por citar un ejemplo, en tema de obligaciones.

76 Véase *supra*, pp. 160-161.

77 Así, por ejemplo, R. Zimmermann, *Savignys Vermächtnis*, p. 310: «Ein neohumanistischer Ansatz hat das Konzept einer geschichtlichen Rechtswissenschaft abgelöst. Er hat etwa die Romanisten des 20. Jahrhunderts dazu bewogen, das Schwergewicht ihrer Forschungen auf das römische Recht der Antike zu legen» [El concepto de ciencia jurídica histórica ha rescatado un principio neohumanista. Ha impulsado quizá a los romanistas del siglo XX a trasladar el peso de sus investigaciones al derecho romano de la antigüedad].

78 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, p. 294.

79 P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 73-76; Íd., *Europa und das römische Recht*, pp. 342-343, 352.

80 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, p. 339. Pero también R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 246, ve en esta deriva sólo un «una errónea evolución de las cosas».

81 P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 42 ss., 81-82.

82 P. Caroni, *Saggi*, pp. 165 ss. También porque se olvidó enseguida que algunos *anticuarios* continuaron ocupándose con éxito del derecho privado *positivo*, como lo manifiestan la vida y la obra de Ludwig Mitteis, a las que se refiere P. Koschaker, *Die Krise*, p. 67 y R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, p. 36.

83 P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 76 ss.; Íd., *Europa und das römische Recht*, pp. 300, 305-306; R. Zimmermann, *Savignys Vermächtnis*, pp. 310-311. Es apropiado el comentario de M. Bretonne, *Diritto e tempo*, pp. 245-246. En el mismo sentido *supra*, pp. 102-103.

7. La dualidad de las fuentes y sus consecuencias

Al comienzo, pareció oportuno reflexionar sobre la antigua contraposición entre *ius commune* y *ius proprium*⁸⁴ y utilizarla para examinar el código. Esto permitió distinguir las materias según su origen histórico y asignar su titularidad a un grupo u otro de historiadores del derecho, según sus competencias científicas, de manera que cada uno de ellos se ocupase sólo de la historia de *aquellas* instituciones nacidas en su *propia* tradición que no se habían perdido por el camino, sino que habían sido «reabsorbidas» por el código, encerradas en la prisión que tenían preparada y convertidas así en derecho vigente. Este sistema se fundaba –y se funda todavía– en una premisa tácita, pero igualmente explícita: que el código habría tomado estos fragmentos del pasado *sin modificarlos* y los habría confirmado junto al contexto en el cual nacieron⁸⁵. Por esta razón resultaba lógico deducir que, para interpretarlos correctamente y para actualizarlos, era inevitable remontarse a su sustrato histórico y recuperarlo⁸⁶. Por ello, su enseñanza permaneció partida en dos, aunque ahora obligada a contentarse con un valor meramente propedéutico.

En este modelo dual se inspira todavía la enseñanza histórica impartida en muchas facultades jurídicas continentales, a menos que razones económicas u organizativas hayan obligado mientras tanto a las facultades a reducir y a simplificar las cosas, por ejemplo, atribuyendo toda la enseñanza al mismo titular⁸⁷. ¿Cómo explicar el innegable éxito de este planteamiento? Quizá por el consenso que caracterizaba este modelo: lograba satisfacer a los historiadores, porque en

84 Introdúcen en esta problemática las observaciones de P. Caroni, *Saggi*, pp. 169-183.

85 Cuando Lotmar razona sobre esta premisa, recurre a dos metáforas, que cito aquí sin reflejarlas en el texto: habla, en un caso, del tronco (*Stamm*) y del vástago (*Ableger*), en el otro del derecho de la madre (*Mutterrecht*) y del derecho de la hija (*Tochterrecht*) (P. Lotmar, *Schriften*, pp. 186-187, 605).

86 P. Lotmar, *Schriften*, pp. 187, 230-241. Pero hay que decir que una cosa es compartir este método en ausencia de codificación (el caso de Lotmar), y otra adherirse a hechos consumados, es decir, en un contexto ya codificador, como M.A.v. Bethmann-Hollweg (a quien ya he recordado *supra*, p. 129), o también O.v. Gierke, *Die historische Rechtsschule*, pp. 32-33; R. Hübner, *Grundzüge des deutschen Privatrechts*, 5.^a ed., Leipzig 1930, p. 44 *et passim*. Y como se continúa reivindicando todavía: véase por ejemplo E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 408, 416, 421, 458; P. Liver, *Die Bedeutung des deutschen Privatrechts*, pp. 374 ss., 377; R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, pp. 268-269; Íd., «Roms Recht – und erstaunlich ist es nicht, dass die bedeutendsten europäischen Völker sich der Herrschaft dieses Rechts gebeugt haben», en K. Rosen (ed.), *Das Mittelmeer – die Wiege der europäischen Kultur*, Bonn 1998, pp. 130-173, especialmente 144, 146.

87 Quien le conferirá una impronta personal, reflejando sus propias competencias y preferencias. Los resultados son, por ello, poco previsibles y con frecuencia discutibles, ya que no siempre se aproximan a las expectativas de los destinatarios.

un cierto sentido les dejaba circular (aunque, mientras tanto, la veloz motocicleta había cedido su puesto a una modesta bicicleta, cuando no a un inofensivo triciclo), sin turbar el sueño de los civilistas (a quienes una historia jurídica domesticada, no sólo no les infundía respeto, sino que les era cómoda).

Pero este inalterable sistema resulta difícil de digerir. Afirmar que parece discutible es poco. Al distinguir entre las dos tradiciones, reproduciendo todavía el modelo medieval y refiriéndose a la ciencia del derecho común, construye en la arena, porque no tiene en cuenta que, en la experiencia medieval –como he recordado–, la contraposición entre *ius commune* y *ius proprium* no era drástica ni absoluta, y reflejaba sólo un orden político, el feudal, que estaba ante los ojos de todos. Atomizado en el plano institucional, ordenaba el derecho distribuyéndolo en una multitud de fuentes, todas reunidas en la categoría de un *ius proprium* que, a su vez, equilibraba el común; pero no de manera exclusiva, como podría hacerlo una alternativa autónoma o un ordenamiento paralelo que obligase al juez a elegir entre uno y otro, sino como una simple pieza que el juez podía utilizar, que podía combinar libremente con otras tomadas de una u otra categoría, todo ello en el espacio que la *interpretatio* concedía para valorarlas⁸⁸.

Sin insistir en esta crítica –en absoluto marginal–, hay otros motivos que desvelan la fragilidad de este enfoque; un enfoque que induce inevitablemente al historiador a considerar el código como el comienzo evidente de un recorrido glorioso y venerado, ya que remite a la tradición medieval; no le parece una evolución discutible, compleja y controvertida (como lo era la sociedad que deseaba codificar) –como podía pensarse, o como la historia reciente parece sugerir–, sino la obligada por una gestación larga, serena y armónica. Siendo así ¿cómo no compartir este enfoque? ¿Cómo temer (o esperar, dependiendo del punto de vista) que la indagación histórica pudiese contradecirlo, desvelando algo desagradable, nuevo o inesperado? Parecía, por ello, realista considerarlo como una rápida batida

88 La realidad jurídica, tal como se capta en los territorios de derecho común es, pues, tributaria de un sistema *mixto* al que, por naturaleza le resulta extraño cualquier método unilateral. Por esta razón, el juez no podrá *pescar* la solución concreta *o* en el campo del derecho común, *o* en el del derecho propio, sino que, en su examen, deberá intentar hacer confluír ambos para después contraponerlos, valorarlos, sopesarlos y, en su caso, combinarlos. Ciertamente, el referido sistema de fuentes –ya con su denominación– parece privilegiar el derecho común. Pero –como ya he recordado, *supra* nota 56– lo hace, *no* prohibiendo al juez acudir al *ius proprium*, sino más bien imponiéndole su examen a la luz de las coordenadas trazadas por la ciencia jurídica, desarrollada claramente sobre las fuentes romanas. Por todas estas razones, parece inconsistente y discutible establecer una conexión entre la actual dualidad (que separa en vez de unir) y la práctica del derecho común; que, haciéndolo así, se repita quizá un error de Savigny no justifica nada. Véase K. Kröschell, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*, pp. 21, 24-25; P. Caroni, *Statutum et silentium*, p. 131, y también *supra*, pp. 163-164.

en una única dirección, destinada a confirmar cuanto ya se sabía porque la teoría de la continuidad –observada dondequiera y siempre dispuesta a sorprender– no permite pensar de otra manera, al estar destinada, por vocación, a legitimar todo cuanto abarca⁸⁹. Y lo hace sin sutilezas: tolerando, por ejemplo, la curiosa (pero obligada) costumbre de los historiadores de considerar sólo los monumentos históricos que prefiguran instituciones de derecho vigente, y despreciando todo lo que no sirve. «Sirve», desde este punto de vista, sólo cuanto reaparece –sin cambios– en el código que, visto bajo esta óptica, imita el pasado con perseverancia. Al proponerlo de nuevo, se elogia a sí mismo; parece, por ello, merecer el respeto que difícilmente estaremos dispuestos a atribuir al resultado –imprevisible y voluble– de cualquier debate parlamentario⁹⁰.

Quien afronta estos argumentos muestra los nexos que se trazan entre los episodios concretos, y no esconde su escaso entusiasmo, no desvela ningún secreto y tampoco denuncia prácticas sospechosas. Describe cosas obvias y claras. Pero en el fondo, esta obviedad puede turbar: el hecho de que Savigny, en la búsqueda de documentación para su *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, se entusiasmase sólo por aquello que demostraba de manera explícita la larga e ininterrumpida *vigencia* del derecho romano, y que tal unilateralidad sea todavía admirada; o el deseo –común a docentes y discentes– de que la enseñanza de la historia verse exclusivamente sobre los hechos que hacen resplandecer, en la oscuridad del pasado, la vívida luz del presente⁹¹, sin que nadie denuncie en ello una manipulación de la tradición; o, finalmente, la desenvoltura con la cual los docentes catalizan la atención de sus estudiantes sobre el hecho de que su curso girará en torno a las figuras jurídicas que constituyen los cimientos del derecho privado vigente⁹², también aquí sin que nadie diga nada. Pero ¿por qué

89 La finalidad de las nociones históricas será, por eso, facilitar «la clasificación y el apoyo históricos» del derecho vigente, al menos según E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 527. Todavía más drástica, pero finalmente liberadora, la aserción de M. Sbriccoli, «Intervento», en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, p. 128: «En el siglo XIX, la historia del derecho nace y se inserta en las facultades de derecho como ciencia legitimadora del derecho constituido, entendido como derecho del Estado. Toma en consideración sólo las fuentes del derecho oficial e ignora deliberadamente, tanto los fenómenos jurídicos no estatales, como los fenómenos no jurídicos que constituyen, sin embargo, los contextos en los que nace y se desarrolla el derecho. Y éste es nuestro rasgo original: una disciplina al servicio de la legitimación del derecho oficial». De modo semejante argumentan A.M. Hespanha, *Une «Nouvelle Histoire» du droit?*, pp. 318, 322-323; W. Reinhard, «Storiografia come delegittimazione», *Scienza e politica* 27 (2002), pp. 3-13.

90 A.M. Hespanha, *Introduzione*, p. 46.

91 Así, explícitamente, P. Koschaker, *Die Krise*, p. 78.

92 Ejemplo que tomo de una sumaria descripción del curso de «historia del derecho», tal como se sigue todavía en las facultades de derecho suizas.

motivo maltratamos, sin trabas, la tradición? ¿Por qué, cuando nos conviene, le negamos hasta el respeto que se les debe a los enemigos y adversarios? ¿Es que la obsesiva búsqueda de constantes y continuidades nos concede hasta el derecho de saquear sin freno el pasado⁹³? Si, llegado hasta aquí, alguien deseoso de disculparse, aduciendo cualquier justificación o precedente, aludiese a la insolente indolencia de cualquier comparatista, sería una mala excusa porque, en realidad, los comparatistas tienen otros problemas, aunque a veces lo nieguen; en segundo lugar, porque nunca han intentado enseñarnos nada, y menos ponerse de ejemplo, cosa que –vista la alegría con la cual acuden al pasado– les agradecemos⁹⁴.

8. *El código del derecho común*

Si damos por descontado que la codificación de amplios sectores del derecho material y procesal ha renovado (también) el sistema de fuentes, entonces es difícil de entender, y más aún de justificar, la confirmación (a veces discutida) de un método expositivo obsesionado por la necesidad de distinguir de cualquier manera y en todo caso, parcelando intrépidamente el pasado. No hay ningún motivo que sugiera, y menos aún imponga, atenerse todavía al método típico de un sistema de fuentes *superado*, destinado por tanto a operar *exclusivamente* dentro de ese sistema⁹⁵, mostrando de esa manera una terquedad digna de otros lugares y con evi-

93 «Saquear el pasado para encontrar las pruebas de la inmutabilidad de la naturaleza humana»: así ha denunciado la deriva aquí examinada G. Zagrebelsky en su «Intervento», en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 197-198. Análogas reflexiones proponen P. Landau, *Bemerkungen*, p. 119; E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 851-852 (quien habla de «elitismo»); G. Chittolini, *Un paese lontano*, pp. 342-343, y también *supra*, pp. 75 ss.

94 Sería, de todas maneras, un ejemplo poco recomendable, como lo demuestran los argumentos de H. Kötz, «Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu den modernen Aufgaben der Rechtsvergleichung», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 153-166; Íd., «Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?», (*Deutsche Juristen-Zeitung* 47 (1992), pp. 20-22; E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 516, 526, 533. Disenso y crítica en relación a tales ofertas en R. Ogorek, «Rechtsgeschichte in der Bundesrepublik (1945-1990)», en D. Simon (ed.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz*, Frankfurt a.M. 1994, pp. 10 ss., 54 ss.; M. Bretone, *Diritto e tempo*, pp. 245 ss., con un veredicto destinado tanto a los comparatistas, como a los neopandectistas: «Existe una ilusión óptica o auditiva en la base del neopandectismo. Se puede fomentar, pero no se puede pretender hacer historia fomentándola. La historia es otra cosa [...]» (ibíd., p. 248); E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 853-854, y también *supra*, pp. 110-112.

95 Idea, además, que, como ya se dijo (*supra*, pp. 163 ss.), no refleja correctamente el modelo medieval.

dentes consecuencias negativas. Pero todo se aclara cuando se reflexiona sobre el concepto de código del que parten los autores de esta dualidad. El argumento es interesante, sobre todo porque demuestra una importante involuación en su enfoque de este nudo temático crucial⁹⁶.

a) Inicialmente, los códigos históricos, sobre todo los sancionados a comienzos del siglo XIX, fueron para ellos operaciones discutibles, realizadas por una ciencia jurídica asediada por el cáncer iusnaturalista y destinadas a concentrar la producción del derecho en manos del Estado⁹⁷, ya que reivindicaron rápidamente un valor exclusivo, convirtiéndose automáticamente en el epicentro de un nuevo sistema de fuentes; un epicentro poco transitado por la cultura jurídica, que tiende lentamente a compartir un horizonte rigurosamente provinciano⁹⁸. No sorprende, por ello, la valoración de conjunto propuesta por estos autores: la codificación fue, en realidad, un descarrilamiento, y como tal se aborda y se combate, intentando, con tacto y constancia, llevarla de nuevo a la vía, obviamente a la vía romanista que —equivocada y engañada— había abandonado.

Si de un lado se admite que los códigos habían provocado un cambio de rumbo, de otro son considerados como el fruto de una deplorable debilidad. Por eso no se ahorran esfuerzos para evitar la deriva y limitar el daño⁹⁹, llevando

96 Al estilo argumentativo preferido por los neopandectistas no le resulta extraña (y menos desagradable) una cierta oposición (en los conceptos o en las deducciones). Prospera en la riqueza y en la variedad de la documentación, que ofrece al mismo tiempo apoyos y soluciones distintas y contrarias, como lo demuestra de manera inmejorable el ejemplo tratado por R. Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*, p. 262. Propicia la flexibilidad de la argumentación, permite al intérprete afrontar, con la misma desenvoltura, las situaciones obvias, o las problemáticas. No parece perturbarle a nadie que, con ello, pueda quizá sufrir la lógica. La fluctuación conceptual, que examinaré ahora en el texto, no es sino un ejemplo, aunque particularmente significativo. He recordado otros ejemplos *supra*, pp. 102 ss.

97 Véase *supra*, pp. 102 ss., con las correspondientes referencias bibliográficas. Los neopandectistas acusaban a los códigos de haber destruido la antigua y acreditada unidad del derecho. Lo que, dicho así, esto es, sin las necesarias distinciones, parece poco plausible. Sería más útil recordar que si bien los códigos, combatiendo el sistema de fuentes del derecho común, impidieron la difusión cosmopolita (cuando no verdaderamente ubicua) de la ciencia correspondiente, unificaron el derecho material de los (frecuentemente extensos) territorios para los que fueron promulgados. Véase por ejemplo J.-L. Halpérin, «L'approche historique et la problématique du jus commune», *Revue internationale de droit comparé* 2000, pp. 717-731, especialmente 728-729. Razón por la que se recuerda, de vez en cuando, el significado concreto de esa *unidad* a la que se refiere el discurso, véase *supra*, pp. 97-98.

98 Véase *supra*, pp. 102 ss. Comparte aún la tesis resumida en el texto E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 402-408, 420-427.

99 Esta es la estrategia recomendada por E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 408, 416, 421, 459 *et passim*. Afirma primero que casi todas las reglas sancionadas por los códigos revalidan modelos históricos, para deducir después que habrá que remitirse a ellos para interpretarlas y actualizarlas.

poco a poco la corriente al lecho del derecho común; por ejemplo, sometiendo los códigos a un lavado de cerebro que, en la lengua elegante y aséptica de muchos romanistas, se llama re-pandectización¹⁰⁰. Algunos precedentes famosos parecen aconsejar este camino: Savigny lo había adoptado para *explicar* el código prusiano de 1794 y sus discípulos, en la segunda mitad del siglo XIX, lo utilizaron para *corregir* el ABGB de 1811¹⁰¹. Dicho esto, me basta con confirmar las críticas ya formuladas anteriormente. Las confirmo porque veo en esta *interpretación* del fenómeno codificador un dramático «naufragio de la historicidad»¹⁰². Aunque sé –hoy mejor que ayer– que este dardo deja indiferente a los destinatarios: continúan impertérritos parcelando el pasado, sólo así lo manejan libremente.

b) Distinta es hoy, no tanto la reivindicación de fondo, cuanto la interpretación de la realidad de los códigos que la precede. Admite, a veces tácitamente, otras veces con profusión de palabras, que los códigos *no han renegado del viejo sistema de fuentes*. Si fuese plausible, esta interpretación consideraría la codificación del derecho, el material y el formal, no como «el evento más significativo e importante de la historia jurídica europea continental»¹⁰³, sino como la pura y simple confirmación de la disciplina de las fuentes dirigida (y dominada) por el derecho común, una disciplina que, para quienes comparten estas verdades, rige todavía.

Aunque pueda sorprender, esta versión no es original. Hay quien, con motivos fundados, la atribuye a Savigny, a su conocidísima definición del código como «revisión de todo el derecho vigente, dotada de validez exclusiva por el mismo Estado»¹⁰⁴. Sin tener en cuenta la complejidad y la profundidad del razo-

100 Por ejemplo R. Zimmermann, *Savignys Vermächtnis*, pp. 295-296; E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 463-464.

101 P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*, pp. 264-265, 268; P. Caroni, *Saggi*, pp. 173-174 (con referencias posteriores).

102 *Supra*, p. 89.

