

ALGO ACERCA DEL OFICIO DEL HISTORIADOR DEL DERECHO

Rigoberto Gerardo ORTIZ TREVIÑO

Profesor de historia es una proposición que lleva implícita una contradicción... El profesor de historia es un instructor obstruivo, un preceptor traicionero. Quizá ejerza una influencia nociva en sus alumnos. Quizá fuera mejor que no hubiera profesores de historia...

Graham SWIFT, *El país del agua*.

SUMARIO: I. *La identidad cuestionada (planteamiento)*. II. *Darwin y Spencer ayudan a buscar respuestas*. III. *Del objeto y de los medios*. IV. *Jurista que busca su historia*. V. *Conclusiones*.

I. LA IDENTIDAD CUESTIONADA (PLANTEAMIENTO)

Ya hace muchos años que Ortega y Gasset exhortaba a la Universidad a retomar su identidad, su papel: una promotora de la historia, es decir, ser una protagonista en la historia, sin conformarse con las meras funciones de estudiarla y narrarla. De ahí que en el planteamiento del memorable maestro, la Universidad no sólo debía recuperar su carácter pedagógico, sino también científico.¹ A su vez, la ciencia, tarea de la Universidad —y por

¹ “Es, pues, cuestión de vida o muerte para Europa rectificar tan ridícula situación. Para ello tiene la Universidad que intervenir como tal Universidad, tratando los grandes temas del día desde su punto de vista propio —cultural, profesional o científico. De este modo no será una institución sólo para estudiantes, un recinto ad *usum delphinis*, sino que, metida en medio de la vida, de sus urgencias, de sus pasiones, ha de imponerse como un ‘poder espiritual’ superior frente a la prensa representando la serenidad frente al frenesí, la seria agudeza frente a la frivolidad y la franca estupidez. Entonces volverá a ser la

ende de la vida universitaria— es producto del quehacer comunitario. Glorificando a Ortega, Juan José López Ibor precisaba:

El trabajo universitario había de ser en común, como en un diálogo creador y fecundo. Bello ideal, si se entiende aquella afirmación *cum grano salis*; no es que cada profesor haya de poseer una parcela de verdad, como un íntimo secreto, que sólo esté dispuesto a transmitir por vía oral a los que ingresen a su cenáculo, sino que debe poseer la verdad de su ciencia o de su sistema de un modo vivo, como si al conocimiento científico se adhiriere un coeficiente de vitalidad, que transformase a aquél en una forma capaz de crecer, de fecundarse y, sobre todo, de fecundar y formar al que la recibe.²

Aunque esto se dijo en los albores del siglo XX, hay que admitir que actualmente existe una crisis en la vida universitaria, y diría que ésta se concreta en la ausencia del diálogo. Bien decía Eugenio d'Ors: “A mí me parece que sin diálogo... jamás el pensamiento, el pensamiento propiamente dicho, puede nacer”.³ La *Universitas* implica, en esencia, una dialéctica especial, la del maestro y el discípulo. En opinión de Álvaro d'Ors, era el encuentro necesario entre la *auctoritas* y la *potestas*. El diálogo universitario se condensa para este romanista en el aforismo “pregunta el que puede: responde el que sabe”.⁴ Jaime Nubiola va más allá, y considera que la ciencia es el resultado de una tarea colectiva.⁵ Por tanto, el diálogo es también, una actividad *inter pares*, entre quienes gozan de igual *auctoritas*. En efecto, la Universidad es una comunidad de personas y por ende de saberes. Escuchar es el primer paso, y hacer así propio aquello que Teofrasto planteó en las inmortales palabras “de las lecciones, salen

Universidad lo que fue en su hora mejor: un principio promotor de la historia europea”. Ortega y Gasset, José, *Misión de la Universidad y otros ensayos sobre educación y pedagogía*, Madrid, Alianza Editorial, 1997, pp. 78 y 79. El ensayo “Misión de la Universidad” es de 1930.

² López-Ibor, Juan José, *Discurso a los universitarios españoles*, Madrid, RIALP, 1964, p. 94.

³ D'Ors, Eugenio, *Trilogía de la “Residencia de estudiantes”, de la amistad y del diálogo, aprendizaje y heroísmo, grandeza y servidumbre de la inteligencia*, Pamplona, EUNSA, 2000, p. 44.

⁴ Es de particular interés lo que al respecto ha estudiado Rafael Domingo Oslé, véase Domingo, Rafael, *Auctoritas*, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 98-102.

⁵ Nubiola, Jaime, *El taller de la filosofía. Una introducción a la escritura filosófica*, Pamplona, EUNSA, 2000, pp. 21-27.

las correcciones”.⁶ En el contexto de un congreso académico de “aquellos pocos” —parafraseando al Enrique V de Shakespeare—,⁷ que han escuchado el llamado de la historia del derecho, el diálogo es una obligación.⁸ Jaime del Arenal Fenocchio ha lanzado un reto que no se puede pasar por alto: La necesidad de dialogar con el historiador *per se*, o como algunos se han autodenominado, “historiadores sin adjetivos”. José Manuel Pérez-Prendes consideraba que “...forma parte del futuro a recorrer, afirmar el papel del derecho como agente explicativo de la vida histórica”.⁹ En efecto, esto es tarea urgente en el seno de la historiografía jurídica mexicana. La dogmática está presente en muchos trabajos y aportaciones científicas y esto ha llevado a que el historiador, *strictu sensu*, tienda a menospreciar al ius-historiador, considerando que su método es reduccionista, propio de aquellos que se limitan a “cortar y pegar” instituciones, normas, leyes, etcétera, en un orden de mediana decencia cronológica. Pero también, con mucha razón, el historiador del derecho ha

⁶ Cit. por D’Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, Euns, 1975, p. 8.

⁷ Shakespeare, William, *Enrique V*, acto cuarto, escena III.

⁸ Aunque pueda parecer de Perogrullo, vale la pena tomar las palabras de Ruy Pérez Monfort para ahondar en lo que arriba se sostiene: “Hay otras ocasiones en que el científico debe presentar algún trabajo en forma oral. Básicamente estas ocasiones son las mesas redondas, los simposios, las conferencias y los trabajos libres en congresos. En general, en la mesa redonda los ponentes están sentados en una mesa durante toda la duración del evento; hay un coordinador de la discusión cuya función es dirigir la participación de los integrantes. Dicha participación consiste en algún tipo de presentación individual y posteriormente de una discusión por los miembros de la mesa; todos tienen la oportunidad de participar y, al final del evento, hay preguntas por parte del público. Otro evento en el que se dan exposiciones orales es un congreso. Su función principal es reunir con alguna periodicidad a personas que trabajan o están interesadas en algún campo del conocimiento, y brindarles la oportunidad de presentar sus datos más recientes y de conocer los trabajos de otros individuos, así como conocerlos personalmente”. Pérez Monfort, Ruy, *Reflexiones matutinas sobre la investigación científica*, viernes 10, 7:00 a.m., México, Fondo de Cultura Económica, 1994, pp. 39 y 40. En efecto, para el denominado Noveno Congreso de Historia del Derecho Mexicano, efectuado en la ciudad de Morelia, Michoacán, los días 6, 7 y 8 de diciembre de 2004, mi ponencia original abordaba el recurso de súplica en la Constitución de 1917. Sin embargo, el diálogo posterior a la mesa donde expuse los resultados de mi estudio, me han llevado a cambiar la temática. Considero fundamental externar mi opinión en torno al papel del iushistoriador, y exponer tales reflexiones en el presente artículo.

⁹ Pérez-Prendes Muñoz Arraco, José Manuel, *Proa a la mar, una consideración sobre el futuro de la historia del derecho*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004, p. 11.

mirado con reserva al colega “sin adjetivos”, ya que éste —salvo excepciones a la regla— no ha demostrado tener los recursos necesarios para la crítica o interpretación *ad-hoc* de lo jurídico. En realidad, el historiador del derecho debe escuchar a su colega, pero el segundo debe admitir que el método propio del jurista tiene una entidad muy respetable, incluso milenaria.¹⁰ Lo que ha afectado a esta conversación, y que de hecho ha perjudicado a la ciencia jurídica en general, es el dogmatismo jurídico que ha estado imperando en el derecho occidental durante los últimos 200 años.

El dogmatismo implica la cognoscibilidad de lo jurídico a través de un derecho cuya formalidad le concede o no su validez. En suma, el derecho, como ciencia, deberá ocuparse de aquel ordenamiento formalmente válido. A lo mucho, se buscará el análisis lingüístico de la norma, sin embargo ha predominado el método estructuralista.¹¹ Álvaro d’Ors ponía el dedo en la llaga al advertir:

¹⁰ Extraordinaria definición del oficio del jurista, Celso, parafraseado por Ulpiano legó las siguientes palabras: “*ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*”, *Ulpianus 1 inst. Dig.1.1.1pr.* Es más que conocido que este aforismo fue del periodo clásico del derecho romano (27 a. C. 230 d. C.), aunque aceptamos la noticia del mismo recopilada por mandato del emperador bizantino Justiniano en el Digesto del 533.

¹¹ Petev, Valentín, *Metodología y ciencia jurídica en el umbral del siglo XXI*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, pp. 15-22. El estructuralismo es el “Movimiento intelectual interdisciplinario que estuvo muy en boga a lo largo de los años sesenta y principios de los setenta del siglo XX —cuando adquirió un cierto *cachet* radical— y cuya huella más duradera ha quedado grabada en los campos de la lingüística, la antropología, y la teoría literaria. Lo que une a los estructuralistas en estos diferentes campos es el principio, derivado de Ferdinand de Saussure, de que formas culturales, sistemas de creencias, y discursos de toda suerte pueden ser mejor entendidos por analogía con el lenguaje, o con las propiedades manifiestas en el lenguaje cuando se lo contempla desde un punto de vista estrictamente sincrónico para tratar de analizar sus estructuras inmanentes de coherencia y sentido.

Los teóricos de la crítica literaria rechazan ahora la mera interpretación por parecerles una empresa estéril sujeta a todas las vaguedades de una respuesta intuitiva *ad hoc*. Sólo mediante el examen de los rasgos estructurales del texto —mecanismos poéticos, funciones narrativas, lingüística— podría la crítica asentarse sobre un suelo metodológico (inductiva y adecuadamente teorizado). En este sentido, el movimiento forma parte de esa empresa formalista más amplia que comenzó con la *Poética* de Aristóteles y que desde entonces ha gozado de periódicas reanimaciones, principalmente en respuesta a nuevas ideas sobre el lenguaje, la retórica, o la función de la crítica *vis-à-vis* de otras disciplinas. Donde el estructuralismo puede pretender representar un real avance es en su tratamiento sumamente sofisticado de figuras retóricas como la metáfora y la metonimia, figuras que (según Roman Jakobson) son los ejes estructurales de toda comunicación lingüística y, que son elevadas a su máximo poder expresivo en la poesía y en otras formas de arte”, Hondedrich, Ted (ed.), *Enciclopedia Oxford de filosofía*, Madrid, Tecnos, 2001, pp. 345 y 346.