103 P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma/Bari 2003, p. 59. Valoran de la misma manera la novedad del código, aunque con argumentos diferentes: I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 2, 539 ss.; D. Wyduckel, *Schnittstelle von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, pp. 118-120; I. Kroppenber, *Amnesie und Autorität, passim* y especialmente pp. 64-65, 68-69, 75, y también O. Behrends y J.-L. Halpérin en sus intervenciones en *ZNR* 23 (2001), pp. 297, 300-302, respectivamente.

104 Así F.C.v. Savigny, *Beruf*, pp. 81-82, aquí en la traducción de G. Marini, *La polemica sulla codificazione*, p. 104. Pero debe recordarse que nuestro autor no se conformó con esta descripción. Intuyó enseguida cuál era el objetivo de la ofensiva de los códigos, es decir, la gravedad del peligro inminente. La abordó, por eso, con una determinación única y jamás superada, como he intentado poner de relieve con frecuencia (*Saggi*, pp. 183, 196-197; *Il codice rinviato*, pp. 274-276, 303; «La cifra codificatoria nell'opera di Savigny», *Quaderni fiorentini* 9 (1980), pp. 69-111, especialmente 73 ss.). Pienso, por ello, que sus epígonos ignoran todavía tanto la clarividencia con la

namiento savignyano, pareció justificado apropiarse de él y deducir una nueva verdad; por ejemplo, que los códigos *no* han cerrado la era del derecho común, sino que son sólo un nuevo episodio en la larga historia de este derecho¹⁰⁵, algo como «el alumbramiento moderno del sistema de derecho común [...], la filiación que ha permitido al derecho común continuar viviendo bajo falsos ropajes»¹⁰⁶.

Hace veinte o treinta años, tales afirmaciones eran escasas, intentaban (quizá) sólo provocar al lector. Entre tanto, se han convertido casi en moneda corriente, según una tradición apreciada —así me lo parece— por los autores de tendencia neopandectista. Si antes acusaban a los códigos nacionales de haber cortado una larga tradición sapiencial común a toda Europa, y de haberlo hecho a propósito, ahora se recrean en ellos. Los miran bajo una luz distinta, los consideran estructuras flexibles y porosas, cuando no meditadas recopilaciones de sabiduría romanista. Así por ejemplo, afirman nuestros autores, el BGB alemán se contentó en

que previó las consecuencias de la codificación, como su disponibilidad para admitir que, *de todas maneras*, el código habría renovado el derecho.

105 T. Mayer-Maly, «Die Wiederkehr von Rechtsfiguren», (*Deutsche Juristen-Zeitung* 1971, pp. 1-3; Íd., «Europa und das römische Rect.», en W. Schuhmacher (ed.), *Perspektiven des europäischen Rechts*, Wien 1994, pp. 27-31; Íd., «Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 (1994), pp. 47-59, especialmente 49-50.

106 Así ve las cosas y resume el triunfo de su argumentación M. Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione*, p. 81. A la vista de esta diáfana genealogía parece, no solo lógico, sino literalmente inevitable, considerar la codificación como un «momento histórico perteneciente aún a las vicisitudes del derecho común» (ibíd., p. 75). Recientemente el autor ha vuelto sobre estos temas («Dal diritto comune alla codificazione: quale discontinuità», en A. Padoa Schioppa/G. di Renzo Villata/G.P. Massetto [eds.], *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, I, Milano 2003, pp. 25-34); ha admitido la existencia de «discontinuidades indudables» (ibíd., p. 27-29), pero aún niega que se haya producido un cambio del «sistema en su conjunto» (ibíd., p. 29). Lo probaría el hecho de que la transición al (y el rodaje del) nuevo sistema fueron gestionados «personalmente por los juristas», que confirmaron así «su perdurable hegemonía» (ibíd., p. 32). Su presencia habría garantizado una continuidad esencialmente indolora. Pero me gustaría, igualmente, responder de manera amigable a Ascheri, quien me dedica una exquisita atención, que en realidad el código transfirió a la autoridad política la facultad de *iura condere* (es decir la de designar qué fragmento del pasado no debía todavía considerarse como una rama seca) —lo que hasta entonces, para bien o para mal, era competencia de los *prudentes*—, y por lo tanto, antes o después, al parlamento, rediseñando de improviso el organigrama y reformulando las competencias de unos y de otros. Si bastase la simple presencia del jurista para negar la llegada de un nuevo régimen de fuentes, deberíamos negar también, lógicamente, el cambio provocado por la utilización con fines médicos de la robótica sólo porque los robots son siempre dirigidos por un médico humano. Comparten las reflexiones de Ascheri todos los autores que he citado en *Saggi*, pp. 179 y 181, a los que habría que añadir hoy H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, pp. 505 y 509-510, ya que considera la codificación francesa, respectivamente, como la «última fase de la recepción del derecho romano» y como la «recepción prolongada de este derecho».

realidad con confirmar el derecho común aplicado hasta entonces¹⁰⁷; se entiende, por ello, como «pandectística coagulada en leyes»¹⁰⁸. Análogo fue el destino del ALR prusiano, durante decenios leído, interpretado y aplicado bajo la influencia del derecho común¹⁰⁹. Ni siquiera el glorioso *Code civil* de 1804 escapa a esta milagrosa recuperación. Aplaudido primero como símbolo del cambio, paradigma de la legislación burguesa y deseada mercancía de exportación de la gran nación, parece renegar de repente de un pasado incómodo. Demostraría, siempre según los autores aquí tratados, la tercera *renaissance* del derecho romano¹¹⁰, la que (final y felizmente) perfeccionó la recepción¹¹¹.

El resultado de esta relectura es sorprendente: los códigos, unidos a la práctica jurisprudencial a la que dieron vida y que intentó después actualizarlos, representaron, en realidad, *sólo* la última etapa de una evolución secular,

107 E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 778, 852. En la misma línea P. Koschaker, *Die Krise*, p. 35; íd., *Europa und das römische Recht*, pp. 190, 292-293.

108 En el original: «...in Gesetzesform geronnene Pandektistik»; así, R. Zimmermann, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, nota 24. Otros autores ven un «licor de Pandectística» (por ejemplo los citados por A. Mantello, «Il più perfetto codice civile moderno. A proposito di BGB, Diritto romano e questione sociale in Italia», *Studia et documenta Historiae et Iuris* 62 [1996], pp. 357 ss.). Dadas estas premisas, parece obvio descubrir en el código «eine Wiederkehr nur vermeintlich überwundener und als veraltet verabschiedeter Rechtsfiguren oder Rechtsregeln» [una repetición sólo supuestamente superada y figuras o reglas jurídicas aprobadas como si fueran antiguas] (ibíd.). Así sugería, en efecto, la metáfora acuñada por Th. Mayer-Maly (véase *supra*, nota 105), que también E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 464-468, comparte. Esta solemne metáfora es utilizada periódicamente, sin tener en cuenta muchas críticas que, en el curso de los años y desde observatorios muy distintos, han puesto en duda su validez. Véase por ejemplo H. Wagner, *Die politische Pandektistik*, Berlin 1985, p. 22; T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, pp. 20-21; E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 790-791; M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*, pp. 21-22.

109 Así, explícitamente, R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, p. 4.

110 Lo afirma, concretamente, R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 3, 6, retomando una formulación de H. Kooiker, *Lex scripta abrogata*, pp. 507, 512 (donde se habla también de una resurrección del derecho romano. Resulta para mí un misterio cómo se puede acoger el *Code* como un renacimiento y admitir al mismo tiempo la continuidad de la evolución).

111 R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, p. 4. Admitiendo esta *lectura*, resulta arduo, por no decir imposible, compartir la crítica savignyana del *Code*, que fue, en realidad, una verdadera demolición. Sorprende la selección, al menos curiosa, de la bibliografía: privilegia el excelente ensayo de J. Gordley, «Myths of the French Civil Code», *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), pp. 459-505, pero ignora, por el contrario, las obras escritas sobre el *Code* por autores franceses, italianos y españoles, que proponen una visión mucho más difuminada y creíble de la relación que tuvo con su historia. Por lo demás, me parece haber entendido que J. Gordley no se limita a confirmar la continuidad entre la codificación y el derecho precedente; admite también que, hacia mediados del siglo XIX, algunas reglas del *Code* fueron interpretadas diversamente, como sugerían instancias voluntaristas e individualistas, lo que contribuyó a modificar su significado (ibíd., pp. 459, 462, 466-468, 472, 477-478, 505).

sustancialmente ininterrumpida y caracterizada por la primacía de la ciencia jurídica, que gustaba de inspirarse en el *Corpus iuris* y que, a partir del siglo XII, se había afianzado en el ámbito europeo¹¹². Por lo que –se dice–, contrariamente a la versión sugerida por la ideología de muchos juristas¹¹³, bien mirado no han cambiado nada. Por ello pueden, mejor dicho *deben*, ser abordados, explicados, aplicados e integrados a la luz de las doctrinas del derecho común¹¹⁴.

También aquí el gran maestro nos había precedido con el ejemplo, lo que parece disculparnos un poco a todos. En efecto, había sostenido que los códigos ya sancionados, y que tan poco le agradaban, *no* impedían el punto de vista histórico propio del viejo sistema, por lo que, en vez de suprimirlos, era preferible mejorarlos, es decir revisarlos a la luz de la historia¹¹⁵. Fría estrategia, a la cual remiten, presumiblemente, todos los autores que gustan de resumir su programa con una lacónica llamada: «¡Volvamos a Savigny!»¹¹⁶.

Cuando después esos mismos autores intentan capturar al lector superficial o distraído, cuando intentan convencerlo de la continuidad, que permite, mejor dicho exige abordar el código como si hubiese germinado en la doctrina medieval, eligen una lengua apropiada, hecha de súplicas y alabanzas a las que no es fácil sustraerse. Eligen palabras tan ardientes como vagas. Convencerían más si fuesen más concretas. Una de las exhortaciones preferidas dice así: «Volvamos la mirada al pasado para comprender cómo y por qué el derecho es como es»¹¹⁷.

112 R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, pp. 311-312.

113 R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 249.

114 R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, pp. 250-251; Íd., *Das bürgerliche Gesetzbuch*, notas 17 y 24. Esta línea argumental confirma, por desgracia, la despiadada burla de R.M. Kiesow «wonach man in die Vergangenheit das reinstopft, was in der Zukunft herauskommen soll» [después de lo cual, se abarrota el pasado con lo que debe salir a la luz en el futuro] (R.M.K., «Wagnisse», en *Rechtshistorisches Journal* 19, 2000, pp. 479-487, la frase citada, en p. 486).

115 F.C.v. Savigny, *Beruf*, pp. 150 ss., 158, 160; Íd., *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840, p. 104.

116 P. Koschaker, *Die Krise*, p. 84; R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, p. 39, nota 265. No cuentan, por ello, las exhortaciones, diseminadas en las obras de estos autores, a tener más presentes las enseñanzas savignyanas. Véase por ejemplo R. Zimmermann, *Savignys Vermächtnis*, pp. 309-310; Íd., *Europa und das römische Recht*, p. 259.

117 En la más sugestiva versión original: «Wir blicken zurück, um zu begreifen, wie und warum sich das Recht so entwickelt hat, wie wir es heute vorfinden» [Miramos hacia atrás, para comprender cómo y por qué ha evolucionado tanto el derecho hasta el día de hoy] (R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 312). Análogos ejemplos se descubren en las obras de Savigny: por ejemplo en *Beruf*, p. 154 («...gleichsam die Brücke hinter sich abwerfend, auf welcher man über den Strom gekommen ist...» [como el puente que recupera tras él lo que se fue con la corriente]), o en *System*, I, pp. XIV-XV («Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft wird völlig verkannt und entstellt, wenn...» [El punto de vista histórico

Bonito, pienso yo, bonito de verdad. Nos volvemos (casi) todos a mirar, es (quizá) verdad. Pero no todos los que miran ven algo. Además, si todos viesan algo, no verían las mismas cosas. Y si, por una hipotética locura, todos viésemos las mismas cosas, no nos impactarían de la misma manera. Éste es el enigma que incluso las súplicas más apremiantes no llegan a resolver.

9. *Entre continuidad homófona y renovación jurídica*

Es fácil describir cómo y por qué pudo consolidarse una concepción del código tan manipulada: simplemente, sobrevalorando la relevancia de todos los casos en los que los artículos del código retomaban, literalmente, palabra por palabra, reglas, frases y palabras del derecho histórico, generalmente del común. Pareció, pues, fácil trazar una línea recta entre los dos extremos y deducir una continuidad de fondo entre la regla antigua y la incluida en el código, de un código que fue, por ello, considerado con facilidad deudor de la ciencia del derecho común. Nadie discute que existan de verdad casos de ese tipo, y nadie lo ha rechazado jamás. Ni se rechaza tampoco que esta continuidad, limitándola a las palabras, a su grafía y a cómo sonaban cuando alguno las declama(ba) –razón por la que, intentando ser justo, la llamo continuidad homófona– tenga *un* significado. El problema es otro: saber si una simple homofonía, o una identidad lexical, son suficientes para deducir también una continuidad de fondo, es decir material. Personalmente no lo creo, porque constato que quien evoca la continuidad y se aprovecha de ella para leer el código ignora en realidad, sistemáticamente, todo cuanto pudiera estorbar el resultado del descubrimiento etimológico y poner en duda la venturosa consecuencia que comporta. No se ocupa de los contextos temporales y espaciales; niega (u omite) las implicaciones políticas, sociales, económicas y culturales del discurso jurídico¹¹⁸; deforma (y en realidad ridiculiza) la codificación del derecho

de la ciencia del derecho será mal comprendido y completamente deformado si]). Estas frases esconden llamadas casi conmovedoras, pero en realidad inútiles, que cada lector leerá en clave inevitablemente personal. También aquí indica, lamentándose, «Anbindung der Gegenwart an früher zustandgekommene bzw. sich in der Vergangenheit manifestiert habende Rechtsgrundsätze» [la conexión del presente con lo ocurrido anteriormente, o mejor, manifestándose en un pasado que tiene principios jurídicos] (E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 478), sin poder imaginar cuántas cosas pueden deducirse, justificarse, propiciarse, negarse, rechazarse o ridiculizarse con estas bonitas palabras.

118 Unilateralidad, olvidos y lagunas que lamenta justamente J. Rückert, «Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung», *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 122-144, especialmente 133-134, 138-139; R. Ogorek, «Die Erbschaft ausschlagen?», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 183-191, especialmente 186, y también *supra*, pp. 94 ss.

reduciéndola a una inofensiva repesca de términos, y considera superfluo todo lo demás, todo cuanto hasta ahora había sido considerado nuevo y fundamental. Es cierto que si todo esto se excluye por prevención, sólo quedan a salvo la grafía y el sonido. Nada impedirá, entonces, considerarlos decisivos, trazar una línea recta entre los dos extremos indicados y mostrar la prueba de la continuidad. De una continuidad que ninguna adversidad podrá desacreditar.

Quien no comparte esta interpretación de la historia de la codificación, porque la considera fría, aproximativa y, por eso, poco creíble, está obligado a reformular la pregunta de fondo de la que depende la orientación de la enseñanza de la historia del derecho¹¹⁹. Buscando aclarar la verdadera consistencia jurídico-política del código, esta pregunta me acecha y no me deja en paz desde hace años¹²⁰. Dice concretamente así: al codificar su derecho, el material y el formal ¿qué perseguían los Estados decimonónicos? ¿Intentaban, ante todo, *cambiar* o *confirmar* (a través a otros caminos) el derecho objeto de su atención? Sin entrar en detalles —de los cuales me ocupo en otra sede¹²¹—, sin citar artículos concretos de los códigos para llegar, según el camino elegido, a la confirmación de una u otra tesis, respondo así: quien aspira a dar una respuesta *general*, válida no solo para algunas secciones o algunas instituciones, sino para *todo* el código, capaz por ello de caracterizar la tendencia de fondo, hará bien en comenzar prescindiendo del examen del contenido concreto y en insistir sobre la *novedad formal*. Por ello, no analizará las reglas individualmente, no pretenderá compararlas con otras anteriores, o que hayan sido sancionadas en la legislación extranjera. Observará, más bien, otra cosa: el valor de las normas, la amplitud de su vigencia y el puesto que ocupan, concretamente, en la sociedad. Se dará cuenta entonces de que, desde este punto de vista, la codificación modificó radicalmente el derecho, como habían intuido —una vez más—, con gran antelación, los seguidores de

119 P. Caroni, *Saggi*, pp. 189-190.

120 En noviembre de 1999, resumé la cuestión aquí tratada con estas palabras: «¿Resulta lícito mantener que el código renueva en realidad (como se proclama con frecuencia) el derecho material?». Y añadí este comentario irónico: «Es una pregunta simple pero diabólica, ya que nos arrastra a un laberinto del que escapan más o menos indemnes sólo quienes aceptan poner en duda certezas y convicciones tan tradicionales, como convenientes» (P.C., «Coerenza di un civilista», *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica* 3 [giugno 2000], pp. 67-70, la cita en p. 69).

121 He rozado el tema varias veces, últimamente en *Saggi*, pp. 189-190; *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 42-45; «Quando si esaurisce il ciclo delle «redazioni». L'emersione del codice nel XIX secolo», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*, XI Simposi internacional, *De la redacció del Dret*, Barcelona 2005, pp. 257-275. Espero poder profundizar en él algún día.

la escuela histórica, precisamente porque cambió «el modelo de autoridad»¹²². Codificar significó elaborar un derecho que se distinguiese del precedente, no tanto por la diversidad (más o menos evidente, más o menos audaz) de las soluciones individuales, cuanto por la amplitud de su presencia, por su plenitud y por su exclusividad. Porque es evidente que tal estrategia, tan atenta a los aspectos formales, propició un resultado inevitablemente totalizador. Incluso sin quererlo explícitamente, el código unificó y generalizó el derecho y, poco o mucho, lo distorsionó. Confió automáticamente nuevos significados a las numerosas reglas realmente recuperadas del pasado. Y lo adecuó a los nuevos valores de la burguesía emergente.