El análisis estructuralista del derecho puede considerarse hoy como definitivamente fracasado, y por eso los que emprendieron ese método han acabado por convencerse de su inutilidad. Sin embargo, no deja de haber algunas instituciones en que se constata una necesidad del género de la que buscan los aficionados al estructuralismo.

Si el estructuralismo debe ser radicalmente repudiado por los juristas, no es tanto por la inutilidad de los intentos cuanto porque el derecho es esencialmente histórico, y en él no se da nunca una absoluta sincronía sin diacronía. El estructuralismo sirve a veces para explicar concomitancias de hechos, pero el derecho consiste en textos cronológicamente ordenados. Desde el momento en que los datos normativos tienen una fecha, y que hay siempre, en derecho, un antes y un después, y un posible derogarse lo anterior por lo posterior, no cabe prescindir de la historia de esos datos, es decir, de los textos pertinentes.¹²

De ahí que el ius-historiador se encuentre obligado a encontrarse, y valga la redundancia. Pues si bien no puede desechar el método histórico, debe además conciliarlo con el jurídico. De lograr tal equilibrio, podrá presentar resultados más comprensibles para el historiador general, pero también para el jurista que debe de mirar más allá de los dogmas que lo han encorsetado.

II. DARWIN Y SPENCER AYUDAN A BUSCAR RESPUESTAS

En opinión de María Encarnación Gómez Rodríguez, los historiadores del derecho pueden ser clasificados, a la manera que los naturalistas del siglo XIX lo hacían con los seres vivos: por género y especie.¹³ Y así habrá una especie que cultivará la historia del derecho como ciencia histórica. Le siguen aquéllos que desarrollan la disciplina como ciencia jurídica, y prácticamente, como producto de una selección natural, prevalecen los que han hecho de la historia jurídica una ciencia autónoma. La frontera entre una u otra clasificación trae a la memoria aquella categorización política de izquierdas y derechas, siempre cuestionando quién es el soberbio que se

¹² D'Ors, Álvaro, *Parerga histórica*, Pamplona, Eunsu, 1997, p. 65.

¹³ Gómez Rojo, Ma. Encarnación, *Historia del derecho y de las instituciones, un ensayo conceptual y de fundamentación científica a la luz de la doctrina hispánica y del derecho español y comparado francés, alemán y suizo*, Málaga, Universidad de Málaga, 2003, pp. 9-83.

jacta de estar en el centro.¹⁴ Desde luego, lo que Gómez Rodríguez expone, tiene un punto de partida: todo encuentra su origen con Friedrich Karl von Savigny y su peregrinar en busca del *Volkgeist* luego de debatir y vencer a Antón Friedrich Justus Thibaut en 1814.¹⁵ En síntesis se trataba de mirar al pasado, de buscar el *ius proprium*. El “para qué” parecía claro en la mente de Savigny, puesto que la jurisprudencia tiene un carácter histórico.¹⁶ La ciencia jurídica, así, es deudora de un itinerario temporal que no puede soslayarse en aras de la comprensión del derecho como es. La Escuela Histórica Alemana reaccionó contra la exégesis posnapoleónica, aquella que se limitaba a enseñar el *Codé Civil*, y no el derecho civil.¹⁷ Si la modernidad había aportado al derecho un entorno sociopolítico en el que se fincaría el Estado constitucional, la base de éste, la legalidad, se

¹⁴ Sin embargo, no me puedo sustraer a la importancia de las conclusiones que sobre este particular ha aportado Norberto Bobbio. Véase Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda*, Madrid, Taurus, 2001.

¹⁵ “El impulso del movimiento historicista en el campo jurídico corre a cargo de Federico Carlos de Savigny (a. 1779-1861), quien en 1814 funda la revista de historia del derecho que hoy lleva todavía su nombre. El nuevo movimiento jurídico, conocido como “escuela histórica del derecho” no concibe a éste como un producto de la razón individual, sino como la creación espontánea del pueblo o de los pueblos, que reflejan en él su propio ‘espíritu popular’ (*Volkgeist*)”, Lalín Abadía, Jesús, *Iniciación histórica al derecho español, Parte general. Los sistemas normativos*, Barcelona, EUB, 1998, pp. 423 y 424. En cuanto al debate con Thibaut, Cannata explica: “Para Savigny, la ciencia jurídica alemana no estaba, en aquella época, a la altura de su tarea; incluso si se retenía la idea de una codificación su realización debía postergarse, pues no podía desembocar en una codificación ‘alemana’, sino sólo, como deseaba Thibaut, en una república de modelos ya existentes y, especialmente, del *Code civil* francés. El deber más inmediato de los juristas alemanes era crear una ciencia jurídica alemana. Para ello debían estudiar la historia de la tradición jurídica alemana, en cuyo centro se encuentra la Recepción; debían pues estudiar en primer lugar el derecho romano. Esta última era para Savigny una feliz coincidencia, ya que el derecho romano era razón de sus lazos con la idea del Imperio, considerada en su dimensión cultural y por tanto muy próxima a la idea de Europa, poseía un carácter universal que podía salvar a Alemania del particularismo y a Europa del provincialismo”. Cannata, Carlo Augusto, *Historia de la ciencia jurídica europea*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 204.

¹⁶ Savigny, Friedrich Karl, *Metodología jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 30.

¹⁷ Esta es la famosa frase de Bougnét. Durante varios decenios después de la promulgación del Código Napoleónico (el Código Civil francés de 1804), un gran grupo de juristas franceses sostuvo tercamente la ficción de que la historia era irrelevante para la interpretación y la aplicación del código. Este punto se ilustra con la declaración frecuentemente citada de un abogado francés de la época: “No sé nada del derecho civil; sólo conozco el Código Napoleónico”. Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 63.

convirtió en su propio opresor. En sus inicios, todo pintaba casi de manera utópica: ya no más sociedades estamentales, ahora se buscará la igualdad, la libertad y la fraternidad. Ya no más jueces arbitrarios, ahora la sentencia sería producto de un proceso automático gracias a la ley: premisa de premisas. Ya no más dispersiones de comentaristas y argumentos de autoridad, o en palabras de Erasmo: “Ya no más Sísifos rodando inútilmente su roca”.¹⁸ Pero se abrió la puerta a un nuevo tirano mediante el rol del legislador, a veces Mesías, a veces un falsario. Lo más grave fue el reduccionismo científico al que llevó todo esto.¹⁹ Pocas veces lo han advertido con tanta claridad como la de Bernardino Bravo Lira:

En sus inicios esta expansión del derecho legislado, indujo a identificar más o menos abiertamente derecho y ley. Tal es el sentido del famoso propósito de Bugnet: “no conozco el derecho civil. Por mi parte enseño el Código de Napoleón”. Al cabo de más de siglo y medio es tal la avalancha de leyes que tiene poco sentido enseñar códigos. La legislación los ha desbordado en todas direcciones, hasta el punto de que comienza a hablarse de una descodificación. La frase de Bugnet se ha vuelto grotesca de puro anacrónica. Ya nadie se atrevería a sostener que derecho sea tan sólo el que yace amortajado en los códigos del siglo XIX.²⁰

Así es, nadie se atrevería a sostener tal posición hoy en día, pero siendo el derecho legislado la fuente material científica, esto explica por qué “los

¹⁸ Cfr. Erasmo de Rotterdam, *Elogio de la locura*, Madrid, Espasa Calpe, 1976, p. 99.

¹⁹ En este sentido, advierte Javier Hervada: “La ciencia jurídica está frecuentemente imbuida de positivismo, reduciéndose —naturalmente con excepciones— a una ciencia positiva, de modo que los criterios de derecho natural no juegan ningún papel o a lo máximo un papel secundario. Por otra parte, la ciencia del derecho debe potenciar y, en su caso, reconquistar su dimensión iusnaturalista, como elemento integrante de su labor de interpretación y conocimiento del derecho”. Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, México, Mi-Nos, 1986, pp. 188 y 189.

²⁰ Bravo Lira, Bernardino, “Las dos caras de la codificación en Europa continental e Iberoamérica”, varios autores, *Homenaje a Ismael Sánchez Bella*, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 166. En cuanto los efectos catastróficos del derecho legislado, el mismo autor concluye: “este legalismo judicial se ha mostrado más peligroso aun que la arbitrariedad de los jueces que con él se quiso remediar. La omnipotencia de la ley se presta para los mayores atropellos. Incluso para aniquilar el derecho. De hecho ella ha sido instrumento de los totalitarismos, soviético y nazi, para imponer el peor sin derecho: el abuso legalizado. Pero este abuso no es desconocido tampoco en los demás países donde también impera la legalidad por la legalidad, aunque en menor grado”. *Ibidem*, p. 179.

estudios jurídicos tiendan a una mera *scientia iussi et puniti*".²¹ La ciencia jurídica quedó ceñida a una tarea "sólo descriptiva de las normas que de hecho (es decir, según los datos de la experiencia sensible) resultan vigentes en una comunidad determinada".²² En contrapartida, Massini concluye que "es posible hablar de una 'ciencia jurídica' que tenga por objeto material al derecho positivo, en la medida en que ese derecho sea estudiado desde la perspectiva de los principios jurídicos universales o, en otros términos, desde el ángulo de la naturalidad de las instituciones jurídicas o de las normas".²³ Massini en realidad nos revela lo que ha sido el signo más estable en el devenir jurídico: la dicotomía entre el *Iustum quia iussum* y el *Iussum quia iustum*.²⁴ Desafortunadamente, el derecho moderno presente se ha inclinado por el aforismo que reza: "Algo es justo, porque está mandado".

III. DEL OBJETO Y DE LOS MEDIOS

En una de sus últimas obras, Álvaro d'Ors escribió:

Así como la historia, en general, procede empezando por lo más antiguo para acabar en lo actual, por analogía con la vida en general, lo más conveniente para el jurista que pretende hacer historia es seguir el método inverso, es decir, el de, partiendo del derecho actual, proceder retrospectivamente por los textos precedentes, hasta llegar a los orígenes.²⁵

Este riguroso romanista concebía, en parte, a la historia del derecho, como el conocimiento de las instituciones jurídicas y su continuidad o

²¹ *Ibidem*, p. 178.

²² Massini, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica. Introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 94.

²³ *Ibidem*, p. 119.

²⁴ "En el hecho, esta exaltación de la ley estuvo lejos de significar un fortalecimiento de ella. Antes bien, abrió las compuertas a su desvirtuación. Lo que la ley ganó en fuerza obligatoria —poder— lo perdió en contenido racional —autoridad—. En adelante, lo único que cuenta es el mandato *iussum* sin importar lo mandado *iustum*. En consecuencia, los gobernantes pueden emplearla (a la ley) para mandar cualquier cosa, lo mismo algo justo que injusto, sin que los jueces puedan impedirlo". Bravo Lira, Bernardino, *op. cit.*, nota 20, p. 170.