Sintetizo con otras palabras: los codificadores eligieron una estrategia útil para el cambio, pero para un cambio menos irritante o provocador –al ser menos *visible*– que el que se obtendría al introducir nuevas instituciones, que consiguieron casi exclusivamente por vía indirecta, partiendo del «modelo de autoridad» y garantizando una nueva presencia a todo el derecho vigente, más compacta, eficaz y homogénea. Dicho de manera más drástica: ampliaron el valor del existente, *es decir* lo cambiaron sin modificar las palabras que trataban –como podían– de apresarlos. Tres fueron las modalidades decisivas de esta intervención.

a) La *primera* se refiere al sistema que subyace en el código, que es notoriamente completo, exhaustivo y tendencialmente autárquico; inaugura, por ello, en el ámbito concreto que pretende ocupar, un nuevo *ordo*, lo cual se percibe ya en las subdivisiones, categorías y conceptos en los que lo organiza, no por casualidad, sino siguiendo un diseño unitario. Es un *ordo* autorreferencial, y –como si fuese un nuevo universo– renueva las jerarquías entre los elementos concretos del todo, crea entre ellos nuevas conexiones y, con frecuencia, incluso nuevas dependencias. Por eso, es posible, sin duda, que viejas reglas puedan cambiar de significado cuando –formalmente intactas– se convierten en una parte de él. Dadas estas premisas, es fácil prever cómo proveerá el código a las necesarias integraciones y colmará las eventuales lagunas: no solicitando una intervención externa (como hubiera sucedido en el derecho común), sino que parte de los valores y las directrices internas del sistema¹²³.

b) La *segunda* nos recuerda que el mensaje unitario difundido por el código se refería, por primera vez, a todos los ciudadanos, y que eso no hubiera sido posible si las revoluciones burguesas no hubieran neutralizado antes la fuerza política de los estamentos, instituyendo así la igualdad formal de todos los

122 F.G. Stahl, *Storia della filosofia del diritto*, II, Torino 1853, pp. 616 ss., el pasaje, citado en p. 627.

123 P. Caroni, «*Privatrecht*», pp. 55-56, 69, 71-73; *Saggi*, pp. 7-9, 39-44.

ciudadanos. Refiriéndose uniformemente a todos, el código levantó acta de esta nueva situación y la extendió al ámbito privado, generalizando la subjetividad jurídica. Un gran sueño de la ilustración jurídica se hacía realidad, quizá solo porque no pedía sacrificios a nadie, y menos aún preveía –al menos por el momento– traumáticas transacciones patrimoniales¹²⁴.

c) La *tercera*, finalmente, subraya el nuevo valor del derecho privado, del que se hacía portavoz el código. Confirmaba la emersión de esa autonomía de la voluntad que, de improviso, rediseñó el ámbito del negocio jurídico bajo el signo de la iniciativa individual y de la eficiencia en todos los niveles. Incluso el Estado, habituado hasta entonces a otras incursiones distintas, debía reconocerla y contentarse con intervenir desde fuera y, generalmente, con medidas solo de naturaleza procesal. Si después, traspasando ese límite, intentó también formular reglas materiales que prefigurasen el resultado de los acuerdos privados, o al menos los encauzasen –son notoriamente numerosas las propuestas concretas que se leen en los códigos de derecho privado–, lo hacía graciosamente, es decir, no para imponer, sino solo para orientar y aconsejar a los contratantes. El derecho así sancionado era, por ello, flexible, dispositivo y propositivo. La autonomía privada confería a los destinatarios de estas indicaciones la facultad de no tenerlas en cuenta y de sustituirlas por una disciplina más próxima a sus deseos concretos. Al proclamar la indiscutible primacía de la autonomía de la voluntad, el derecho privado se alejaba silenciosamente de un paradigma inservible que, durante mucho tiempo, había privilegiado el derecho imperativo formulado por el Estado legislador. Parece lícito suponer que la facultad legisladora pasaría a esos sujetos jurídicos a quienes la libertad contractual ofrecía la posibilidad de realizar planes que hasta entonces se consideraban imposibles. Me parece fuera de toda duda que después, sobre el trasfondo de este terremoto, el significado concreto de muchas reglas traslaticias retomadas por el código estuvo también destinado a sufrir algunas consecuencias¹²⁵.

La impresión general que se deduce del análisis de estas situaciones y de las modificaciones *formales* que han provocado hace intuir la radicalidad del cambio. El código pasó página, cambió *ya* el curso de la historia porque se presentaba como sistema homogéneo, coherente y autónomo. La unidad que de tal modo encarnaba era nueva por su carácter autorreferencial. Pero no logró cambiar el mundo de un día para otro. Por el contrario, todo sucedió lentamente, sin golpes de efecto, de manera casi imperceptible. En otras palabras: se necesitaba tiempo para que una sociedad que ya no era estamental, después de haber contenido las

124 P. Caroni, «Privatrecht», pp. 56-57; *Saggi*, pp. 10-11.

125 Indicaciones, casi obvias, en P. Caroni, *Saggi*, pp. 29 ss.

reacciones y compensado las consecuencias indirectas que, aquí y allá, frenaban su carrera, aprendiera a aprovechar los espacios que el código había abierto. Se necesita tiempo para habituarse a ocupar espacios con iniciativas y planes, aprovechando las oportunidades previstas por el código para invertir de manera eficiente y ventajosa en el papel reivindicado, gradualmente, por el mercado. Pero después, con el paso de los años, el cambio se apreció incluso a simple vista. La sociedad exigió la sanción rápida de nuevos códigos porque ya había reconocido sus méritos: garantizaban la libertad de la iniciativa privada, obligaban a los destinatarios a valorar de manera insuperable todas las energías, favorecían el completo sometimiento del sector económico al contrato, pero sin influir, en un sentido u otro, en el nivel de las desigualdades materiales. En todo ello se condensaba un programa que hubiera sido impensable e irrealizable fuera del contexto garantizado por el código, es decir sin la generalidad, la uniformidad y la previsibilidad de sus reglas. Un contexto que confirmaba también –entre otras cosas– la inspiración prevalentemente burguesa de la estrategia codificadora.

Respondiendo de esta manera a la pregunta inicial no intento afirmar que el código haya hecho tabla rasa de las preferencias y valores típicos del *Ancien Régime*. En realidad se contentó con menos: si estaban de verdad sometidos a las reglas que *confirmaba*, confió en que –cuando fuese necesario– se reinterpretaran automáticamente a la luz de los nuevos principios. Así pues delegó el deber de restablecer la coherencia del todo en el sistema y en su autodisciplina.

Todas estas reflexiones vuelven a someter a discusión, antes o después, no tanto la enseñanza de la historia en sí misma, cuanto –como decía– su programa concreto. Porque si es verdad que el código tiene un pasado, no en préstamo, sino *suyo*, específico y autónomo, si tiene una historia propia, no se entiende por qué no se tiene en cuenta cuando se reflexiona sobre el programa didáctico que la disciplina está invitada a desarrollar¹²⁶.

10. Una tercera vía

Si tiene sentido rebatir, como se hace con frecuencia, que la estatalización del derecho (es decir, la otra cara de la moneda-código) haya abierto nuevos escenarios también a la historia¹²⁷, y si puede esperarse que se tenga en cuenta tal oportu-

¹²⁶ P. Caroni, *Saggi*, pp. 190, 196-197.

¹²⁷ Argumentan con atención sobre esta palingenesis: P. Koschaker, *Die Krise*, pp. 42 ss., 81-82; F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, pp. 416 ss.; T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 29; R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 17 ss.; E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, p. 776; Íd., «Von Traumen und Träumen der Rechtsgeschicht(l)e(r).

nidad, no solo en la investigación, sino también en la enseñanza, *¿qué itinerario seguir?* Ya he descartado dos: el elegido por los *anticuarios*¹²⁸ y el preferido por los neopandectistas¹²⁹. Sigo ahora un tercer itinerario que, implícitamente, he anunciado ya. Circunnavega el continente codificador y nos lo muestra con una completitud inusual. Sabe generalmente cómo se describe, y disiente de ello porque la codificación no es ni una desordenada recopilación de materiales, ni una mezcla más o menos conseguida, y menos una transacción entre tradiciones hasta ahora autónomas y separadas. Es algo mucho más ambiguo, mucho más radical: *no cambia necesariamente las cartas de la baraja* (lo que hace enloquecer de alegría a los neopandectistas, aunque su alegría dura, en verdad, un abrir y cerrar de ojos), *pero, en compensación, modifica las reglas*. Es decir, sin llamar la atención, reorienta todo. Y, lógicamente, quiere ser comprendida, descrita e historicada *así* y no de otra manera, lo que significa: sin perder el tiempo en investigaciones para establecer el exacto origen histórico de su contenido (es decir de las cartas de la baraja), y ocupándose más bien de la globalidad de las maniobras y de la coherencia del resultado¹³⁰.

Es obvio que esta historia de la génesis y de la aplicación del código puede describirse y enseñarse sólo teniendo en cuenta su historicidad, es decir su temporalidad. Pero ¿qué significa concretamente tenerla en cuenta? Significa, por ejemplo, preguntarse por sus condicionamientos espacio-temporales y elaborar así una narración que resalte la dependencia, incluidos sus momentos álgidos,

Zu Krise, Paralyse und Katharsis einer gebeutelten Wissenschaft», en D. Klippel/H.-J. Becker/R. Zimmermann (eds.), *Colloquia für Dieter Schwab zum 65. Geburtstag*, Bielefeld 2000, pp. 137-151, especialmente 138-142; D. Klippel, *Rechtsgeschichte*, p. 129; E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 450, 522-524; P. Caroni, *Saggi*, pp. 166-167; Íd., *Il codice rinviato*, pp. 279-280; Íd., *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 43-44.

128 Comparto, por ello, la oposición de E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 527; como también la tesis de D. Wyduckel, *Schnittstelle von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, p. 136.

129 Son estos los dos itinerarios que M. Stolleis describe y desaconseja (M. Stolleis, «Fortschritte der Rechtsgeschichte in der Zeit des Nationalsozialismus?», en M. Stolleis/D. Simon [eds.], *Rechtsgeschichte im Nationalsozialismus. Beiträge zur Geschichte einer Disziplin*, Tübingen 1989, pp. 177-197, especialmente 182-183). También D. Wyduckel, *Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*, pp. 127-128.

130 P. Caroni, *Saggi*, pp. 190, 196-199. Son convenientemente claras y unívocas las reflexiones de G. Alpa, *La cultura delle regole*, pp. 307-308: «Conocer la historia de una regla es útil para aplicarla: la interpretación histórica no es determinante, pero concurre con las otras técnicas para definir el significado de una disposición. Sin embargo, ni siquiera todos los testimonios históricos pueden ocultar una característica común a las reglas vigentes: su actualidad, desde el momento en que entran en vigor hasta el momento en que son abrogadas o caen en desuso. La regla se considera actual y se adecua a las exigencias emergentes; ya no hay diferencias de origen, de tradición y de prestigio entre una regla y otra; el criterio para relacionarlas es típicamente normativo».

de coyunturas sociales en continuo movimiento¹³¹. De ello se desprende que una descripción puramente externa de la génesis de los códigos sería insuficiente, podría, como mucho, introducir el verdadero discurso. Mejor sería observar la lenta organización y combinación de las estrategias que han propiciado el proyecto, la discusión parlamentaria y la aprobación del plan codificador. Son estrategias arraigadas en la sociedad que, por eso, reflejan, de un modo u otro, sus conflictos y tensiones. Nuestro historiador hará bien en no dejarlas de lado, aunque se vea asediado por la tentación de hacerlo. Le asedia y, con frecuencia, le vence: ya sea porque concibe que debe atenerse a los hechos más importantes y decisivos, ya sea porque –desde este punto de vista– es difícil no considerar la promulgación del código como el coronamiento de un sueño, y no interpretar su historia como una marcha triunfal de la que se elimina prudentemente todo cuanto pudiera estorbar. Son cosas que pueden comprenderse fácilmente e incluso compartirse, pero a condición de no olvidar:

– *en primer lugar*, que las ideas y los proyectos no se convierten en leyes por inercia, sino cuando hombres y mujeres de carne y hueso las defienden y se esfuerzan en realizarlas, actuando así por motivos concretos que deberán ser aclarados y valorados;

– *en segundo lugar*, la regla que dispone que las victorias, en una sociedad en conflicto, raramente crecen como las setas o caen del cielo. Nacen del debate y de la lucha¹³². Las victorias de los unos son las derrotas de los otros. Es cierto que no es necesario festejar estas derrotas. Pero no por eso el historiador puede olvidarlas. Los intereses, las ideologías, las esperanzas y los temores de los vencidos forman parte de la historia del código, no menos que los de los vencedores. Y si alguno los elimina y los silencia, quizá para aligerar la narración, deben recuperarse rápidamente.

Si nos volvemos para mirar, será bueno no olvidar estas recomendaciones y moderar las expectativas¹³³ que tiene cada uno, aunque no es recomendable,

131 La *historicidad* tiene que ver con la *historia* del derecho, pero no la absorbe completamente. Basta con observar cómo se comportan los juristas para darse cuenta de ello. Les gusta celebrar el pasado ya que el derecho vigente lo evoca más o menos abiertamente. Pero sólo excepcionalmente admiten los condicionamientos de los que se habla en el texto, y raramente están dispuestos a aceptar sus consecuencias. Sobre el concepto de historicidad implícito en este razonamiento, véase *supra*, pp. 72-74, 118 ss., 123-125.

132 Como ha intuido P. Ungari en un estimulante escrito semiclandestino, de título revelador: *L'età del Codice civile. Lotta per la codificazione e scuole di giurisprudenza nel Risorgimento*, Napoli 1967. También utiliza este título (es decir: *La lotta per la codificazione*, Torino 2002) Ugo Petronio, inspirándose conscientemente en Ihering (*ibid.*, p. 5) pero sin citar a Ungari.

133 Pienso, concretamente, en esas *expectativas* que ya he recordado en otros contextos

ni está indicado, tenerlas todas. Pienso, al escribir sobre ello, en la esperanza de muchos compañeros de viaje: capturar en el pasado algún mensaje que confirme la bondad del derecho vigente y que, de esta manera, lo legitime. La incursión que realizan en tierra firme recuerda las actuaciones policiales: irrumpen en casa del sospechoso, rebuscan entre sus pertenencias, seleccionan sin escrúpulos pero no al azar y se llevan corriendo el botín que les es de utilidad¹³⁴. El mío, por el contrario, no es un registro, sino un vagabundeo fatigoso e imprevisible¹³⁵. No es casual. Busco otras cosas, es decir, materiales capaces de arrojar alguna luz sobre la controvertida y compleja evolución social y política que ha concluido con la sanción del código. No espero del pasado la confirmación del presente, la bendición del derecho *de todas maneras* positivo, impartida quizá por cualquier *precursor*, bien dispuesto, de este derecho. Como decía, tengo deseos menos explícitos, incluso difíciles de circunscribir exactamente y de cuantificar. Me sirven informaciones dispares y distintas que me permitan comprender en qué contexto social fueron, primero, pensadas las codificaciones; después, proyectadas; y finalmente, (si lo fueron), realizadas. Éste es el motivo por el cual, de verdad, no sé dónde buscar, ni si encontraré algo. A veces encuentro piezas que solo unidas a otras ofrecen información; o tengo entre las manos documentos que solo a la tercera o cuarta lectura desvelan cuanto saben, o cuanto busco. Y pienso que sin un olfato casi detectivesco no es fácil concluir positivamente una investigación. Por lo que, ante la inseguridad que la acompaña, es bueno no despreciar todas esas pistas que, en ocasiones, acompañan al *iter* codificador y, después, desaparecen lentamente. Remiten a instituciones, reglas o normas anteriores o discutidas desde mucho tiempo antes, que poco a poco fueron sustituidas por soluciones consideradas más apropiadas o convenientes, es decir, eliminadas para siempre. Quien hace historia sólo para recuperar la línea recta que desemboca en los conceptos, dogmas y soluciones del código, ve en esas pistas sólo una carga para disparar en la primera ocasión. Quien, por el contrario, aprovecha cualquier ocasión para escrutar el contexto social en el que emerge la ley, porque cree que sólo así es posible entender el mensaje que comporta el código, se alegrará de estos hallazgos, por muy imprecisos y silenciosos que sean. Le será fácil remitir su desaparición

(*supra*, pp. 178 ss., así como en *ZNR* 26, 2004, pp. 4-5). Las menciono aquí también para redimensionarlas, como, por otro lado, animo a hacerlo en el texto. Había visto las cosas ya más correctamente *ab initio* F. Simiand, «Méthode historique et Science sociale» (1903), ahora propuesto de nuevo en *Annales. Économies Sociétés Civilisations* 15, 1960, pp. 83-119, especialmente 100.

134 *Supra*, pp. 74 ss., 171 ss.

135 Véase, en el mismo sentido, *supra*, pp. 78 ss. Reflexiona detenidamente sobre la suerte de este vagabundeo M. Bretone, *Diritto e tempo*, pp. 177 ss., 183-184, 191-192, etc.

a la misma lógica y al mismo programa jurídico-político que inspiraron y acompañaron al código hasta su sanción.

Si, después, alguien considerase que, al resumir como acabo de hacer la interminable y animada caminata a lo largo de los arsenales del pasado, he concedido una importancia insólita al mundo negativo, al que bulle con proyectos no realizados, iniciativas fracasadas, oposiciones perdidas y expectativas sin esperanza, tendría razón, no una, sino cien veces. Sólo añadiría: lo he hecho a conciencia, porque estoy convencido de que sólo así consigo valorar mejor lo que emerge, se confirma y llega a buen puerto. Si es cierto que el código *niega* el pasado (superándolo) por todas las razones antes expuestas, puede medirse su intensidad innovadora reflexionando sobre el mundo excluido, resaltando así más nítidamente el contraste entre lo viejo y lo nuevo¹³⁶. Sabemos todos, por experiencia personal, que la percepción de las cosas perdidas arroja luz nueva sobre las que todavía permanecen, equilibra la balanza. La vida del derecho no se sustrae a este destino. Así, la plenitud y exclusividad de la propiedad, tal como fueron reclamadas y puestas en práctica a lo largo del siglo XIX, asumen contornos nítidos si se consideran a la sombra de la propiedad típica de la economía natural que, multiplicando *ad libitum* las oportunidades de goce, atomizaba la titularidad del derecho correspondiente. Lo mismo vale decir para la libertad contractual, cuyo contenido envuelve la situación precedente, ya que *permite* todo lo que en el *Ancien régime* estaba prohibido (o al menos obstaculizado) por el orden corporativo y por los miles de *corpora intermedia*. También puede recordarse aquí la primacía del derecho dispositivo que, durante mucho tiempo, alumbró silenciosamente desde los códigos de derecho privado. Solo se capta su carga innovadora cuando se reflexiona sobre las teorías de origen iusnaturalista, es decir, prerrevolucionarias, que obligaban a los titulares de derechos subjetivos a ejercerlos según las directrices que el soberano absoluto había impuesto a la sociedad, siempre unidos a las correspondientes obligaciones¹³⁷. Es decir, solo dentro de esta comparación es posible intuir la distancia entre el nuevo concepto y el –estructuralmente imperativo– del derecho precedente.

136 P. Caroni, «Il commiato franciniano di Virgilio Gilardoni», *Archivio Storico Ticinese* 28 (1991), pp. 41-68, especialmente 61-62, y también *supra*, pp. 78-79, 135-136; R. Marra, «Diritto e storia nelle società del tempo perduto», *Rg/Rechtsgeschichte* 3 (2003), pp. 45-48. No debe olvidarse a R. Orestano cuando denuncia «el sofocamiento, desde su nacimiento, de las nuevas vías por las que la ciencia italiana del derecho hubiera podido orientarse y no se ha orientado» (R.O., *Sulla didattica giuridica*, p. 279).

137 Razón por la que solo la referencia a las teorías económicas prerrevolucionarias y a la doctrina iusnaturalista del *officium*, tan ejemplarmente desarrollada por Pufendorf, permite medir la entidad del cambio.

11. *Tres ideas claras*

Atento a todas estas señales positivas y negativas, he intentado durante años atravesar *ese* pasado que, en mi opinión, no debe olvidarse, y menos por los futuros juristas. En general, no es un pasado lejano, ya se habrá intuido –porque, bien mirado, mi deber no era el de formar expertos en la antigüedad–, sino más bien un tiempo que nos antecede, que nos concierne de otro modo y que nos interpela, ocasionalmente, con insistencia, porque plantea preguntas que nos asedian desde hace tiempo y a las que, hasta ahora, no hemos dado una respuesta convincente¹³⁸.

Lo que he podido experimentar y (quizás también) comprender en todos estos años de vagabundeo me parece complejo, heterogéneo y, en parte, contradictorio; por esto mismo, escapa a cualquier tipo de reducción definitiva. Hace sitio, más bien, a tres verdades de las que me he ido convenciendo poco a poco, hasta considerarlas ahora ideas claras:

a) En primer lugar, el descubrimiento de que el pasado, incluso el que nos pisa los talones, no es la prehistoria del presente. Lo que le sigue no lo aclara, o lo perfecciona, ni siquiera lo explica. Es un mundo en sí mismo, autónomo; por eso es también e inevitablemente *lejano* y *extraño*. Y lo sigue siendo, aunque a nosotros nos parezca que introduce magistralmente nuestro presente, aunque se exprese prefigurando nuestros modos de hablar, allanando el camino de nuestras metáforas, y aunque esté poblado de protagonistas que nos parecen (solo) precursores o pioneros¹³⁹. Su diversidad y su autonomía cierran todo intento de interpretarlo *pescando* en su futuro y partiendo de ideas surgidas, o difundidas, solo más tarde, como lo manifiesta el ejemplo del caballo reducido a «automóvil sin ruedas», cita con la que Walter J. Ong nos sorprendió hace algunos años¹⁴⁰.