²⁵ D'Ors, Álvaro, *Nueva introducción al estudio del derecho*, Madrid, Civitas, 1999, p. 56.

modificación en el tiempo. D’Ors explica: “Del estudio de los textos, el historiador del derecho abstrae el concepto de ‘institución’ para referirse a ciertas realidades constantes en el transcurso del tiempo, que se pueden identificar a pesar de los posibles cambios”.²⁶ Es por ello que en el diálogo con el historiador, puedan encontrarse, tanto en el método, como en el objeto, algunas discrepancias. Sin embargo el historiador del derecho también se enfrenta con el abogado postulante, quien en virtud de lo que el foro le exige, parece no encontrarle sentido a echar la vista atrás. Sin embargo, bien conviene conocer la advertencia hecha por el toscano Paolo Grossi:

Creo firmemente que es una de las funciones, y desde luego no la última, del historiador del derecho la de ser conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole su complejidad de aquello que en su visión unilateral puede parecerle simple, resquebrajando sus convicciones acríticas, relativizando certezas demasiado absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación cultural.²⁷

En efecto, el historiador del derecho se enfrenta con el dogmatismo al que nos ha arrastrado el legalismo positivista. Esta forma de concebir el derecho, es el principal legado del *nouveau régime*, curiosa forma de dividir el tiempo, pues la firme referencia es nada menos que la *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen* de agosto de 1789 y el eventual consulado de Napoleón.²⁸ El nombre del emperador francés nos remite, a

²⁶ *Ibidem*, pp. 54-55. El método orsiano, también compartido por Rafael Gibert consistente en que la historia del derecho es una historia de textos, merece una reflexión aparte. Federico Suárez criticaba tal postura, con mucha razón: “Más recientemente, Álvaro d’Ors ha vuelto a examinar la cuestión, aunque de otro modo. Presenta su opinión, no como una tesis, sino como una libre opción entre el dilema entre textos y hechos, entre *verba* y *facta*. Se pronuncia, como resultado de su propia experiencia, inclinándose a favor de los textos, los *verba*. Ahora bien, la historia nunca puede detenerse en los textos, porque lo que pretende saber es lo que hay más allá, la realidad que se nos da a conocer en tales textos”. Suárez, Federico, *Reflexiones sobre la historia y sobre el método de la investigación histórica*, Madrid, Rialp, 1977, pp. 190-194.

²⁷ Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, p. 15.

²⁸ Esta tesis que plantea una división de la historia del derecho entre la premoderna y moderna, trae a la memoria los mismos dogmas de aquéllos que en la última década del siglo XVIII, llevaron a la guillotina a los que no compartían sus “nuevas” ideas. Al respecto, véase Sánchez Agesta, Luis, *Curso de derecho constitucional comparado*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 263.

su vez, al *Codé Civil* de 1804, texto de obligada consideración para dimensionar la naturaleza del derecho moderno.²⁹ Si se trata de pensar acerca del fenómeno jurídico, esto será estudiado de manera teórica. Desde Austin, Somló y Kelsen hasta Bobbio, Hart o Ferrajoli, lo jurídico no podrá ser estudiado como regla y medida de la razón práctica, sino siempre como algo —una norma, un juicio hipotético universal y abstracto— referenciado a un punto fijo como lo son las leyes, comenzando, de manera jerárquica, desde la Constitución.³⁰ En cambio, Alfonso García-Gallo plantea:

La orientación dogmática, por el contrario, tal como la siguen los juristas, se desentiende de las circunstancias de cada época para ocuparse tan sólo de los conceptos y normas en sí mismos, como si tuvieran vida independiente y propia. La exposición que de ello resulta permite apreciar los distintos tipos de regulación que han existido en el pasado y su sucesión en el tiempo, aunque de un modo abstracto y sin relación con los problemas que determinan tales regulaciones.

El intento de conciliar las exigencias de una exposición histórica —el derecho cambia— y de un tratamiento dogmático del derecho —éste constituye un sistema—, ha dado lugar a que la evolución jurídica se presente como una sucesión de sistemas de derecho. No es que se piense que el derecho cambia totalmente en determinados momentos ni que evolucione a saltos. Pero al suponer que el derecho forma un sistema cerrado y armónico, se hace inevitable estudiarlo como tal en cada una de sus épocas.³¹

²⁹ Clavero, Bartolomé, *Institución histórica del derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992, p. 93.

³⁰ Basta considerar la siguiente precisión de Radbruch: “La ciencia jurídica en sentido estricto, o sea la ciencia dogmática del derecho, la ciencia sistemática del derecho, puede ser definida como la ciencia que versa sobre el sentido objetivo del derecho positivo”. Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, p. 9. Esto es advertido por Massini al señalar que la ciencia jurídica dogmática es “sólo descriptiva de las normas que de hecho (es decir, según los datos de la experiencia sensible) resultan vigentes en una comunidad determinada”. Massini, Carlos Ignacio, *La prudencia jurídica, introducción a la gnoseología del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 94. Javier Hervada explica que las teorías del derecho son “aquellas explicaciones que unifican otras explicaciones parciales, bajo cuya luz se construyen sistemáticamente todo un orden jurídico o grandes parcelas de él”. Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 1992, p. 624. A su vez, véase Prieto, Luis, “Aproximación al concepto de derecho. Nociones fundamentales”, varios autores, *Lecciones de Teoría del derecho*, Madrid, McGraw-Hill, 1997, pp. 3-30.

³¹ García-Gallo, Alfonso, *Manual de historia del derecho español*, t. 1, *El origen y la evolución del derecho*, Madrid, Artes gráficas y ediciones, 1982, p. 19.