138 Por ello parece correcto admitir que la selección de las fuentes y de la documentación deberá obedecer más a criterios cronológicos que materiales.

139 Por citar un ejemplo: hasta Eugen Huber, el venerado *padre* del Código civil suizo de 1907, señaló a Johann Jakob Leu, alcalde de Zurich, que entre 1727 y 1746 publicó una obra en cuatro volúmenes con un intrigante título (*Eidgenössisches Stadt- und Landrecht*) [Derecho confederado de la ciudad y del territorio], como precursor de la unidad jurídica (E. Huber, *System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts*, I, Basel 1886, pp. 1-2, 8). Pero la crítica más reciente ha mostrado los límites de esta visión: C. Soliva, *Das eidgenössische Stadt- und Landrecht des Zürcher Bürgermeisters Johann Jakob Leu. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechtswissenschaft in der Schweiz des 18. Jahrhunderts*, Wiesbaden 1969, pp. 50-52; P. Caroni, «Al di fuori di ogni contrapposizione dialettica: *Vaterländisches Recht* nella Svizzera settecentesca», en I. Birocchi/A. Mattone (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*. Atti del Convegno internazionale Alghero, 4-6 novembre 2004, Roma 2006, pp. 173-197, especialmente 190-197.

140 W.J. Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola*, Bologna 1986, pp. 31-32.

Asimismo, este inaprehensible pasado rechaza cualquier actuación que trate de captar signos de continuidad, comoquiera que esta se entienda¹⁴¹. Si, además, escapa a *cualquier* intento de descifrarlo, como se afirma a veces¹⁴², esto depende de la naturaleza de las fuentes, sobre todo de las que demuestran la historicidad.

Pero la *lejanía* de una época e incluso lo *extraño* de sus fuentes¹⁴³, si no están en condiciones de ofrecernos modelos y de anticiparse a nuestras decisiones dictándonos una disciplina a la que atenernos¹⁴⁴, si respetan la historicidad del tiempo en el que estamos atrapados ¿cómo la reflejan? ¿Tiene sentido admitir que, de un modo u otro, pueden aclararlo? Creo que sí, e intentaré demostrarlo.

b) En segundo lugar, la convicción fundada en la diversidad antes recordada, de que no es correcto interpretar *linealmente* la evolución del derecho y considerar el actual como una derivación lógica, como *germinatio* del precedente¹⁴⁵.

141 Véase, al respecto, A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 13-14, 33-35, y también *supra*, pp. 180 ss.

142 Sobre este asunto P. Caroni, «Sovrani e sudditi nel labirinto del diritto», en R. Ceschi (ed.), *Storia della Svizzera italiana dal Cinquecento al Settecento*, Bellinzona 2000, pp. 581-596, 702-705, especialmente 595-596.

143 A.M. Hespanha, *Introduzione, passim*, especialmente pp. 35-37, 48-49; P. Caroni, *Saggi*, pp. 187-188; G. Chittolini, *Un paese lontano*, pp. 333-334; E. Muir, *Quaderni storici* 88 (Aprile 1995), pp. 250; M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 32. He reafirmado lo inevitable de esta diferencia, que ve en el pasado más bien «otro presente», tanto en mi Prólogo (*supra*, pp. 51-52) como *infra*, p. 207.

144 Por cuanto distingue modelos de enseñanza, véase por ejemplo P. Grossi, ««Modelli storici e progetti attuali nella formazione di un futuro diritto europeo», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 145-151, especialmente 150; Íd., *Unità giuridica europea*, pp. 40-42, 52.

145 Crítica ya la linealidad temporal F. Simiand, *Méthode historique, passim*, con el resumen en las páginas 118-119. Subrayan, más bien, la importancia de la «circularidad lógica», es decir, de un enfoque preferiblemente sincrónico que interrumpe la tendencia a la continuidad: P. Veyne, *Comment on écrit l'histoire, suivi de Foucault révolutionne l'histoire*, Paris 1978, pp. 212-214, 219 ss., 230-233; J. Phytillis, «Temps, histoire et droit: de quelques prologomènes à une union sacrée», en J. Hoareau-Dodinou/P. Texier (eds.), *Anthropologies juridiques. Mélanges Pierre Braun*, Limoges 1998, pp. 635-673, especialmente 648; A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 22-23; R. Orestano, *Introduzione*, pp. 473-474; L. Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*, pp. 3-56, especialmente 20; M.T. Fögen, «Rechtsgeschichte-Geschichte der Evolution eines sozialen Systems. Ein Vorschlag», en *Rg/Rechtsgeschichte* 1 (2002), pp. 14-20, especialmente 17-18. Nikolaus Harnoncourt, un director de orquesta escuchado y aplaudido, ha expresado recientemente la idea con estas palabras: «Im Wort *Entwicklung* liegt schon der Gedanke an eine Steigerung, während ich finde, dass es sich im Kreis entwickelt. Überhaupt nicht woandershin. Irgendwelche neue Aspekte, die bis jetzt nicht beachtet wurden, kommen dazu, aber auf Kosten von anderen. Es wird für alles bezahlt. Es gibt keine Verbesserung» [En la palabra *desarrollo* subyace la idea de crecimiento, pero a mí me parece que el desarrollo se produce en círculo, no de otra manera. Aparecen nuevos aspectos hasta entonces no contemplados, pero a expensas de otros. Será costead

¡Cómo resistirse a la fascinante inflexibilidad con la que Saint-Exupéry denunció la «firme estupidez» de generales, arquitectos, historiadores y profesores¹⁴⁶, todos igualmente culpables de haber considerado la historia como «una larga cadena de causas y consecuencias»¹⁴⁷!; concepción a la que opone su certeza de «que la creación tiene una naturaleza distinta el objeto creado, esquivo las señales que deja detrás de sí y no se lee jamás en ningún signo»¹⁴⁸. Lo que no excluye necesariamente la aparición de líneas que, en cierto modo, conectan el pasado al presente. *En cierto modo*: porque son paralelas, no desvelan explícitamente el itinerario, y de cuando en cuando se evaporan para reaparecer después donde nadie las busca. Indican, con su proceder intermitente, un camino poco previsible y difícilmente descifrable¹⁴⁹.

por todos. No hay enriquecimiento alguno] (véase el texto de la entrevista en *Neue Zürcher Zeitung* 1./2. März 1997, p. 66).

146 A. de Saint-Exupéry, *Citadelle*, en *Oeuvres complètes*, Bibliothèque de la Pléiade, II, Paris 2001, pp. 411, 417, 420, 422, 424, 431.

147 «...la longue chaîne de causes et de conséquences» [la larga cadena de causas y de consecuencias] (ibíd., p. 431). Sobre el concepto de *causa* aquí defendido, razona de manera estimulante F. Simiand, *Méthode historique*, pp. 92 ss., 105.

148 Ibíd., p. 545. Es una de las intuiciones fundamentales de este tardío e incompleto cuento filosófico. Nace de la convicción de que la razón y la lógica nunca podrán dar cuenta, de manera exhaustiva, de todo lo que sucede, ya que les falta (como al principio del que se nutren, el de la relación causa-efecto) la percepción de todo lo que une verdaderamente las fases concretas de la experiencia, trascendiéndolas y dando vida a algo nuevo. Convicción que comparten también otros escritores. Por ejemplo L. Gustafsson, *Morte di un apicoltore*, Milano 1989, p. 99. O también, recientemente, A. Tabucchi, *Si sta facendo sempre più tardi*, Milano 2001, p. 28: «Sé que estoy haciendo un vuelo pindárico y que todo esto carece de lógica, pero ciertas cosas, tú lo sabes, no siguen ninguna lógica, o al menos una lógica que sea comprensible para nosotros, que estamos siempre en busca de la lógica: causa efecto, causa efecto, sólo para dar sentido a lo que carece de sentido. Como diría mi amigo, es por esto por lo que han escogido el silencio las personas que en la vida, de un modo u otro, han escogido el silencio: porque han intuido que hablar, y sobre todo escribir, es siempre un modo de pactar con la falta de sentido de la vida». Sin olvidar a O. Elitis, *Il metodo del dunque e altri saggi sul lavoro del poeta*, Roma 1995, p. 65: «Hace centenares de años, cuando existían todavía hombres que no estaban encerrados en la prisión de la causa-efecto, la silla volaba y se caminaba sobre el mar».

149 ¿Por qué no admitir, entonces, que mucho de cuanto sucede cuando nace el derecho queda envuelto en el misterio (palabra hoy impronunciable pero imposible de eliminar) Si estaba convencido F. Génny (*Science et technique en droit positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, 2ª ed., I, Paris 1922, p. 11) ¿por qué no debemos estarlo nosotros? Razonan en estos términos, también O.v. Gierke, *Die historische Rechtsschule*, p. 8; P. Grossi, *Modelli storici*, p. 147; Íd., *Unità giuridica europea*, p. 40; T. Giaro, *Europäische Privatrechtsgeschichte*, p. 20; A. Foglia, «Insegnare a scuola la codificazione del diritto. Siete diventati matti?», en G. De Biasio/A. Foglia/R. Garré/S. Manetti (eds.), *Un inquieto ricercare. Scritti offerti a P.C.*, Bellinzona 2004, pp. 287-316, especialmente 314-316.

Se ven bajo esta luz incluso las peripecias vividas por los mensajes jurídicos en el largo o breve viaje al que se enfrentan antes de alcanzar a su destinatario. Pienso en las normas que, a falta del destinatario previsto, encuentran otro; que caen en el olvido y se entierran para reaparecer después, listas para solucionar nuevos conflictos; normas que las circunstancias destinan a enfrentarse con situaciones para las que no fueron pensadas ni promulgadas; o que, finalmente, fueron elaboradas con intenciones más que loables, por ejemplo para compensar desequilibrios considerados inaceptables, pero que fueron neutralizadas por la presión social, o la prepotencia individual. ¿Quién no conoce tales ejemplos? Y ¿quién osaría negar que el conocimiento de la frecuentemente imprevisible dinámica implícita puede facilitar la interpretación del mensaje remitido finalmente a su destinatario?

c) Y para terminar, la confesión de que yo, a lo largo del camino, jamás he encontrado las continuidades –me refiero a las que hacían caer en trance a mis compañeros de viaje–; lo cual, considerando todo lo ya dicho, no debería sorprender. Quizá sea culpa de los lentes, desde luego siempre los mismos, que utilizo para escrutar desde lejos los paisajes que animaban el pasado. Mostraban fotogramas, saltos exasperantemente sincrónicos e instantáneas aisladas nunca reconducibles a una línea o a una secuencia. Incluso donde las cosas *parecen* inmutables durante años, «con el curso de los días como único viaje», incluso en estos casos, bien mirado, muchas cosas cambian día a día¹⁵⁰. Pero con una excepción, porque al menos *una* continuidad (por decirlo así) me ha fulminado: es la única capaz de convivir con la historicidad del derecho. Y es también, por desgracia, la única que no le gusta a nadie: nos incomoda a casi todos y mitiga nuestra arrogancia. Remite al contexto social y político que acompaña –interfiriendo– a la emersión del derecho. Por desgracia, siempre es antagonica, lo que explica por qué el derecho resulta de una dialéctica que no muestra tanto *cuándo* nace y *cómo* fue elaborado, sino por qué es así y no de otra manera, tan unilateral, tan poco equidistante, tan sometido a intereses parciales, etc.¹⁵¹. Por eso, la historia sostenida por esta continuidad no será necesariamente edificante,

150 A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 22-23. Resulta lapidario M. Bretonne, *Diritto e tempo*, p. 244: «Es necesario avanzar, por decirlo de alguna manera, por una línea horizontal o sincrónica, indagando en la cultura de una época mejor que a lo largo de una trayectoria donde pasado y presente se dan la mano con facilidad excesiva, y los artículos del BGB o del *Code civil* parecen nada más que la traducción, más o menos fiel, de las fuentes antiguas».

151 Argumentos que se refieren a R.v. Jhering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Teil 1, 6ª edición, Leipzig 1907, pp. 48 ss. En el mismo sentido, A.-J. Arnaud, *Les juristes face à la société du XIXe siècle à nos jours*, Paris 1975, pp. 198 ss.

y con frecuencia tampoco será correcta. No nos dejará ver en el derecho vigente sólo el resultado brillante de una larga serie de mediaciones entre posiciones contrapuestas. No se pondrá siempre «de parte de lo sucedido»¹⁵²; no eludirá la existencia de proyectos abandonados y de caminos perdidos; deplorará el abismo existente entre propósitos y realizaciones, entre previsiones y realidades, entre lo previsto y lo realizado¹⁵³. Demostrará, sin piedad, que máximas prometedoras y compartibles fueron cambiadas con frecuencia y destinadas, luego, a satisfacer ambiciones sectarias. Exhortará a la prudencia, obligará a distinguir y enseñará, para concluir, que sólo una intrépida idea de las pérdidas que la historia inflige *avanzando* inexorablemente podrá impedirnos ver en la conclusión de una era, de una epopeya, o incluso sólo de una legislatura, la apoteosis que, indistintamente, debería reunirnos a todos¹⁵⁴. A su modo, pero sensiblemente, esta historia nos desorienta y nos confunde. El único *consuelo* que proporciona, en compensación, no es gran cosa: la certeza de que, por desgracia, la diferencia que encontramos es reflejo de la sociedad y nos muestra fielmente sus trazos poco tranquilizantes¹⁵⁵.

12. *The backward look*

Quizás el número de juristas que cada día se detienen y se vuelven a mirar al pasado, felices por no convertirse por ello «in statuam salis», es mayor de lo que se piensa. No sería una mala señal. Ciertamente, cuando lo hacen, parten del presente, aunque no lo piensen e incluso lo excluyan. Pero no todos *leen* el presente de manera uniforme. Esto explica por qué las expectativas ligadas a la consulta del pasado pueden divergir, y divergen con frecuencia bastante.

152 Así E. Canetti, *La provincia dell'uomo*, ahora en *Opere 1932-1973*, edición de G. Cusatelli, Milano 1990, pp. 1591 ss., la cita en p. 1756-1757: «La historia presenta todo como si nada hubiese podido desarrollarse de otro modo. Sin embargo, podría haberse desarrollado de cien maneras. La historia se pone de parte de lo que ha sucedido y lo separa de lo no sucedido, construyendo sólidas conexiones. Entre todas las posibilidades, se basa en la única que ha sobrevivido. Así actúa siempre la historia, como si estuviese de la parte del acontecimiento *más fuerte*, es decir del que realmente se ha producido: no podía permanecer sin producirse, debía producirse. [...] Los historiadores que no adoran el poder no pueden escribir una historia coherente de los Estados». Lo mismo, ya en las pp. 1628-1629. Son argumentos que Hugo Sinzheimer había formulado ya en su testamento iusfilosófico, publicado tras su muerte (H. Sinzheimer, *Theorie der Gesetzgebung. Die Idee der Evolution im Recht*, Haarlem 1948, pp. 87 ss.).

153 D. Grimm, *Recht und Staat*, pp. 402-413, 418; P. Caroni, *Per una storia finalmente sociale del codice*, pp. 25 ss., 42 ss., 45 ss.

154 Sobre todo lo que se pierde, casi siempre imperceptiblemente, véase A.M. Hespanha, *Introduzione*, pp. 14-15; I. Wallerstein, *Le capitalisme historique*, Paris 1985, pp. 97 ss.

155 *Supra*, pp. 86-87.

Cada uno tiene el derecho de valorar el presente como le parezca; también de ir en busca de *ese* pasado que le conviene, un pasado –se deduce– en sintonía posiblemente con el mensaje sostenido por el presente. Todo esto está fuera de discusión si el discurso versa sobre la libertad del individuo para valorar presente y pasado como le parezca razonable o preferible, sobre su libertad de investigación. Pero las cosas cambian, y no poco, si, por el contrario, gira en torno a si es oportuno dirigir la atención de los futuros juristas hacia la temporalidad de los fenómenos jurídicos. Aquí, las inclinaciones o los intereses personales de los docentes, los problemas (im)puestos por la actualidad y los eventuales condicionamientos logísticos son irrelevantes. Lo único que cuenta, queriendo o debiendo responder a la pregunta, es la *responsabilidad*, tanto la correspondiente a los discentes, como la correspondiente al Estado, al que le incumbe la organización de la enseñanza académica. Si se responde afirmativamente a la pregunta e insistimos en la enseñanza correspondiente, hay que indicar los motivos y aceptar que sean discutidos públicamente. Pero hay colegas que hacen de todo para impedirlo y, por desgracia, con frecuencia lo consiguen. Sostienen, por ejemplo, que tal discusión evocaría recuerdos desagradables y asemejaría a una guerra de trincheras, lo que provocaría el descrédito de la disciplina¹⁵⁶. A mí, esto me parece un soborno. Quien lo utiliza para callar al interlocutor olvida, sin embargo, algunas cosas, en particular que tal discusión es aneja a la responsabilidad antes recordada, y no sólo es oportuna sino desde luego inevitable; y que el coraje de afrontarla no muestra la decadencia, sino la vitalidad de la disciplina. Afrontémosla sin miedo. Tres son las respuestas que, generalmente, se dan a nuestra pregunta. Reflejan sintomáticamente tres *interpretaciones* distintas del presente. Las resumo brevemente.

a) Quien se dedica a una disciplina de derecho vigente preferirá, normalmente, una historia que, sin perderse en demasiados detalles, vaya al grano, es decir a legitimar este derecho vigente. Es una historia *ad usum delphini*, se comprende enseguida. No analiza, no valora y no revela, tampoco denuncia pero *esconde*. Prefiere las declaraciones a los razonamientos; así obra quien finge formularse preguntas. Si parte del presente, da por descontada la existencia y la vigencia del derecho positivo. Compartirá su estructura y reglas, quizá también (tal vez con alguna reserva concreta) sus dogmas. Habrá interiorizado la *positividad*. Provisto de este apoyo moral, explora el pasado en busca de modelos,

156 Así R. Zimmermann, *Europa und das römische Recht*, p. 315, nota 382; Íd., «Gemeines Recht heute: das Kreuz des Südens», en J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001, Heidelberg 2003, pp. 601-627, especialmente 602.

que –está convencidos– no sólo existen, sino que le esperan con impaciencia. No me burlo de esta postura, porque en el fondo el positivismo jurídico –del cual se desprende sustancialmente– también ha tenido (tiene) algún mérito. Pero no puedo compartirla, la considero poco formativa. Encuentra inevitablemente la *historia* que busca y, seguro de sí mismo, sin albergar sospechas, hace propuestas pareciendo ignorar que el paso del tiempo, el transcurrir de las horas, de los días y de los años *modifica* el derecho. Por ello, se engaña quien espera obtener certezas y garantías de la historia, aunque sea en la forma mitigada de una legitimación posterior. Si cree en ello, cree en fantasmas de los que, al menos eso dicen, es mejor prescindir.

b) A quien considera el derecho vigente, sobre todo el codificado, como una (por otro lado bien grata) recopilación de reglas y consejos –que podríamos denominar repetición¹⁵⁷, un *prontuario* de normas compartidas sin discusión desde tiempos anteriores– la historia le ofrece algo más porque restablece el contacto con la raíz. Rehabilita el código; antes despreciado como un desafortunado incidente y descalificado como imperdonable novatada, se redescubre de repente como lo que es: una colección de perlas históricas, uno entre los numerosos renacimientos del derecho romano, como ya hemos visto. La historia, yendo a la raíz, desvela la fuente a la que, ante la duda, se deberá recurrir para interpretar, aplicar y actualizar las perlas engarzadas en el código. *Esta* específica historia vive hoy un periodo de incontenible euforia: la perspectiva de ver reciclado el antiguo modelo en el ámbito de la unificación del derecho privado europeo la reanima como sólo puede hacerlo un momento de arrebato fuerte e inesperado. Pero en el júbilo actual no se esconde el precio que esta historia paga por restablecer la linealidad de la evolución y por revalidar la continuidad. Impone al historiador ignorar, neutralizar, callar y mofarse de todo cuanto, en el curso de los dos últimos siglos, vivieron los contemporáneos como cambio y que hoy a muchos les parece una pausa; este precio me parece desproporcionado e inaceptable. Lo que me lleva a pensar que una historia que se salva solo porque suprime, sistemáticamente, a sus *enemigos*, es decir, todo cuanto rivaliza con ella y la contradice, será lo que se quiera, pero desde luego no es creíble.

c) Yo también parto del presente, no porque sea preferible o aconsejable sino porque es inevitable¹⁵⁸. Yo también espero donde el río se une al mar, como la historia desemboca en el presente, junto a mis compañeros de viaje a quienes

157 *Restatement*: expresión usada por R. Zimmermann, *Das bürgerliche Gesetzbuch*, notas 13 y 20.