Como se ve, es una difícil posición la del historiador del derecho. En apariencia, puede ser como una Cabeza de Jano, ese ser bifronte que busca en el tiempo, aquello que ha sido estable, fijo, seguro. Al mismo tiempo, debe estar conciente, con gran realismo, del dinamismo del derecho, en contrapartida al rígido dogmatismo, que a menudo se ha basado en entelequias, las cuales, con mucho eufemismo, han sido clasificadas como paradigmas. En este orden de ideas, si se concibe al derecho como un orden social justo, debe hacer referencia a lo estable, a lo claramente definido. Si se refiere al derecho como *ius*, es decir, como lo justo concreto, se concentra en una inacabable casuística. La complejidad de su propio objeto de estudio es lo que lo hace (al *ius*-historiador), tan poco empático con sus colegas historiadores y juristas.

D'Ors también opinaba: "el historiador no puede ir más allá de lo que permiten los textos conservados, y debe resignarse a practicar el 'arte de ignorar', a diferencia del jurista, que debe construir soluciones congruentes para los casos no previstos en los textos del derecho vigente".³² Pero el historiador del derecho no puede limitarse a describir el derecho del pasado, sin más. Es historiador y jurista, y esto es lo que le caracteriza. Gómez Rojo concluye que "el criterio de interpretación histórico tendría como base fundamental descubrir la realidad histórica del derecho como fenómeno social que surge, se desarrolla y se modifica, indagando en sus antecedentes y en la realidad social que le dio vida y, en mi opinión, la historia del derecho como disciplina dual serviría de base para un conocimiento histórico de lo jurídico".³³ Pérez-Prendes lo ilustra, a mi parecer, no sólo con más belleza, sino con más claridad: "El derecho es la esencia de lo que somos sus historiadores. Sus herramientas son también parte de las nuestras, que no se agotan en las históricas. Y él nos señala las medidas que hemos de aplicar en el tiempo histórico".³⁴ Por ello es más atractiva la postura de Grossi, en el sentido de que quien hace conciencia del derecho y su dimensión temporal, no se constriñe al texto, sino que se ocupa también del contexto: "El historiador, que es por naturaleza un desmitificador, que está preparado para hacer cuentas no sólo con los *textos* sino, sobre todo, con los *contextos* que motivan y diseñan objetivamente los singula-

³² D'Ors, Álvaro, *op. cit.*, nota 12, p. 55.

³³ Gómez Rojo, Ma. Encarnación, *op. cit.*, nota 13, p. 83.

³⁴ Pérez-Prendes Muñoz Arraco, José Manuel, *op. cit.*, nota 9, p. 11.

res datos”.³⁵ Esto es considerado por García-Gallo al afirmar: “Puesto que la historia del derecho estudia la evolución de éste, la primera cuestión que se plantea es determinar qué es el derecho, ya que lo que no lo sea no debe ser tomado en cuenta por aquella”.³⁶ Es por ello —y esto me parece crucial en esta reflexión— que en otro lugar, García-Gallo no duda en afirmar: “El modo de concebir y elaborar la ciencia de la historia del derecho no puede quedar al arbitrio del estudioso, sino que le viene impuesto por el objeto de que se ocupa”.³⁷ En suma, no conformarse con una mera historia descriptiva sino atreverse a sumergirse en el mar del pensamiento jurídico. De ahí que Radbruch concluye: “La historia del derecho tiene por objeto el estudio del ser, el desarrollo y la acción del derecho. Puede limitarse a estudiar el desarrollo inmanente del derecho, pero puede también investigar la interacción del derecho con otras manifestaciones de la cultura”.³⁸ Así las cosas, la historia del derecho puede y debe ser una ciencia cuyo propósito no se limite en el derecho objetivo. Wieacker consideraba:

Puede ser constituida (la historia del derecho) como historia de las instituciones, y entonces tendría que renunciar a la historia de las concepciones jurídicas; o como historia externa del derecho, limitándose, por tanto, a la historia de las fuentes; o como historia de los juristas, tornándose así en una historia de la literatura jurídica. Nosotros entendemos la historia del derecho privado de la Edad Media como historia del pensamiento jurídico y de los efectos de éste sobre la realidad de la sociedad moderna, pues sólo así se la comprende como lo que realmente es: historia a secas, contemplada desde el punto de vista suprahistórico de la idea del derecho y de la experiencia jurídica.³⁹

Esto es lo que Jesús Lalinde-Abadía asimiló en la historiografía jurídica española: “El pensamiento jurídico de cada época responde a unos princi-

³⁵ Grossi, Paolo, “Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México, CNDH, núm. 150, 2003, pp. 185 y 186.

³⁶ García-Gallo, Alfonso, *op. cit.*, nota 31, 1982, p. 20.

³⁷ García-Gallo, Alfonso, *Metodología de la historia del derecho indiano*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1971, p. 15.

³⁸ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 30, pp. 12 y 13.

³⁹ Wieacker, Franz, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, Granada, Comares, 2000, p. 4.

pios generales sobre el derecho y su formulación es producto de la colisión de intereses políticos y económicos amparados con fundamentaciones culturales”.⁴⁰ Desde luego, tal práctica implica la visión de conjunto, que sólo posee quien cuenta con una sólida base interdisciplinaria. El historiador del pensamiento jurídico no puede soslayar el papel de la economía o de la filosofía, por hacer mención de dos ciencias que siempre impactarán en el derecho. Aún más, de lo que se trata es de poseer una visión cultural, aceptando como punto de partida que el derecho es un producto cultural. El historiador del pensamiento jurídico, es un jurista culto, y por ende, su misión es cultivar a su colega, el abogado postulante.⁴¹ Pero, ¿qué clase de cultura es la que le ofrece? Decía Fioravanti que “En concreto, cada tiempo histórico produce su propia *cultura de los derechos*”.⁴² Por ello, hay que poner mucha atención en el objeto de la disciplina ius-histórica: el derecho en sí mismo. En este orden de ideas, me parece fundamental el siguiente planteamiento de José Sánchez-Arcilla:

El derecho, como uno de los elementos integrantes de la cultura, se nos transmite con ésta, de manera que todo individuo tiene una noción, aunque sea elemental, de lo que es el derecho. Este nivel “vulgar” de acceso al conocimiento del derecho suele identificar dicho concepto con la ley, y de hecho, hay varias corrientes del pensamiento jurídico —las positivistas— que consideran que el derecho está únicamente integrado por las leyes o normas que forman el ordenamiento jurídico. Pero frente a estas posturas reduccionistas de lo jurídico, otras consideran que el derecho no sólo se limita a las “leyes” sino que dentro de su estudio deben estar comprendidos otros aspectos metajurídicos, previos a la elaboración de las normas.

Para salir al paso de este problema —a primera vista insoluble—, se ha propuesto por parte de algunos historiadores del derecho utilizar un “concepto instrumental” del mismo que, por un lado, contenga los caracteres mínimos indispensables definitorios de lo jurídico y, por otro, que pueda ser proyectado sobre cualquier periodo histórico. Sin embargo, en nuestra

⁴⁰ Lalinde-Abadía, Jesús, *op. cit.*, nota 15, pp. 8 y 9.

⁴¹ “Cultura es, entonces, cuidado, cultivo del espíritu, que constituye la dimensión más radicalmente humana del hombre. La cultura es un avance del hombre hacia sí mismo: un crecimiento de lo humano en el hombre. En otras palabras, el cultivo del espíritu”. Llano, Alejandro, “La cultura como proyecto”, *Nuestro Tiempo*, Revista mensual de cuestiones actuales, Pamplona, marzo de 2004, núm. 597, p. 16.

⁴² Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales, apuntes de historia de las Constituciones*, Madrid, Trotta, 2000, p. 24.

opinión, esta solución es engañosa y poco satisfactoria desde el momento en que se está haciendo uso de un concepto anacrónico y que puede ser muy distinto del que se manejaba en el periodo estudiado. Por ello, parece más apropiado indagar primero el concepto —o conceptos— que del derecho se dieron en la época de nuestro estudio, y partir de un análisis de él —o ellos— hasta llegar a desentrañar todos los aspectos —metajurídicos, técnico-normativos, axiológicos y sociológicos— que comprenden el fenómeno jurídico.⁴³

Sánchez-Arcilla ha levantado demasiado alto el listón, pero el reto merece la pena, porque de lo contrario, el riesgo de padecer el castigo del Sísifo de Erasmo es inminente. Así que hay que hacerse algunas preguntas si lo que se quiere es hacer historia del derecho. En primer lugar, ¿qué es derecho o qué ha sido en el transcurso del tiempo? Le sigue ¿cómo debe estudiarse tal derecho? Es indispensable cuestionarse la plataforma desde la cual se lleva a cabo tal actividad científica, por ende ¿en qué consiste ser un historiador del derecho? Para, finalmente preguntarse ¿y para qué hacer historia del derecho? Podría quedar zanjado este último problema, que en principio es lo que cuestiona el historiador general, si uno se limita a responder de manera lisa y llana, que la disciplina en cuestión puede auxiliar a aquél que ambicionando las ansias de Bloch o Fevre, quiera hacer una historia “total”. Para el cultivador de la microhistoria, le vendrá muy bien poder contar con recursos materiales para contar más anécdotas, por ejemplo, escribir acerca de un litigio determinado, o la intervención de gestores en aquéllos y su posición frente a los letrados. Pero en ambos casos, la tarea no se enfoca en indagar acerca de la naturaleza de algo que se concreta y concibe en un espacio y tiempo determinados, como lo es el derecho. Por otra parte, el ius-historiador se ve beneficiado por el colega “sin adjetivos”, al obtener de éste el contexto del que hablaba Grossi. Me parece que la última pregunta, si es adecuadamente contestada, resulta un faro para poder responder a las otras tres. Por ello, me permitiré dar una contestación provisional: el historiador del derecho escribe para el jurista. Y esto, porque él, también lo es.

⁴³ Sánchez-Arcilla Bernal, José, *Instituciones político-administrativas de la América Hispánica (1492-1810)*, Madrid, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2000, pp. 1 y 2.

IV. JURISTA QUE BUSCA SU HISTORIA

Bien advierte Luis Prieto que el derecho “tiene algo de arcano e indescifrable”.⁴⁴ De ahí que Massini explique:

Es un dato de evidencia primaria que el derecho es un fenómeno complejo; que lo jurídico no se agota en una realidad simple e individual, sino que, por el contrario, abarca una serie de realidades distintas y diferenciadas. Es por esto que no utilizamos el derecho en forma unívoca, tal como utilizamos el término “hombre”, para designar entidades sustancialmente idénticas y con un mismo sentido. Por el contrario, llamamos derecho a una serie de realidades distintas y desiguales: a las leyes, a aquello que nos es debido, a la facultad de reclamarlo, a las sentencias de los jueces, el saber que conoce estas realidades; todas ellas son, en algún sentido, derecho.⁴⁵

Massini considera que debe partirse de un “primer analogado”, resultado, de que el derecho pertenece al orden de la razón práctica, es decir:

Aquél de las cosas que el hombre hace para el logro de su propia perfección y acabamiento, consiste, propia y principalmente, en un accionar social del hombre rectificado por la justicia. Esto, en razón de que el proceso, en el orden práctico, termina en un acto singular y concreto por el que el hombre pone en la existencia aquellas acciones u obras que hagan posible el desarrollo de las virtualidades contenidas en su esencia. En el caso del derecho, se trata de la existencia social del hombre y de la dimensión comunitaria de su naturaleza; por esto, el derecho es un obrar social rectificado al bien común, bien este último que constituye el fin propio de la vida societaria del hombre.⁴⁶

En consecuencia, la ley, las normas, las sentencias, etcétera, son meros instrumentos, medios “para que los hombres realicen en los hechos una vida en común armónica y rica, reciben este nombre sólo y en virtud de la relación que guardan con el obrar justo, objetivo y culminación de todo el orden jurídico”.⁴⁷ Así las cosas, “El elemento que hace inteligible al fenó-

⁴⁴ Prieto, Luis, *op. cit.*, nota 30, p. 4.