158 Lo había intuido, anticipando en algunos decenios la hermenéutica revolucionaria, P. Koschaker, *Die Krise*, p. 76, nota 2; C. Sanfilippo, *Labeo* 2 (1956), pp. 196-197.

acabo de recordar. Están todavía seducidos por el presente, es decir por el derecho vigente, *hic et nunc*, lo que, a fin de cuentas, me parece comprensible. Miran, por ello, su historia con ojos de enamorado, decidiendo inconsciente e inevitablemente. En el río que baja del valle y desemboca en el mar ven solo una corriente irresistible, ordenada y majestuosa, e incluso también *un feliz presagio*. Aquí debo, obviamente, disentir, porque el presente no me fascina. Es siempre el resultado de un conflicto: de una competición silenciosa (a la cual nos convoca cada día el *divertido* juego de la competencia), o de un enfrentamiento feroz (basta con leer el periódico). Y el derecho sanciona este resultado, más o menos conscientemente le confiere estabilidad. ¿Por qué adularlo o dejarme seducir? Más bien guardo las distancias. Intento no dejarme encerrar en su jaula, sustraerme al rigor de su lógica y no cegarme con su *esplendor*, porque me parece falso. Me atrae, más bien, su contexto, también el temporal, su historia. Si anticipa algo de este derecho vigente es la conflictividad. Mi río; retomando la metáfora, es en realidad un torrente que baja tumultuoso por el valle, incontenible e impetuoso, pero también imprevisible, como los materiales que arrastra y descarga desordenadamente en el mar. Espero poder hablar sin incurrir en los peligros que esconde y sin caer en las trampas que me tiende. Así, con rigor y desencanto.

¿De qué idea de código parto? Es difícil decirlo en pocas palabras. Ciertamente, no me convence la que considera el código solo como una reformulación del viejo derecho¹⁵⁹, aunque hoy, después de años en silencio, parece estar en auge. Si pienso en las controversias que el código levantó, en las batallas que precedieron a su promulgación, me parece, francamente, una broma de mal gusto; también –pero no sólo– porque lo minimiza injustamente. A mí, por el contrario, el código me parece el resultado de una estrategia tendente a unificar, *es decir*, a innovar. Si es así, su historia debe decirlo. No puede omitir, o marginar, lo que fue probablemente el motivo del cambio. Debe hablar de él, documentar las etapas concretas, una tras otra, hasta el presente. Desde esta óptica, que es la mía, quien vuelve la vista atrás *no se ve jamás reflejado*, porque no descubre sólo esos fragmentos de los que tiene necesidad para legitimar sus creencias; fragmentos que, como se afirma a veces con algo de malicia, se estremecen por el deseo de ser descubiertos y valorados¹⁶⁰. Tras el código se abre, más bien, una realidad ignorada porque desafía la continuidad y muestra que la idea de una línea recta e ininterrumpida entre pasado y presente es una sublime mentira; una realidad compuesta, multiforme, con frecuencia confusa y contradictoria, formada también por cosas desagradables, cuando no oprimentes. Este es el escenario en el

159 Como, por el contrario, propone R. Knütel, *Roms Recht*, p. 143.

160 A.M. Hespanha, *Introduzione*, p. 46.

que germina y crece la iniciativa codificadora del derecho y que es necesario seguir hasta el momento en que –después de triunfos parciales, retrocesos, paradas y recomienzos– la aprobación parlamentaria del código puso el punto final. Esta es la historia que no tengo derecho a esconder a mis estudiantes y que *debo* mostrarles, les guste o no¹⁶¹. Esta orientación y su necesidad aparecen cuando se evoca la potencialidad crítica de la disciplina histórica –es decir, eso que los colegas de derecho positivo no aprecian demasiado¹⁶²–; y cuando se desea un *resultado* más audaz¹⁶³ que recupere todos los vestigios durante mucho tiempo relegados al desván, al ser considerados poco presentables y detestables por quien considera la aventura codificadora sólo como una marcha triunfal¹⁶⁴.

13. *La cantera permanece provisionalmente abierta*

Convencido como estoy de su bondad, pero sobre todo de la posibilidad de realizar este programa, concluyo una ocupación docente de más de treinta años, contemplada constantemente con inquieta alegría¹⁶⁵. De joven me había iluminado una *imploratio* de la liturgia ambrosiana: «Pastores semper excita, qui mundum permoveant»¹⁶⁶. He intentado estar a la altura, acompañando, en el curso de los años, a centenares de jóvenes juristas, celebrando la luz sin omitir la oscuridad y comunicando certezas sin esconder las (cada vez más numerosas) perplejidades. También la propuesta didáctica aquí asumida va en esta dirección. Si se considera válida, como lo espero, debería garantizar el equilibrio de la formación académica de la que, al defender *in primis* nuestra disciplina y nuestras cátedras, quizá nos preocupamos muy poco, o sin entusiasmo. No se puede negar que la armonía

161 Tema visiblemente escabroso, al que ya me he referido *supra*, pp. 86-87.

162 Véase M. Stolleis, «Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pp. 200-202: considera, con buenos argumentos y experiencia, que el potencial crítico inherente a la materia «von den Fakultäten offenbar kaum geschätzt wird» [rara vez fue abiertamente respetado en las facultades] (p. 201).

163 Como hace, por ejemplo, P. Grossi, *Unità giuridica europea*, p. 42, y también *supra*, pp. 83-85.

164 Precisamente sin olvidar que en el momento en que el código es promulgado y se concluye una historia, comienza otra, distinta y con valor propio, a la cual deberemos dedicarnos con más empeño, como he indicado en *La storia della codificazione e quella del codice*, *passim*.

165 Lo que me hace pensar en la «inquieta felicidad [...] propia de la investigación y del conocimiento histórico» que sufría el inolvidable Carlo Dionisotti, a la que se refiere P.V. Mengaldo en *Indice dei libri del mese*, marzo 1995, p. 32.

166 «Despierta siempre a los pastores para que vayan a remover el mundo». *Imploratio* final de la liturgia ambrosiana del 26 de enero (SS. Timotheus et Titus).

disciplinar de los planes de estudios, la necesidad de evitar la selección unilateral de las materias y la urgencia de una preparación didáctica digna de este nombre son cosas esenciales que, con frecuencia, se dejan de lado por las discusiones sobre el destino de nuestras cátedras. Es desconcertante, pero también (por desgracia) comprensible; desconcertante porque refleja un garantismo mezquino e intransigente, pero comprensible porque es con frecuencia reflejo de la falta de disponibilidad de los colegas que se dedican al derecho vigente. En realidad, sería su obligación resaltar la temporalidad de su derecho¹⁶⁷. Al no estar dispuestos, o al desconocerlo, la obligación recae totalmente sobre los hombros de los historiadores, que deducen de ello la imposibilidad de suprimir sus cátedras.

Perdura así el debate y la inquietud continuará acompañándonos apaciblemente. Como sugiere (y quizá también quiere) este último oxímoron, la cantera permanece, por ello, provisionalmente abierta.

167 Véase lo dicho *supra*, pp. 62-63, y además E. Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*, pp. 847-848.

EN RESUMEN: UNA HISTORIA PARA DESPUÉS DEL CÓDIGO

Je ne me préoccupe point, répondit mon père, de courir après le vent pour en faire des provisions, car, si je le tiens immobile, le vent n'est plus.

A. de Saint-Exupéry, *Citadelle* (1939-1944), LXXIX.

1. *Introducción*

Pienso que sobre los historiadores del derecho, al menos sobre los que trabajan en una facultad de derecho –entre los cuales me incluyo–, gravitan ciertas amenazas. Cuando hablo de amenazas, aludo obviamente a todas esas situaciones en las que pensamos cuando hablamos de «crisis» de nuestra materia. Y que por desgracia caracterizan desde hace tiempo la parte de nuestra actividad que dedicamos a la enseñanza, es decir, a la formación de futuros juristas. Todos conocemos estas situaciones, las tememos y sufrimos, cada uno a su modo. Por eso no es necesario enumerarlas aquí: baste decir que documentan por desgracia la progresiva exclusión de toda dimensión temporal en los planes de estudio, lo que provoca inevitablemente la supresión de cátedras, seminarios e institutos, con inimaginables (y temibles) consecuencias incluso para la investigación.

Estando así las cosas, parece comprensible la reacción de los interesados. Es instintivamente *garantista*, es decir, dirigida a salvar lo salvable. E instintivamente también prefiere dejar para tiempos futuros, pero en realidad nunca concretados, toda discusión de fondo sobre el sentido de la orientación histórica en la enseñanza. Táctica quizá comprensible pero nunca realmente satisfactoria.

Cuando intentamos convencer a nuestros (por otro lado pocos, pero generalmente tenaces) interlocutores, lo hacemos incluso con estadísticas que elaboramos sirviéndonos de comparaciones históricas. En concreto, de los distintos reglamentos y planes de estudios que se han sucedido en el tiempo, revisamos el número de horas dedicadas a la enseñanza de una vaga «historia del derecho». De ese modo, conseguimos datos que relacionamos y en el previsible resultado de esta operación –tan elemental como problemática– leemos la dimensión (inevitablemente «catastrófica») del declive que tanto nos turba. De esta manera nos hartamos de números y de cifras, los sacamos de su «contexto», los liberamos de sus vínculos, los sometemos a un ejercicio digno de un malabarista, que podrán satisfacer a un contable, pero que en realidad humillan a un historiador. Y demostramos de tal manera la verdad de cuanto decía al comienzo, es decir, que las amenazas –al menos parcialmente¹– las fabricamos nosotros. Pero ¿por qué?

Porque quizá no hemos entendido bien todavía (o no queremos entender del todo) que incluso la expresión «historia del derecho» es vaga y polisémica, como tantas otras que afloran en nuestros razonamientos y que, sin precisar, propician equívocos y malentendidos. ¿Algunos ejemplos? «Derecho romano», «derecho natural», «derecho común», «costumbre»: quien habla sin precisar el significado concreto que poco a poco se le ha dado a estos términos² con frecuencia se refiere a cosas distintas con el mismo nombre³, se adentra así en un laberinto, del cual salen –si es que salen– sólo los más expertos o afortunados. Concretamente: incluso el significado preciso de «historia del derecho» entendida como materia del plan de estudios de los juristas depende del contexto discursivo. Por ejemplo, decir que en

1 Aunque aquí me dedico a razonar sobre conductas (y a veces sobre los excesos) imputables a los historiadores del derecho, no pienso que de tal modo se pueda explicar completamente el origen y desarrollo de la «crisis» de nuestra materia. Se trata la mía de una incursión *conscientemente parcial*, que no pretende explicar todo y menos aún impedir una evolución desagradable pero por desgracia posible. Como máximo lo espera.

2 Sean bienvenidos por ello los intentos de favorecer el rigor conceptual y terminológico enumerando por ejemplo los distintos significados de un mismo término. Resulta meritorio R. Orestano, *Introduzione*, pp. 9 y 455, para la expresión «derecho romano». Análogo ejercicio para la locución «derecho común» puede verse ahora en E. Cortese, «Immagini di diritto comune medievale: *Sempre aliud et idem*», en I. Birocchi/A. Mattone (eds.), *Il diritto patrio tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX). Atti del convegno internazionale Alghero 4-6 novembre 2004*, Roma 2006. pp. 3-16; análogamente, en lengua alemana, A. Daniel, *Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts*, Berlin 2003, pp. 37 ss. Y sobre la costumbre orientan ahora las páginas de R. Garré, *Consuetudo. Das Gewohnheitsrecht in der Rechtsquellen- und Methodenlehre des späten ius commune in Italien (16.-18. Jahrhundert)*, Frankfurt a.M. 2005, pp. 3 ss.

3 Son los casos, como se dice cada vez más frecuentemente, de «falsa homología».

Castilla, Toscana o Sajonia del siglo XVI la historia del derecho, entendida como incursión retrospectiva dirigida a recuperar y valorar (por no decir precisamente «reciclar») las experiencias del pasado, era elemento constitutivo de la educación jurídica, es una afirmación completamente distinta que sostener que lo es todavía hoy, al comienzo del tercer milenio, en España, Italia o Alemania. Aunque ambas afirmaciones correspondiesen a la realidad⁴, aunque en dos épocas tan distintas la historia fuese (o sea) concebida como irrenunciable por ser constitutiva, *ciertamente no lo es por los mismos motivos y del mismo modo*.

No se trata de un gran descubrimiento⁵, pero tampoco de algo obvio. Nos incita más bien a razonar sobre el *contexto* de las dos situaciones: sobre el social y el político, ciertamente, pero sobre todo sobre el *textual*, estrechamente ligado al sistema de fuentes. Porque a él reenvía inevitablemente todo discurso sobre las materias que forman el plan de estudios. Desde este punto de vista me parece lícito distinguir dos periodos:

– el *antiguo* conocía la primacía del derecho común y de la ciencia que, a partir del siglo XI, lo había elaborado pacientemente. Culminaba en la *interpretatio* sapiencial, a la que asignaba la tarea de poner en armonía las dispersas y concurrentes fuentes inherentes al sistema⁶;

– el *moderno* celebra por el contrario la primacía de la ley, en su forma codificada, que es aplicada y no interpretada –como se dice a veces, quizá simplificando demasiado y empobreciendo así el discurso–.

De la distinción resulta con clara evidencia un hecho fundamental: la *codificación* del derecho (entendida aquí como procedimiento) y su resultado, el código, aparecen –también en este específico asunto, como en otros tantos– como un punto de inflexión. Hay un antes y un después. Son dos vidas, dos regímenes, dos contextos, dos estructuras políticas y sociales⁷, y por eso, incluso necesariamente, dos distintos modos de enseñar y de estudiar el derecho. Lo que significa

4 Aunque toda lectora y todo lector saben perfectamente que las reservas relativas a la situación actual son más que obligadas.

5 Ya lo había comprendido con claridad meridiana Philipp Lotmar, en un memorable escrito de juventud sobre el que he razonado *supra*, pp. 166-167, 171.

6 A pesar de los años, son imprescindibles las páginas redactadas por C. Petit y J. Vallejo en *La categoria giuridica, passim*.

7 Se trata sin embargo de un hecho en el que no solemos pensar; así, los defensores del retorno al antiguo sistema de fuentes (de quienes deberé decir alguna cosa) o lo ignoran (pero casi no puedo creerlo) o lo olvidan. Sobre él habla, insistiendo con razón, A. Cavanna, «La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca», en A. De Maddalena, E. Rotelli, G. Barbarisi (eds.), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, vol. III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, pp. 611-657, especialmente pp. 620, 629, 631. Del mismo modo P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 24-25, 56 ss., 108-109, 138-139.

dos distintas razones de acudir a la historia y dos distintos modos de utilizarla para enseñar y estudiar adecuadamente.

En el *sistema de fuentes del derecho común* todo parece obvio y natural. La orientación histórica es determinante, es decir, literalmente *constitutiva*⁸. El sistema asigna a la historia, es decir, a un planteamiento intencionalmente retrospectivo, la tarea –preliminar, pero igualmente fundante– de establecer qué y cuál parte del derecho pasado está vigente y vivo todavía y por eso se aplica. Que es como decir: sólo el examen histórico permite identificar y circunscribir el derecho que hoy llamaríamos *positivo*. Esta máxima impregna el sistema, lo caracteriza, porque sirve para todas las fuentes, es decir, no sólo para las romanas (que son tendencialmente sapienciales) sino también para las otras, principalmente de origen consuetudinario⁹.

En el *actual sistema de fuentes* todo –incluso el papel de la historia– es menos evidente y nítido. El derecho positivo no se verifica por una investigación histórica, sino que se sanciona oficialmente por la autoridad política. Está dominado por la ley. Sostenida ésta por la sanción política, se enfrenta *de otra manera* con la historia. Si parece desautorizarla, no lo hace por una decisión previa, sino sólo como consecuencia de una opción constitucional. No es cierto que corte inevitablemente (*estructuralmente*) el hilo que hasta ahora la ligaba con el pasado. A su modo (es decir, menos visiblemente) lo reclama, quizá incluso lo revive. Y abre, de esta manera, un nudo de comunicación, en el cual todos todavía estamos atrapados, todos buscamos todavía una vía de salida. Nace precisamente así –como nos hemos habituado a llamarla– la *crisis* de la historia del derecho: de este comportamiento de la ley codificada con el pasado, tanto el remoto como el próximo. De este discreto *backward look*, ni prioritario (como hasta ahora), ni excluido, se evidencian dos hechos: que la época caracterizada por el dominio indiscutible del *método histórico* ha sido superada; que esto no prejuzga nada, y en absoluto sanciona una clausura drástica y definitiva. A nosotros nos ha tocado, una vez percibida la radicalidad del cambio¹⁰, elaborar, favorecer nuevas soluciones, entrar y ocupar un espacio que, a pesar de todo, la transición había liberado. Sin embargo nos hemos quedado cruzados de brazos, hemos esperado que fuese posible continuar como hasta ahora, predicando las mismas, cómodas certezas,

8 *Supra*, pp. 155 ss., 172.

9 He reflexionado sobre las consecuencias concretas de esta última afirmación en una breve intervención inédita de 2000, que aparecerá próximamente en el quinto volumen (2010) de las *Commentationes historiae iuris helveticae* con el título «Consuetudo: Eine Einführung».

10 Radicalidad que no permite realizar comparaciones demasiado formales con situaciones lejanas en el tiempo y que desaconseja elaborar estadísticas y deducir argumentos de peso.

repetiendo más o menos las mismas fórmulas e insistiendo quizá más que antes –aquí radicaba la única novedad– sobre la *incidencia cultural* del conocimiento histórico¹¹. Hoy, me parece, ya nadie nos cree. Finalmente se intentan nuevas estrategias. Las que conozco, y a las que aludo, son muy distintas entre sí, pero (por desgracia) tienen algo en común. Todas han fracasado¹². Es decir, ninguna ha conseguido bloquear la hemorragia de la materia, combatir eficazmente la marginación. Intentemos ahora, si es posible, comprender por qué.

2. Tres estrategias fracasadas

Estas nuevas estrategias tienen una matriz común, por eso las analizo en el mismo capítulo. Las tres nacen en respuesta al mismo interrogante. Que puede enunciarse así: *codificatur ut innovetur?* Es decir: ¿qué relación crea (o tolera) el código con el pasado jurídico? ¿Lo confirma o reniega de él? La pregunta es tan antigua como elemental. Nunca ha perdido actualidad, cada generación la descubre y la replantea, o para su desgracia la ignora. Si todavía nos enfrentamos a ella con tanto empeño¹³ es porque hemos percibido, poco a poco, su radicalidad. No es casual que debamos enfrentarnos a ella *también* cuando reflexionamos sobre cómo resolver la crisis de la historia jurídica.

a) *La estrategia anticuaria*. Quien vio en el código la voluntad de romper rotundamente todo vínculo con el pasado, una voluntad documentada incluso por el estatismo que manifiesta la ley, interpretó la transición –que fue larga, laboriosa y finalmente controvertida¹⁴– como la conclusión de un ciclo, el caracterizado por el valor instrumental de la historia. Libre ahora de la obligación de interpretarla desde la óptica del derecho positivo, *rechazado* en este sentido por el legislador, se dedicó (¿finalmente?) a investigaciones *puramente* históricas,

11 Resumen tales justificaciones *supra*, pp. 62-63.

12 Aunque no por los mismos motivos, lo que nos obliga a examinarlas separadamente.

13 Entre los que todavía niegan drásticamente el impacto innovador de los códigos cito, escogiendo entre muchos estos tres: H. Honsell, «Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik», en J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001*, Heidelberg 2003, pp. 245-258; R. Zimmermann, *Heutiges Recht, passim*; H. Kooiker, *Lex scripta abrogata, passim*. En la hipótesis contraria se inspira por el contrario el espléndido «Epilogo» de I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, pp. 539-575. De manera parecida han razonado recientemente, por ejemplo, I. Kroppenberg, *Amnesie und Autorität, passim*; P. Grossi, «Code civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica», *Quaderni fiorentini* 35 (2006), pp. 84-114.

14 He intentado reconstruir y comentar este *iter*, más bien largo y tormentoso, que abarca el problema de la enseñanza, como se debería deducir de este escrito, en *Saggi*, pp. 165-199.

es decir, como se decía habitualmente, *anticuarias*, retomando así un término ya usado por Savigny, que infundía un innegable escepticismo ante esta elección, comprendida en realidad como una desviación¹⁵.

Así reaccionaron en Alemania con la entrada en vigor del BGB, es decir, después de 1900, afamados romanistas como Ludwig Mitteis, Leopold Wenger o Paul Koschaker¹⁶. Sus investigaciones, sobre todo las encaminadas a descubrir los restos de la presencia romanista en las provincias orientales del Imperio, continúan siendo memorables en la historiografía jurídica. *Salvaron* la investigación científica, le garantizaron un futuro. Pero tocaban un ámbito especializado, lejano a las aulas académicas. Si parece por ello un pretexto responsabilizar a estos maestros de una crisis abierta en realidad por los códigos –como desgraciadamente se hace, sin matizar adecuadamente¹⁷– al menos se puede contestar que, moviéndose en un plano lejano de las cuestiones y de las expectativas de los *prácticos*, implícitamente condenaron sus investigaciones a la irrelevancia académica¹⁸.

b) *La estrategia minimalista*. Otros historiadores, quizá la mayoría, vivieron de manera menos traumática la transición. No negaron la realidad de la ruptura, pero tampoco vieron en el código una puerta herméticamente cerrada al pasado. Reivindicaron por ello para la historia, también dentro del nuevo sistema, un valor no solo decorativo o cultural, sino *también* práctico, y a su modo *operativo*: si ya no constitutiva, como sucedía en el sistema del derecho común, al menos auxiliar, o *subordinada*. Y se lanzaron a la investigación de casos concretos, en los que el código parecía dejar espacio a disgregaciones históricas. Los tradicionales inventarios de estas situaciones¹⁹ han sido ampliamente superados por una colección de estudios preparada recientemente en Alemania y publicada con un título más que convincente: «La utilidad práctica de la historia del derecho»²⁰. Las respuestas allí dadas a nuestras preguntas por conocidos autores pueden ser resumidas así: parece útil, hasta inevitable, acudir a una exploración histórica en *tres casos concretos*: en el ámbito de la interpretación histórica, para aclarar la voluntad hipotética del legislador; en el de la denominada reserva transitoria,

15 P. Caroni, *Il codice rinviato*, pp. 279-280.

16 Sobre ellos, últimamente, sin ocultar la admiración que todavía tiene por sus obras, R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 17-29.

17 Una nota crítica sobre esta orientación, que estimo unilateral, en *Saggi*, pp. 170 ss. y *supra*, pp. 167 ss.

18 Al menos sobre este detalle coincido con E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 527.

19 Reunidos por ejemplo *supra*, pp. 61 ss.

20 Se trata de la recopilación de escritos en honor de H. Hattenhauer, editada por el llorado colega J. Eckert y publicada en 2003, ya recordada *supra*, en la nota 13. La he reseñado detalladamente en un ensayo titulado: «Nutzlos, nützlich, notwendig. Welches Prädikat für das “problematische” Lehrfach?», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29 (2007), pp. 131-140.

de la que disfrutaban instituciones conocidas por el viejo derecho pero extrañas al codificado y por ello (sólo) provisionalmente toleradas; y finalmente, allí donde el derecho codificado renuncia a la unificación territorial y remite a ordenamientos locales, con frecuencia consuetudinarios.

Dan ganas de decir: no es gran cosa. Se trata más bien de casos raros y excepcionales, donde a la historia solo se le pide que facilite el conocimiento de una norma oculta que vegeta quizá fuera del ámbito legislativo pero que –todavía vigente– es aplicable. El problema es entonces el del saber si tal recurso esporádico a las luces del pasado basta para documentar la utilidad de la historia, justifica todavía su colocación entre las materias irrenunciables del plan de estudios jurídico. Hay quien duda²¹, y es difícil esta vez rechazar su juicio. Parece por eso lícito retener que los numerosos seguidores de esta *estrategia minimalista* se han resignado a obrar en la penumbra y casi justifican, de esa manera, la invasión penalizante de quien concibe la historia como una materia tendencialmente obsoleta.

c) *La estrategia maximalista*. Pero a muchos historiadores les disgusta esta resignación. No se contentan con ella, rechazan una presencia esporádica y casi humillante. Reivindican más bien que sea continua, sistemática, *estructural*. Sólo ésta puede aspirar a estar incluida, de entrada, entre las materias canónicas del plan de estudios jurídico.

¿Quiénes son estos historiadores? Son aquéllos a quienes, hace algunos años, –provocando quizás su disgusto– llamé neopandectistas²². Numerosos y eficientes, rechazan las discusiones teóricas porque las consideran banales; pero en contrapartida ocupan una cátedra tras otra. Así, sin acertar demasiado. La premisa de su estrategia, que llamaré *maximalista*, deja al menos atónito: niega radicalmente la autonomía de los códigos, rechaza su carga innovadora, los considera como una etapa más del largo e ininterrumpido curso del viejo sistema de fuentes. Llenos como están de materiales históricos y sobre todo de máximas romanistas, los códigos –según ellos– remiten al concepto de *ius proprium*, es decir, de aquel derecho que el viejo sistema exigía interpretar, corregir y completar *según el derecho común*. Esta certeza permite a los neopandectistas recuperar *en conjunto* la vieja y célebre tradición sapiencial, valorarla en toda su extensión, para después consignarla a una ciencia jurídica feliz de retomar, de ese modo, su papel de primera dama. Y comprensiblemente empuja también a reorganizar la enseñanza de

21 R. Zimmermann, «Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens», en J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, cit., pp. 601-627, en concreto p. 626. Comparte esta valoración G. Lingelbach, «Rechtsgeschichte als Immunschutz vor (allzu) Aktuellem», *ibíd.*, pp. 319-330, especialmente p. 329.

22 *Supra*, p. 90 *et passim*.

la historia de conformidad con estas opciones, sobre el modelo –pienso– de cuanto Savigny enseñaba a sus estudiantes berlineses. ¿Qué opinar sobre ello?²³

Hay que matizar. Sin duda, hay que subrayarlo, muchos trabajos de inspiración neopandectista merecen toda nuestra admiración por la vivacidad de las descripciones, por la construcción lógica de los argumentos, incluso por su elegancia formal. Ya lo he recordado otras veces²⁴, y hoy, pasados varios años, lo confirmo con gusto. Es mejor no detenerse en las exageraciones, contradicciones y deformaciones, en las que todos podemos incurrir²⁵. Dicho esto, debo afirmar –con la misma franqueza– que considero el fundamento de todo el razonamiento al menos temerario, y por eso inaceptable. Y esto, en mi opinión, condiciona sin remedio las perspectivas del programa didáctico que se nos reclama, por una serie de perplejidades y dudas que, con toda la buena voluntad, no alcanzo a eliminar. Intento resumirlas²⁶.

Para empezar: reconocer en los códigos sólo los elementos «históricos», que obviamente existen y que nadie rechaza; considerarlos como la prueba de la

23 Consideraciones críticas sobre este programa pueden verse, por ejemplo, en A. Mazzacane, «Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), pp. 97-111; L. Lacchè, «Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni», en *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2003, pp. 40-71; J. Rückert, «Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung», *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 122-144; W. Wiegand, «Back to the future?», *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), pp. 277-284; Ed. Picker, «Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte», *Archiv für die civilistische Praxis* 201 (2001), pp. 763-859, en concreto pp. 851-859; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 307-312; A. Somma, *Temi e problemi di diritto comparato. II. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino 2005, pp. 119 ss. No faltan críticas desde el frente romanista: véase por ejemplo A. Guarino, *Labeo. Rassegna di diritto romano* 44 (1998), pp. 253-255; Ídem, *Trucioli di bottega*, IX, Napoli 2003, pp. 28 ss., además de las ya recordadas intervenciones de Mario Bretone, sin olvidar una documentadísima reflexión *ante litteram* de R. Orestano, *Introduzione*, pp. 455-511.

24 *Supra*, pp. 90-91.

25 A pesar de todo tienen el mérito de hacernos sonreír: así la interminable secuencia de renacimientos y recepciones del derecho romano (que recuerdan a su modo al obstinado e incorregible ánade goethiano, sobre el cual ha razonado recientemente S.A. Fusco, «Continuità e discontinuità nell'esperienza giuridica romana», *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 1 [1999], pp. 29-49), como también la simpática (pero quizá prematura) colocación de un brillante autor, como verdaderamente es Reinhard Zimmermann, en el elenco de los *padres* del derecho civil. Véase en este sentido S. Mittelsten Scheid, «Reinhard Zimmermann und das römisch-kanonische Recht als Grundlage einer europäischen Zivilrechtsordnung», en Th. Hoeren (ed.), *Zivilrechtliche Entdecker*, München 2001, pp. 411-442 (incluso existieron romanistas que alimentaron dudas, véase C. Cascione, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 30 [2002], p. 477). Las contradicciones, al menos las heredadas de Savigny, las admite con honradez incluso R. Zimmermann, *Heutiges Recht*, pp. 10-14.

26 He resumido los puntos fundamentales del diseño neopandectístico y he catalogado los motivos *supra*, pp. 89-112.

pertenencia del código al área del derecho común. Todo esto me parece siempre y todavía una deformación gratuita e inútil, una visión paralizante «por hipertrofia de la memoria»²⁷ que además niega la evidencia, oscurece la incontestable novedad que aparece tras el código para quien no sólo mira, sino que también quiere ver.

En segundo lugar: me resulta muy difícil compartir el culto a la continuidad al que se inclina el neopandectismo. Sobre todo si la continuidad se queda (como sucede en muchos casos) únicamente en *correspondencias*. Y me molesta la consiguiente concepción de la historia jurídica como *comparación vertical*²⁸. Porque el pasado me resulta más bien tierra extranjera²⁹. Por este motivo –pido excusas– incluso cuando los historiadores del derecho se dan por satisfechos «con extraer consecuencias»³⁰, tomo distancia.

Por no entrar, *en tercer lugar*, en el hecho de que la sistemática referencia al pasado y sobre todo su *indiscriminada* valoración para colmar las lagunas del presente pueden incluso desagradar ya que denotan grave insensibilidad histórica³¹ y desvelan generalmente sin piedad el carácter originario de la historiografía jurídica, el de haber nacido «al servicio de la legitimación del derecho oficial»³².

27 «Par une hypertrophie de la mémoire»: así se expresa J. Carbonnier, «Le Code civil», en P. Nora (ed.), *Les lieux de mémoire*, II, La nation, Paris 1986, pp. 293-315, la cita está en la p. 313, nota 6.

28 La practican con desenvoltura algunos autores en la recopilación editada por J. Eckert, *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, pp. 124, 157, 158, etc.

29 Se trata de una metáfora tan fascinante como polisémica. Lógicamente conviene tanto a mí en este específico contexto (explico los motivos *supra*, pp. 51-52, 190) como a otros muchos autores. Cada uno hace confluír sus propias elecciones, respectivamente ve la respuesta más o menos convincente a las propias preguntas. Así, seduce no sólo al historiador, como parece previsible y quizás también deseable (G. Chittolini, *Un paese lontano, passim* y especialmente pp. 331-333), sino también al romanista (A. Guarino, «Il passato è un paese straniero», en A. Garzya/F. Tessitore [eds.], *I Venerdì delle Accademie Napoletane nell'Anno accademico 2003-2004*, Napoli 2005, pp. 73 ss.) y finalmente al literato (G. Carofiglio, *Il passato è una terra straniera*, Milano 2004, especialmente pp. 60, 226).

30 «Tireurs de conséquences»: E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de droit naturel appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris 1830, I, § 114, p. 137.

31 Quien considera el pasado una *mina* de la que se extrae a conveniencia, y sin demasiados escrúpulos, todo cuando se estima útil para el presente (como hace por ejemplo E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, pp. 516, 526, 533, por otro lado emblemáticamente orgulloso de este «encuentro» con la tradición), no hace ciertamente obra de historiador. Lo han recordado, entre otros: M. Bretone, *Diritto e tempo*, pp. 235-251; J. Rückert, «Norm und Tradition. Ein Schlussbericht und einige Fragen», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, pp. 21-32, especialmente 24-25.

32 Así M. Sbriccoli en su intervención en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*, pp. 117-133, la cita en p. 128. Otra prueba de lo discutible de la elección. Los ojos del neopandectista se fijan instintivamente en aquellas reglas del pasado que sirven «zur historischen

Todo sería *finalmente* excusable y quizá incluso enmendable, si estas bellas teorías no oscurecieran –como lo hacen– una verdad incontestable. Hela aquí: que frente a todas las continuidades de este mundo, el silencioso transcurrir del tiempo de por sí cambia (también) el derecho, incluyendo el vigente. El tiempo deja poso cuando «transcurre» (y con mayor razón cuando «vuela» o «apremia»). Y lo hace sin llamar previamente a la puerta del legislador, es decir sin pedirle permiso. «Transcurre» y cambia. No explicarlo a nuestros estudiantes, ocultarlo invocando continuidades imaginarias y consoladoras, describiéndoles el pasado como una ininterrumpida secuencia de renacimientos, esto en mi opinión destruye la credibilidad pedagógica del programa. Es imperdonable y condena sin más esta tercera estrategia.

Resumiendo: ninguna de las estrategias evocadas convence, por eso las he denominado fracasadas. Si las dos primeras no justifican una enseñanza orgánica de la materia, la última lo haría únicamente como hemos visto construyendo sobre la arena. Mejor dejarla pasar.

Y entonces, ¿qué hacer? ¿Resignarnos? ¿O por el contrario, ensayar, recorrer (si existen) otros caminos, descubrir nuevas estrategias? Quien esté dispuesto a responder afirmativamente a estas preguntas, debe darse prisa. Porque el tiempo (lo decía) apremia. Cuanto más nos alejamos de la entrada en vigor del nuevo sistema de fuentes que ha conferido al Estado en exclusividad la tarea de concretar el ámbito y las fuentes del derecho positivo, menos se toleran estrategias que –como hemos visto– ofrecen un flanco a las críticas (por otro lado justificadas). Urgen nuevas propuestas, capaces de resistir a la presión de las materias básicas. Pero ¿cuáles?

3. Una estrategia distinta

Para la óptica garantista, dirigida a la conservación de las estructuras actuales³³, lo que intento proponer por desgracia resulta poco recomendable. Es mejor decirlo enseguida, para evitar equívocos. Me guía el deseo de incidir sobre la formación de los juristas, de liberarla de cualquier condicionamiento incómodo e injustificado, de hacerla más ágil y más atenta a las grandes fuerzas externas a

Einordnung und Abstützung des von ihm anzuwendenden heutigen Rechts» [para clasificar históricamente y legitimar el derecho actual que ellos emplean] (como augura explícitamente E. Bucher, *Rechtsüberlieferung*, p. 527). Otros aspectos sobre este combatido argumento *supra*, p. 173.

33 Y que lo hace, hay que añadir, por motivos que merecen todo nuestro respeto, aunque no los compartimos.

la construcción dogmática. Con la esperanza de que en un futuro no demasiado lejano se aprecie al fin la contribución que a todo esto puede proporcionar la *docencia*.

Por eso era inevitable que, antes o después, esta elección mía chocase con la situación actual, sobre todo con la tradicional división de tareas entre historiadores: los romanistas por una parte, que se ocupan de la historia del derecho común, y los cultivadores de la historia jurídica nacional por otra, que elaboran la del relativo *ius proprium* (español, alemán, italiano, etc.). Una división que se refleja en un número considerable (y por muchos considerado exagerado) de cátedras, de personal, de grupos de investigación, etc. Mis propuestas tienden a *ignorar* el deseo de conservar a toda costa un orden tácitamente transmitido de generación en generación, pero nunca puesto en discusión en serio. Obedecen a otra lógica, se refieren exclusivamente a la enseñanza. Si las asumimos, las horas del «dualismo» estarían contadas. Por lo demás –aunque no lo pensemos– ya la evolución legislativa lo desaprueba y lo condena. El derecho, *al codificarse*, ha terminado implícitamente con la contraposición histórica entre *ius proprium* y *ius commune*. ¿Por qué ignorarlo, como aún se hace? ¿Por qué no escribir finalmente la historia de esta etapa, como se ha propuesto tan frecuentemente como en vano³⁴?

De nuevo nuestro itinerario se cruza con el de la codificación. No es casual. Significa, si acierto en el análisis, que toda nueva propuesta docente tiene que enfrentarse con el concepto de código, apurar la estructura y las opciones de fondo, el impacto social, la carga innovadora. Sólo teniendo en cuenta todo esto –las respuestas que poco a poco sabremos dar a todos estos interrogantes– podremos avanzar propuestas válidas³⁵. Por mi parte me conformo con fijar algunos puntos esenciales³⁶.

34 P. Caroni, *Saggi*, pp. 191-199 y *supra*, pp. 76-77, 99, 111-112, 171-172. Recientemente, en sentido análogo, L. Pahlow, «Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft. Zur Einführung», en L. Pahlow (ed.), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Paderborn-München-Wien-Zürich 2005, pp. 9-24, especialmente 10-11; M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*, p. 46. Si después los romanistas, que *de todas maneras* no renuncian a la tesis de la continuidad del modelo romanista (así por ejemplo Th. Mayer-Maly, «Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 [1994], pp. 47-59, en concreto p. 58), formulan la propuesta de terminar finalmente con este dualismo, la cosa parece ligeramente contradictoria (y, comprensiblemente, carece de seguidores).

35 He intentado comprender en qué dirección hay que mirar para entrever *el* concepto de código –que utilizo actualmente para formular mis propuestas– *supra*, pp. 180 ss.

36 Retomando P. Caroni, *Saggi*, pp. 187 ss., 197-199.

a) *Todo el derecho, incluido el positivo, es siempre «histórico»*. Quien lo afirma sabe que el derecho no puede percibirse en sí mismo, en estado puro y absoluto, sino siempre y necesariamente en su dimensión temporal. El tiempo no es su contexto, es más bien algo connatural. En el tiempo se expresa, al tiempo está sometido, por el tiempo viene caracterizado, al tiempo viene confiado, al tiempo debemos referirnos para comprenderlo, debemos finalmente tener el tiempo en cuenta cuando intentamos concretar su mensaje. A todo esto se alude cuando se afirma que el derecho es por naturaleza «histórico». No en la acepción corriente de este predicado, es decir, porque sea remoto en el tiempo, quizá irremediabilmente obsoleto y, por ello, abandonado. Ni menos aún porque sea algo único, irrepetible o excepcional, como cuando se afirma que la llegada a la Luna fue un evento histórico. «Histórico», por el contrario, porque la temporalidad le es inherente, porque a través de ella se expresa³⁷.

Entonces, ¿cómo no concluir que la historicidad del derecho, *in primis* la del derecho positivo, *debe* ser enseñada precisamente a quien se prepara para gestionarlo profesionalmente? Aunque hacerlo no es prerrogativa exclusiva del historiador, a él le toca hacerse cargo especialmente de ello, máxime en ausencia de concretas colaboraciones (posibles e incluso deseables, pero por desgracia escasas) de los colegas que se ocupan exclusivamente del derecho vigente.

b) *Los dos significados de la historicidad del derecho positivo*. «Historicidad» es un término ambiguo. Sirve para caracterizar situaciones difícilmente compatibles³⁸. Como voy a utilizarlo, debo precisarlo. Para mí, historicidad es *inherente a temporalidad*. Referida al derecho –que es nuestro caso– tiene un doble valor. En primer lugar la concibo como

– *historicidad vertical* (es decir, diacrónica), ligada al hecho de que todo el derecho vigente viene confirmado por un pasado, por un *ayer* próximo o remoto. Es siempre un mensaje que llega del más allá, que envuelve y transforma a todos los destinatarios, haciendo de todos «hombres del pasado»³⁹. Este derecho positivo conlleva en sí el paso del tiempo, siempre está «actualizándose». Resulta

37 Algunos detalles sobre ello *supra*, pp. 72 ss., 118 ss., 123-124, 186.

38 Quien, por ejemplo, la utiliza para dibujar la continuidad romanística presumiblemente presente en las reglas de los códigos (a lo que tiende por ejemplo el razonamiento de H. Honsell, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, pp. 247, 249, donde se repiten textualmente locuciones aparecidas en un ensayo de 1986-1987, véase D. Simon [ed.], *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages von 1986 in Frankfurt a.M.*, Frankfurt a.M. 1987, pp. 299-310), disiente necesariamente del significado que estas páginas dan al término «historicidad».

39 Así llama G. Husserl, *Derecho y tiempo*, pp. 53-54 (en la versión alemana *Recht und Zeit*, pp. 58 ss.) a los jueces, «administradores» de los correspondientes mensajes. Pero nada impide extender el apelativo a todos los destinatarios de las reglas jurídicas.

ingenuo e imperdonable suponer que se nos confía como fue promulgado. Lo contrario es cierto (y obvio): el paso del tiempo –ya lo hemos visto– lo modifica. Puede suceder que, cuando nos alcance, sea irreconocible, como sucede con un mensaje cifrado. Para descifrarlo debo razonar sobre su itinerario, sobre lo que le ha ocurrido durante su vigencia. Es decir: debo explorar el pasado. Al menos el que lo envuelve. A este primer aspecto se añade otro, más centrado en la

– *historicidad horizontal* (es decir, sincrónica), o sea, en el contexto social, político, económico, cultural, al cual el derecho se refiere y del cual extrae su valor específico. Podría incluso decir: la historicidad horizontal incita a tomar en serio el *carácter social* del derecho⁴⁰, muestra por ello que sería ilusorio querer determinar el significado concreto (es decir, actual) sin referirse a la red de esos valores a los que está constantemente sometido. Si después el mensaje, sobre cuya interpretación se discute, queda encerrado en una codificación *burguesa*, esta enseñanza se convierte en mandato. Para convencerse basta con reflexionar sobre todo lo que el legislador burgués aspiraba a alcanzar con la codificación del derecho. Frente al sofocante espacio de derechos-deberes del viejo derecho privado, intentó crear un espacio sustancialmente libre, donde las voluntades autónomas de los sujetos jurídicos actuaban prestando o no su consentimiento en la búsqueda de logros «compartidos» por todos los contendientes. Para lograrlo bastaba con atenerse a las pocas cosas realmente comunes a todos los destinatarios del mensaje codificador. Bastaba con separarlas preliminarmente de todos los aspectos (innumerables) no comunes que marcaban las diferencias. Solo estructurándose así el código podía, de verdad, dirigirse uniformemente a la «nación». Esto explica cómo la igualdad formal –el único aspecto imputable a todos por igual– se convirtió en el eje de un código obviamente «igualitario». De una ley que, contrariamente a cuanto hacía el viejo derecho privado, ya no contemplaba, sino que se deshacía ahora de todo «el resto», es decir, de todas las situaciones que reflejaban la desigualdad entre los sujetos jurídicos. ¿Cómo? Elegantemente, casi imperceptiblemente, es decir, prescindiendo, haciendo simples abstracciones. Si los códigos burgueses se conforman con poco –como se dice con frecuencia– es precisamente porque son el fruto consciente de la *abstracción*. Quien pretenda valorarlos, destacar uno de los tantos mensajes que lanzan, hará bien en recordarlo. Es decir, en recuperar y tener en cuenta todo cuanto se ocultó, pudiendo apurar sólo así el valor iuspolítico de la regla que el código proclama. Más explícitamente: *la igualdad formal*, en torno a la cual se desarrolla toda la trama de los códigos, desvela su carga sólo si se vincula a la *desigualdad material*,

40 Aquí obviamente en el sentido de *ubi societas, ibi ius*, que he especificado supra, pp. 95, 123 ss.

cuidadosamente escondida entre los conceptos de la economía. Quien critica los códigos burgueses por propiciar la explotación de las contrapartes «desiguales», puede hacerlo sólo porque «ve» este vínculo y lo que discretamente esconde⁴¹. El mensaje aportado por la historicidad horizontal podría resumirse de esta manera: si es verdad que el derecho está indisolublemente ligado a la sociedad en la que opera por vocación natural entonces resulta inevitable saber *cómo*: *cómo* (en qué condiciones) surge de ella, para desembocar en el código; y *cómo* (en qué condiciones) regresa a ella, para disciplinarla.

c) *Recuperar para valorar*. Enseñar que incluso el derecho positivo es histórico tiene un significado específico. Lo sitúa ante la realidad, orienta preliminarmente sobre el estado de la norma jurídica cuando llega al destinatario⁴². Muestra que más allá de la engañosa (por impotente) apariencia, esta norma –considerada en sí misma, simplificada por la abstracción, modificada por el tiempo al que está sometida– es en realidad fragmentaria e incomprensible. Espera por ello que el destinatario reconozca su situación y la trate en consecuencia: que recupere su territorio y la sitúe en su contexto. Para llegar a ello resulta útil la hermenéutica de la sospecha⁴³, que no se contenta con las palabras sino que va *más allá*. Análogamente son útiles los destinatarios hambrientos del «resto», decididos por ello, primero, a perseguirlo y, después, a tenerlo en cuenta.

Pero, ¿cómo conseguirlo? No es difícil. Basta comprender –la tarea histórica lo facilita– que la regla jurídica, también la propuesta por el derecho vigente, *remite* implícitamente a una multitud de factores externos, *depende* de ellos, exigen que sean considerados adecuadamente. Interpretar desde esta óptica es una operación de recuperación y reagrupación. De entrada se refiere a la norma, pero para alejarse enseguida de ella. No teme la digresión, consulta encantada el contexto, explora meticulosamente los alrededores y otros parajes. Quien comparte estas certezas se apresura a razonar sobre la elaboración de las reglas jurídicas, sobre lo que en alemán se denomina *Entstehungsgeschichte*. No rechaza su legitimidad ni la dignidad científica, pero la estima fundamentalmente estéril. En el código verá más bien, como he recordado varias veces, una «ossature sans chair» [osamenta sin carne]⁴⁴ que cada generación enriquece según los deseos expresa-

41 Sobre estos grandes temas, sólo enunciados en esta página, véase P. Caroni, *Saggi*, pp. 21-37, 141-154.

42 Puede ser el juez que interpreta con vistas a su aplicación, el abogado que aconseja o patrocina, pero en el fondo también el *bonus pater familias*, a quien la ley interpela directamente.

43 Véase la «Advertencia» a las *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, p. 14. Sobre el punto interesa también la aportación de M. Ferraris en *L'ermeneutica*, Roma-Bari 1998, p. 22.

44 Así, J.-F. Laé, *L'ogre di jugement. Les mots de la jurisprudence*, Paris 2001, p. 215.

dos poco a poco por los grupos sociales dominantes sin excesivos escrúpulos e, incluso, sin demasiadas consideraciones por las aspiraciones del legislador⁴⁵. La historia del derecho, desde este punto de vista, no es ya la que se cierra con la sanción de la ley, *sino la que comienza precisamente entonces*⁴⁶. Es ciertamente más imprevisible y transgresora que la otra. También menos edificante. Y además no consuela a ninguno. Pero (al menos) no miente, quizá por ello tenga sus seguidores. Piden, cortésmente, mayor espacio en la enseñanza. Tienen toda la razón. Pienso que debemos ayudarles. En su ayuda escribo estas líneas.

d) *Privilegiar el pasado próximo*. Quien me ha seguido hasta aquí, con agrado o sin él, no se sorprenderá si ya concretando, como he hecho, la historicidad del derecho positivo, privilegio implícitamente el pasado *próximo* (frente al remoto), el que confluye inmediatamente en el presente. La historia jurídica moderna viene revaluada, la de épocas más lejanas tendencialmente abandonada. Esta descompensación sería intolerable si enseñásemos en una facultad de historia, filosofía o magisterio. Donde *cada* época reivindica la atención que merece y las preferencias –impuestas por la concreta finalidad de la enseñanza– van quizá en otra dirección. Pero en el ámbito de las facultades de derecho pienso que se trata de algo inevitable. No se trata de ceder ante una moda o una tendencia causada por la «desaparición» del latín –como se ha observado maliciosamente–. Se refiere más bien a una evidencia: muestra que el horizonte de los destinatarios de nuestra enseñanza está y permanece en el derecho positivo, es decir, en el vigente. La *historicidad* de este derecho es el mensaje que debemos transmitir.

A quien objetase que sólo el estudio de un derecho remoto en el tiempo y en el espacio permite percibir la diversidad de la historia, ofreciendo el retroceso que sostiene la crítica⁴⁷, le respondería que se equivoca completamente. No es

45 Como bien saben los sociólogos del derecho. Véase, por ejemplo, E. Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin 1986, pp. 97; H. Lévy-Bruhl, *La méthode sociologique*, pp. 121-133.

46 Es la denominada *Wirkungsgeschichte*, sobre su importancia me he detenido en *La historia de la codificación y la historia del código*, *passim*.

47 Quien defiende la historia, poniendo en evidencia la función crítica, pero lo hace vagamente, es decir, sin precisar *premisas, métodos y objetivos*, camina en el vacío. Y a fin de cuentas le presta un mal servicio. Entre la «conciencia crítica» que evoca M. Talamanca (cito aquí por F. Mercogliano, «Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 33 (2005), pp. 83-104, en concreto p. 85), la aludida por C. Schott («Juristenausbildung und Rechtsgeschichte. Gedanken zu Studienreformen», *Neue Zürcher Zeitung* 12 febrero 1992) o, finalmente, la referida por M. Stolleis («Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pp. 200-202) existen diferencias abismales. Sin olvidar el hecho de que, se conciba como se conciba, esta función crítica no parece gozar de demasiadas simpatías entre los colegas dedicados al derecho positivo.

necesario razonar sobre cosas ocurridas hace mil, dos mil años atrás, para registrar afinidades y diferencias, y extraer las consecuencias del caso. Quien examina el pasado, atento a señalar el reflejo de la historicidad, no tiene necesidad de semejantes acrobacias, se las deja encantado a los artistas. Sabe que con la comparación con el pasado reciente basta para comprender cómo el tiempo modifica, desde dentro y silenciosamente, el derecho.

e) *En resumen: una estrategia inevitable, maximalista, realista.* A los caminos recorridos hasta ahora, que —espero no equivocarme— estimo inapropiados (y en este sentido fracasados) contrapongo la alternativa que me parece:

– *inevitable*, ya que reconsidera un aspecto no facultativo, contingente o decorativo, sino más bien *estructural* del derecho. Si la temporalidad es inherente al derecho, ignorarla o negarla resulta catastrófico y, en el contexto docente, imperdonable. Por el mismo motivo la alternativa resulta quizá;

– *maximalista*. Ofrece en efecto un criterio de lectura, al que debe recurrir no sólo esporádicamente, sino *siempre* quien, ocupándose del derecho, aspire a «interpretarlo» correctamente. Recuerda así metafóricamente a los lentes, sin los cuales el horizonte parece, *siempre*, un cristal esmerilado. Si a esta alternativa mía la denomino maximalista, lo hago en un sentido distinto al usado anteriormente⁴⁸. No niega la evidencia para salvar la continuidad. Aporta más bien un matiz;

– *realista*, porque después de haber reconocido sin reservas el carácter innovador del código ocupa con valentía el espacio destinado a la historia⁴⁹. *Sin* rechazar la actualidad (como hacen los anticuarios) ni contentándose con esporádicas suplencias (como los «minimalistas»). Más bien registrando sistemáticamente en el pasado: aunque *no* a la búsqueda de pruebas, raíces, causas, antecedentes, prefiguraciones o signos precursores —éstas son las exclusivas, además de llamativas e «interesadas» aspiraciones de los seguidores de la continuidad, que he denominado neopandectistas—. Sino ansiosa de encontrar motivos y estímulos para ilustrar las rupturas, evidenciar contrastes, colmar los silencios y justificar las reticencias; en una palabra: para explicar las derrotas e historificar de esa manera los acontecimientos que siembran el *iter* seguido por el derecho actual.

48 Véase *supra*, pp. 205 ss.

49 Esta afirmación se refiere a una opinión citada frecuentemente, según la cual los códigos modernos, rompiendo toda relación operativa con el pasado, lo abandonaron (más o menos conscientemente) a una historiografía autónoma, como en verdad fue la de los anticuarios. Así fue normalmente entendida por muchos autores —incluso disidentes— que cito en *Saggi*, pp. 166-167 y *supra*, pp. 160-162, 169-170. Nada impide de todas maneras interpretarla de otro modo, por ejemplo como una invitación a *explotar la oportunidad de otra manera, tan operativa (aunque diversamente)* como la suprimida por los códigos. Es lo que sugiero *supra*, pp. 103, 185 ss., 202-203, y lo que he intentado hacer en estas páginas finales.

NOTA DE EDICIÓN

Los títulos y los lugares de publicación originaria de estos ensayos son los siguientes:

1. *Die andere Evidenz der Rechtsgeschichte*, versión ampliada de una lección pública pronunciada en la Universidad de Berna en abril de 1992, publicada por primera vez en G. Arzt/P. Caroni/W. Kälin (eds.), *Juristenausbildung als Denkmalpflege?* Berner Ringvorlesung 1992 aus Anlass der Reform des juristischen Studiums, Verlag Paul Haupt, Bern/Stuttgart/Wien 1994, pp. 27-56, reeditada en P. C., *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Verlag Helbing & Lichtenhahn, Basel/Genf/München 2005, pp. 43-71;

2. *Der Schiffbruch der Geschichtlichkeit. Anmerkungen zum Neo-Pandektismus*, publicado originalmente en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), pp. 85-100, apareció después en P.C., *Einsamkeit*, pp. 43-71;

3. *Blicke über den Gartenzaun. Von der Beziehung der Rechtsgeschichte zu ihren historischen Nachbarwissenschaften*, versión ampliada de una lección sobre *Rechtsgeschichte und Geschichtswissenschaft* pronunciada en la Universidad de Bayreuth el 17 de enero de 2003 (texto de la lección publicado en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 27 [2005], pp. 287-295), apareció primero en L. Pahlow (ed.), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Ferdinand Schöningh Verlag, Paderborn/München/Wien/Zürich 2005, pp. 27-55, después se publicó en P.C., *Einsamkeit*, pp. 73-115;

4. *Einer langen Reise Rückschau*, versión completamente reelaborada de la lección de despedida pronunciada en la Universidad de Berna el 26 de junio de 2003 (el texto de esta lección publicado en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 26 [2004], pp. 1-8), apareció originalmente en P.C., *Einsamkeit*, pp. 117-174;

5. *Una «historia» para después del Código*, texto reelaborado de una intervención en un *Seminario Internacional* organizado en junio de 2006 en Madrid por el

Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la Universidad (Universidad Carlos III de Madrid), dedicado a *El papel de la historia en la formación del jurista europeo*. La versión castellana (del Prof. Manuel Martínez Neira) se encuentra en *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija* 9 (2006), pp. 297-318; la original, italiana, en *Scritti in onore di Vincenzo Spagnuolo Vigorita*, Editoriale Scientifica, Napoli 2007, I, pp. 195-214.

BIBLIOGRAFÍA

AA.VV., *Il diritto romano*

AA. VV., *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*. Convegno organizzato dalla Facoltà di giurisprudenza della II Università di Roma, Milano 1989.

Alpa, *La cultura delle regole*

G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma/Bari 2000.

Ascheri, *Dal diritto comune alla codificazione*

M. Ascheri, «Dal diritto comune alla codificazione: tra storia e storiografia», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya. Ius proprium–Ius commune a Europa*. Actes del III Simposi Internacional, Barcelona 5-7 de novembre 1992, Barcelona 1993, pp. 71-83.

Bäumlin, *Staat, Recht und Geschichte*

R. Bäumlin, *Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung*, Zürich 1961.

Beck, *Itinera iuris*

A. Beck, *Itinera iuris. Arbeiten zum römischen Recht und seinem Fortleben*. Festschrift zum 80. Geburtstag des Verfassers am 5. August 1980, Bern 1980.

Berlinguer, *Considerazioni su storiografia e diritto*

L. Berlinguer, «Considerazioni su storiografia e diritto», *Studi storici* 15 (1974), pp. 3-56.

Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*

I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002.

Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*

J.C. Bluntschli, *Deutsches Privatrecht*, 2^a ed., München 1860.

Böckenförde, *Die historische Rechtsschule*

E.-W. Böckenförde, «Die historische Rechtsschule und das Problem der Geschichtlichkeit des Rechts», en *Collegium philosophicum*. Studien Joachim Ritter zum 60. Geburtstag, Basel/Stuttgart 1965, pp. 9-36.

- Brauneder, *Europäisches Privatrecht*
 W. Brauneder, «Europäisches Privatrecht—aber was ist es?», *ZNR* 15 (1993), pp. 225-235.
- Bretone, *Diritto e tempo*
 M. Bretone, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, nueva edición, Roma/Bari 2004.
- Brunner, *Der Historiker*
 O. Brunner, «Der Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht», *Historische Zeitschrift* 209 (1969), pp. 1-16.
- Bucher, *Rechtsüberlieferung*
 E. Bucher, «Rechtsüberlieferung und heutiges Recht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 8 (2000), pp. 394-543.
- Calasso, *Storicità del diritto*
 F. Calasso, *Storicità del diritto*, Milano 1966.
- Calasso, *Introduzione al diritto comune*
 F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.
- Caroni, «*Privatrecht*»
 P. Caroni, «*Privatrecht*»: *Eine sozialhistorische Einführung*, 2ª ed., Basel/Frankfurt a.M. 1999.
- Caroni, *Consuetudo: Eine Einführung*
 P. Caroni, «*Consuetudo: Eine Einführung*», *Commentationes historiae iuris helveticae* 5 (2010), en prensa.
- Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch*
 P. Caroni, *Gesetz und Gesetzbuch. Beiträge zu einer Kodifikationsgeschichte*, Basel/Genf/München 2003.
- Caroni, *Il codice rinviato*
 P. Caroni, «Il codice rinviato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico», en P. Cappellini/B. Sordi (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, pp. 263-307.
- Caroni, *Il mito svelato*
 P. Caroni, «Il mito svelato: Eugen Huber», *ZSR NS* 110 (1991), I, pp. 381-419.
- Caroni, *La storia della codificazione e quella del codice*
 P. Caroni, «La storia della codificazione e quella del codice», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), pp. 55-81.

- Caroni, *Per una storia finalmente sociale del codice*
 P. Caroni, «Per una storia finalmente sociale del codice», en *Tavolarotonda I. Conversazioni di storia delle istituzioni politiche e giuridiche dell'Europa mediterranea*, edición de A. Romano, Milano 2004, pp. 25-49.
- Caroni, *Rechtseinheit*
 P. Caroni, *Rechtseinheit. Drei historische Studien zu Art. 64 BV*, Basel/Frankfurt a.M. 1986.
- Caroni, *Saggi*
 P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998.
- Caroni, *Statutum et silentium*
 P. Caroni, «Statutum et silentium. Viaggio nell'entourage silenzioso del diritto statutario», *Archivio storico ticinese* 32 (1995), pp. 129-160.
- Caroni/Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*
 P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione. Quale storicità per la storia giuridica?*, Köln/Weimar/Wien 1998.
- Cassese, *Il mondo nuovo del diritto*
 S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Bologna 2008.
- Cavanna, *Storia dell'Europa e diritto*
 A. Cavanna, «Storia dell'Europa e diritto», en *Europa di ieri e di domani. Atti dell'Istituto lombardo di Scienze e lettere*, Anno 1990, Milano 1991, pp. 25-47 (ahora en A.C., *Scritti [1968-2002]*, Napoli 2007, II, pp. 689-710).
- Chittolini, *Paese lontano*
 G. Chittolini, «Un paese lontano», *Società e storia* 26 (2003), pp. 331-354.
- Dilcher, *Beitrag*
 G. Dilcher, «Vom Beitrag der Rechtsgeschichte zu einer zeitgemässen Zivilrechtswissenschaft», *Archiv für die civilistische Praxis* 184 (1984), pp. 247-288.
- Dilcher, *Zur Rolle der Rechtsgeschichte*
 G. Dilcher, «Zur Rolle der Rechtsgeschichte in einer Sozialgeschichte des 20. Jahrhunderts», *ZNR* 21 (1999), pp. 389-407.
- Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*
 J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*. Hans Hattenhauer zum 8. September 2001, Heidelberg 2003.
- Garnot (ed.), *L'infrajudiciaire*
 B. Garnot (ed.), *L'infrajudiciaire du Moyen Age à l'époque contemporaine*. Actes du colloque de Dijon 5-6 octobre 1995, Dijon 1996.

- Garré, *Non di solo diritto*
 R. Garré, «Non di solo diritto. Spunti di riflessione, ad uso della storia giuridica, sul rapporto fra diritto e altri ordinamenti normativi», *Forum Historiae Iuris*, 14 de febrero de 2003.
- Giario, *Europäische Privatrechtsgeschichte*
 T. Giario, «Europäische Privatrechtsgeschichte: Werkzeug der Rechtsvereinheitlichung und Produkt der Kategorienvermischung», *Ius Commune. Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte* 21 (1994), pp. 1-43.
- Gierke, *Die historische Rechtsschule*
 O. Gierke, *Die historische Rechtsschule und die Germanisten*, Berlin 1903.
- Grimm, *Recht und Staat*
 D. Grimm, *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1987.
- Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto*
 P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*. Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, Milano 1993.
- Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*
 P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica. Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*. Atti dell'incontro di studio Firenze 26-27 aprile 1985, Milano 1986.
- Grossi, *Assolutismo giuridico*
 P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.
- Grossi, *Unità giuridica europea*
 P. Grossi, «Unità giuridica europea: Un Medioevo prossimo futuro?», *Quaderni fiorentini* 31 (2002), pp. 39-57.
- Hespanha, *Introduzione*
 A.M. Hespanha, *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna 1999.
- Hespanha, *Une «Nouvelle histoire» du droit?*
 A.M. Hespanha, «Une “Nouvelle histoire” du droit?», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 315-340.
- Husserl, *Diritto e tempo*
 G. Husserl, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Milano 1998.
- Husserl, *Recht und Zeit*
 G. Husserl, *Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1955.

Klippel, *Juristische Zeitgeschichte*

D. Klippel, «Juristische Zeitgeschichte. Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft», *Giessener Rechtswissenschaftliche Abhandlungen*, Band 4, Giessen 1985.

Klippel, *Rechtsgeschichte*

D. Klippel, «Rechtsgeschichte», en Eibach J./Lottes G. (eds.), *Kompass der Geschichtswissenschaft*, Göttingen 2002, pp. 126-141.

Klippel, *Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte*

D. Klippel, «Sozialgeschichte und Rechtsgeschichte. Recht und Rechtsgeschichte in der historischen Familienforschung», en H. Mohnhaupt (ed.), *Zur Geschichte des Familien- und Erbrechts. Politische Implikationen und Perspektiven*, Ius Commune, Sonderhefte 32, Frankfurt a.M. 1987, pp. 267-280.

Knütel, *Rechtseinheit in Europa und römisches Recht*

R. Knütel, «Rechtseinheit in Europa und römisches Recht», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2 (1994), pp. 244-276.

Kooiker, *Lex scripta abrogata*

H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde Renaissance van het Romeinse recht. Een onderzoek naar de doorwerking van het oude recht na de invoering van civielrechtelijke codificaties in het begin van de negentiende eeuw. I. De uitwendige ontwikkeling*, Nijmegen 1996.

Koschaker, *Europa und das römische Recht*

P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*. Vierte unveränderte Auflage, München/Berlin 1966.

Koschaker, *Die Krise*

P. Koschaker, *Die Krise des römischen Rechts und die romanistische Rechtswissenschaft*, München/Berlin 1938.

Krause, *Der Historiker*

H. Krause, «Der Historiker und sein Verhältnis zur Geschichte von Verfassung und Recht», *Historische Zeitschrift* 209 (1969), pp. 17-26.

Kroeschell, *Abschied von der Rechtsgeschichte?*

K. Kroeschell, «Abschied von der Rechtsgeschichte?», (*Deutsche Juristen Zeitung*), Sonderheft zu Fragen der Studienreform, noviembre 1968, pp. 20-26.

- Kroppenberg, *Amnesie und Autorität*
 I. Kroppenberg, «Amnesie und Autorität. Potenzial und Grenzen des rechtshistorischen Beitrages zu einem europäischen Privatrecht im Europa der Kodifikationen», *Europäisches Privatrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2004, Stuttgart/München/Hannover/Berlin/Weimar/Dresden 2005, pp. 61-78.
- Le Goff, *Histoire médiévale et histoire du droit*
 J. Le Goff, «Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile», en P. Grossi (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 23-63.
- Lévy-Bruhl, *La méthode sociologique*
 H. Lévy-Bruhl, «La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit», en *Méthode sociologique et droit. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg 26-28 novembre 1956*, Paris 1958, pp. 121-133.
- Liver, *Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts*
 P. Liver, «Die Bedeutung des Deutschen Privatrechts für die Wissenschaft vom geltenden Recht», *ZSR NS* 90 (1971), I, pp. 369-384.
- Llompart, *Geschichtlichkeit*
 J. Llompart, *Die Geschichtlichkeit in der Begründung des Rechts im Deutschland der Gegenwart*, Frankfurt a.M./Berlin 1968.
- Lotmar, *Contravindication*
 P. Lotmar, *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München 1878.
- Lotmar, *Schriften*
 P. Lotmar, *Schriften zu Arbeitsrecht, Zivilrecht und Rechtsphilosophie*, edición de J. Rückert, Frankfurt a.M. 1992.
- Maffei, *Gli inizi*
 D. Maffei, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, reed., Milano 1964
- Marini (ed.), *La polemica sulla codificazione*
 G. Marini (ed.), *A.F.J.Thibaut–F.C.Savigny. La polemica sulla codificazione*, Napoli 1982.
- Mitteis, *Lebenswert*
 H. Mitteis, *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar 1947.
- Momigliano, *Le conseguenze*
 A. Momigliano, «Le conseguenze del rinnovamento della storia dei diritti antichi», en *La storia del diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto*, Firenze 1966, pp. 21-37.
- Mommsen, *Juristische Schriften*
 T. Mommsen, *Juristische Schriften*, Band III, Berlin 1907.

Orestano, *Introduzione*

R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.

Petit/Vallejo, *La categoria giuridica*

C. Petit/J. Vallejo, «La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo», en *Storia d'Europa* (Einaudi), III, *Il Medioevo*, edición de G. Ortalli, Torino 1994, pp. 721-760.

Piano Mortari, *Aspetti*

V. Piano Mortari, *Aspetti del pensiero giuridico del secolo XVI*, Napoli 1970.

Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale*

V. Piano Mortari, *Diritto romano e diritto nazionale in Francia nel secolo XVI*, Milano 1962.

Picker, *Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte*

E. Picker, «Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte», *Archiv für die civilistische Praxis* 201 (2001), pp. 762-859.

Quaderni fiorentini

Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno

Raggi, *Scritti*

L. Raggi, *Scritti*, Milano 1975.

Ranieri, *Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?*

F. Ranieri, «Eine Dogmengeschichte des europäischen Zivilrechts?», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, Schriften zur europäischen Rechts- und Verfassungsgeschichte, Band 3, Berlin 1991, pp. 89-101.

Rg/Rechtsgeschichte

Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Institutes für europäische Rechtsgeschichte

Savigny, *Beruf*

F.C.v. Savigny, *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg 1814, citado por la edición de J. Stern, *Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften*, Berlin 1914.

Sbriccoli, *Storia del diritto e storia della società*

M. Sbriccoli, «Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca», en Grossi P. (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica*, pp. 127-148.

Schiavone, *Alle origini del diritto borghese*

A. Schiavone, *Alle origini del diritto borghese. Hegel contro Savigny*, Roma/Bari 1984.

- Schiavone, *Storiografia e critica del diritto*
 A. Schiavone, *Storiografia e critica del diritto. Per una 'archeologia' del diritto privato moderno*, Bari 1980.
- Schulze, *Gemeineuropäisches Privatrecht*
 R. Schulze, «Gemeineuropäisches Privatrecht und Rechtsgeschichte», en Müller-Graff P.-C. (eds.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden 1993, pp. 71-93
- Schulze, *Un nouveau domaine de recherche*
 R. Schulze, «Un nouveau domaine de recherche en Allemagne: l'histoire du droit européen», *Revue historique de droit français et étranger* 70 (1992), pp. 29-48.
- Schulze, *Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht*
 R. Schulze, «Vom ius commune bis zum Gemeinschaftsrecht. Das Forschungsfeld der Europäischen Rechtsgeschichte», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, pp. 3-36.
- Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben*
 M. Stolleis, *Rechtsgeschichte schreiben. Rekonstruktion, Erzählung, Fiktion?*, Jacob Burckhardt–Gespräche auf Castelen, Heft 21, Basel 2008.
- Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*
 F. Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Zweite neubearbeitete Auflage, Göttingen 1967.
- Wyduckel, *Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte*
 D. Wyduckel, «Schnittstellen von Rechtstheorie und Rechtsgeschichte. Warum die Rechtsgeschichte der Rechtstheorie und die Rechtstheorie der Rechtsgeschichte bedarf», en M. Atienza/E. Pattaro/M. Schulte/B. Topornin/D. Wyduckel (eds.), *Theorie des Rechts und der Gesellschaft*. Festschrift für Werner Krawietz zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, pp. 109-140.
- Zimmermann, *Das bürgerliche Gesetzbuch*
 R. Zimmermann, «Das bürgerliche Gesetzbuch und die Entwicklung des Bürgerlichen Rechts», en M. Schmoekel/J. Rückert/R. Zimmermann (eds.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, I, Allgemeiner Teil, §§ 1-240*, Tübingen 2003, pp. 1-33.
- Zimmermann, *Das römisch-holländische Recht*
 R. Zimmermann, «Das römisch-holländische Recht und seine Bedeutung für Europa», *(Deutsche) Juristen Zeitung* 45 (1990), pp. 825-838.
- Zimmermann, *Das römisch-kanonische ius commune*
 R. Zimmermann, «Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit», *(Deutsche) Juristen Zeitung* 47 (1992), pp. 8-20.

Zimmermann, *Europa und das römische Recht*

R. Zimmermann, «Europa und das römische Recht», *Archiv für die civilistische Praxis* 202 (2002), pp. 243-316.

Zimmermann, *Heard melodies*

R. Zimmermann, «Heard melodies are sweet, but those unheard are sweeter», *Archiv für die civilistische Praxis* 193 (1993), pp. 121-173.

Zimmermann, *Heutiges Recht*

R. Zimmermann, «Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht», en R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Heidelberg 1999, pp. 1-39.

Zimmermann, *Savignys Vermächtnis*

R. Zimmermann, «Savignys Vermächtnis. Rechtsgeschichte, Rechtsvergleichung und die Begründung einer Europäischen Rechtswissenschaft», en P. Caroni/G. Dilcher (eds.), *Fra norma e tradizione*, 1998, pp. 281-321.

Zimmermann, *Usus hodiernus Pandectarum*

R. Zimmermann, «Usus hodiernus Pandectarum», en R. Schulze (ed.), *Europäische Rechts- und Verfassungsgeschichte*, 1991, pp. 61-88.

ZNR

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte

ZRG

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte

ZSR

Zeitschrift für Schweizerisches Recht

PROGRAMA HISTORIA DE LAS UNIVERSIDADES
PUBLICACIONES

1. *Estado de la Universidad de Alcalá (1805)*, estudio preliminar de José Luis Peset, edición de Diego Navarro, Madrid 1999, 120 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7875>
2. *La investigación en la universidad*, edición de Carmen Merino, Madrid 1999, 217 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7876>
3. Aurora Rivièrè Gómez, *Orientalismo y nacionalismo español. Estudios árabes y hebreos en la Universidad de Madrid (1843-1868)*, Madrid 2000, 143 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7905>
4. Manuel Martínez Neira, *El estudio del derecho. Libros de texto y planes de estudio en la universidad contemporánea*, Madrid 2001, 318 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7877>
5. Daniel Comas Caraballo, *Autonomía y reformas en la Universidad de Valencia (1900-1922)*, Madrid 2001, 334 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7878>
6. Carolina Rodríguez López, *La Universidad de Madrid en el primer franquismo: ruptura y continuidad (1939-1951)*, Madrid 2002, 490 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7879>
7. Ramon Aznar i Garcia, *Cánones y leyes en la universidad de Alcalá durante el reinado de Carlos III*, Madrid 2002, 349 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7880>
8. Enrique Villalba Pérez, *Consecuencias educativas de la expulsión de los jesuitas de América*, Madrid 2003, 246 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7881>
9. *Archivos universitarios e historia de las universidades*, edición de José Ramón Cruz Mundet, Madrid 2003, 345 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7882>
10. *La enseñanza del derecho en el siglo XX. Homenaje a Mariano Peset*, edición de Adela Mora Cañada, Madrid 2004, 578 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/7883>

11. Manuel Martínez Neira / José M.^a Puyol Montero / Carolina Rodríguez López, *La universidad española 1889-1939. Repertorio de legislación*, Madrid 2004, 389 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/7884>

12. *Hacia un modelo universitario: la Universidad Carlos III de Madrid*, edición de Adela Mora Cañada y Carolina Rodríguez López, Madrid 2004, 365 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/7885>

13. *Manuales y textos de enseñanza en la universidad liberal*, edición de Manuel Ángel Bermejo Castrillo, Madrid 2004, 750 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/7886>

14. Susana Guijarro González, *Maestros, escuelas y libros. El universo cultural de las catedrales en la Castilla medieval*, Madrid 2004, CD + 349 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/7887>

15. *Filosofía para la universidad, filosofía contra la universidad*, edición de Faustino Oncina Coves, Madrid 2008, 360 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/3506>

16. Manuel Martínez Neira / José María Puyol Montero, *El doctorado en derecho. 1930-1956*, Madrid 2008, 340 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/3386>

17. Germán Perales Birlanga, *El estudiante liberal. Sociología y vida de la comunidad escolar universitaria de Valencia. 1875-1939*, Madrid 2009, 326 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/4376>

18. Alfons Aragoneses, *Un jurista del Modernismo. Raymond Saleilles y los orígenes del derecho comparado*, Madrid 2009, 259 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/5778>

19. Antonio López Vega, *Biobibliografía de Gregorio Marañón*, Madrid 2009, 187 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/6178>

20. Pio Caroni, *La soledad del historiador del derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid 2010, 225 pp.

<http://hdl.handle.net/10016/6560>

21. Francisco Crosas López, *De enanos y gigantes. Tradición clásica en la cultura medieval hispánica*, Madrid 2010, 169 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/8346>
22. Manuel Martínez Neira / Natividad Araque Hontangas, *El marqués de Morante y la Universidad de Madrid*, Madrid 2011, 277 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/10578>
23. Antonio Planas Rosselló / Rafael Ramis Barceló, *La facultad de leyes y cánones de la Universidad Luliana y Literaria de Mallorca*, Madrid 2011, 186 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11325>
24. Francisco Ayala / Eduardo L. Llorens / Nicolás Pérez Serrano, *El derecho político de la Segunda República*, estudio preliminar, edición y notas de Sebastián Martín, Madrid 2011, CLXXXIX + 396 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/11365>
25. Pablo Campos Calvo-Sotelo, *La evolución histórica del espacio físico de la universidad. Impulsos conceptuales, paradigmas arquitectónicos, estrategias institucionales y propuestas recientes de innovación*, Madrid 2011, 236 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12017>
26. Andry Matilla Correa, *Los primeros pasos de la ciencia del Derecho Administrativo en Cuba. José María Morrilla y el Breve tratado de Derecho Administrativo (1847)*, Madrid 2011, 329 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12033>
27. José María Puyol Montero, *La autonomía universitaria en Madrid (1919-1922)*, Madrid 2011, 545 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/12289>
28. Manuel Cachón Cadenas, *Historias de procesalistas, universidades y una guerra civil (1900-1950)*, Madrid 2012, 681 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/14588>
29. María Paz Alonso Romero, *Salamanca, escuela de juristas. Estudios sobre la enseñanza del derecho en el Antiguo Régimen*, Madrid 2012, 722 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15129>

30. Carlos Nieto Sánchez, *San Clemente de Bolonia (1788-1889): el fin del Antiguo Régimen en el último colegio mayor español*, Madrid 2012, 480 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/15708>
31. Natividad Araque Hontangas, *Manuel José Quintana y la Instrucción pública*, prólogo de Jean-Louis Guereña, Madrid 2013, 427 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17196>
32. *La Universidad Central durante la Segunda República: Las Ciencias Humanas y Sociales y la vida universitaria*, Edición de Eduardo González Calleja y Álvaro Ribagorda, Madrid 2013, 376 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/17394>
33. Manuel Martínez Neira, *La creación del cuerpo de catedráticos de universidad (1812-1857). Estudio histórico-jurídico*, Madrid 2013, 358 pp.
<http://hdl.handle.net/10016/18077>