⁴⁵ Massini, Carlos Ignacio, *Sobre el realismo jurídico, El concepto de derecho, su fundamento, su concreción judicial*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, pp. 13 y 14.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 28.

meno jurídico, el que permite la comprensión del derecho, no puede ser sino la obra justa”.⁴⁸ En conclusión: “Sólo si partimos del núcleo inteligible se nos hará patente lo que el derecho esencialmente es, y sólo si sabemos lo que el derecho es podremos pensar cómo debe ser, problema este último el que realmente debe interesar a todo auténtico jurista”.⁴⁹ Y por ello, al jurista debe interesarle cómo ha sido concebido en el pasado, su objeto de estudio (el derecho).

He seguido a Massini para explicar cómo el derecho es una realidad social. Además de ser ubicado en un tiempo y en un espacio determinados, en virtud de pertenecer al orden de la razón práctica. Por ende, es necesario hablar acerca del oficio del jurista. Con ello, pretendo adelantar mis conclusiones: el historiador del derecho es un jurista que se ocupa del saber jurídico estudiando el derecho del pasado. Javier Hervada señala que “el oficio de jurista subviene a una necesidad fundamental de la vida del hombre en sociedad”.⁵⁰ En la posición del célebre ius-canonista, la tarea de un jurista es el ejercicio de la prudencia jurídica, o sea, el hábito de discernir lo justo, de esta manera: “La perspectiva del jurista es la perspectiva de la justicia, de lo justo; en otras palabras, es la perspectiva de la acción justa. Se trata de decir, de declarar lo que se debe hacer para dar a cada uno su derecho en el caso concreto, en la relación particular de que se trate”.⁵¹ Hervada explica con ello la naturaleza de la ciencia del derecho: “La perspectiva de la ciencia del derecho y de la filosofía jurídica, es la perspectiva del oficio del jurista. Y esta perspectiva, lo acabamos de ver, es la perspectiva de la acción jurídica o dar a cada uno lo suyo”.⁵² La historia del derecho es, pues, una historia del quehacer del jurista, del desarrollo de tal saber prudente, en orden de ilustrar al colega que encara el foro de manera ordinaria. El jurista busca, por naturaleza, el orden social justo, y de ahí

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 81.

⁵¹ *Ibidem*, p. 82. Explica Álvaro d’Ors: “La Jurisprudencia es la prudencia o ciencia del derecho. ‘Prudencia’ es la virtud que sabe distinguir lo que se debe hacer, y ‘Jurisprudencia’, lo que se debe hacer en derecho es, así, la ‘prudencia del derecho’. La virtud de la ‘Justicia’, que procede de esa misma palabra ‘yus’, es la de dar a cada uno lo suyo, pero sólo la ‘Jurisprudencia’ nos indica qué es ese ‘suyo’ que debe darse a cada uno, y, concretamente, cuando hay una controversia entre dos personas acerca de lo que les pertenece”. D’Ors, Álvaro, *Elementos de derecho privado romano*, Pamplona, EUNSA, 1992, p. 11.

⁵² *Ibidem*, p. 83.

que pueda echar la vista atrás y aprender de otras soluciones a otros problemas jurídicos. No es un mero buscar precedentes, es un esfuerzo por comprender cómo razonaron sus predecesores, y con ello buscar la mejor solución a otro problema concreto. El historiador que se limite a catalogar figuras pasadas, es un mero clasificador de fuentes formales y materiales de conocimiento. Será muy útil su labor, sin duda alguna, pero no tendrá el valor de la que haga el jurista-historiador que buscará profundizar en un saber jurídico determinado. El historiador que haga una descripción de hechos, o que incluso intente emitir un juicio de valor sobre aquéllos, también está haciendo una aportación de gran utilidad e interés, pero que no es la propia del jurista, que es quien se ocupará del discernimiento del derecho, entendiendo éste, como lo justo concreto. No obstante que aquí Juan Iglesias se refería a la docencia del derecho romano, es perfectamente aplicable a lo que aquí se pretende enfatizar:

En cualquier caso, la enseñanza actual del derecho romano —y del privado hablamos, fundamentalmente— no debe pararse en la simple y fría exposición de las instituciones. Debe ahondar en el significado íntimo, a veces soterrado, de cada una de ellas, y por manera de reconducirlas todas al entero espíritu de lo jurídico de Roma; debe habérselas con unas categorías que, desde entonces hasta hoy, son determinantes primarias y peculiares del derecho; debe, en fin, y sobre todo eso, tener trato con el modo de saber y operar del *iurisprudens*, eximio pesquisidor y defensa de la justicia.⁵³

Ahora bien, ¿cómo se vincula este hacer prudente con la aportación cultural? Decía Antoine de Saint-Exupéry: “una civilización es una heredad de creencias, de costumbres y de conocimientos adquiridos lentamente en el transcurso de los siglos, a veces difíciles de justificar por lógica, pero que se justifican por sí mismos, como caminos que conducen a alguna parte, puesto que abren al hombre su extensión interior”.⁵⁴ No cabe duda: el quehacer del jurista tiene una profunda raigambre social:

El oficio del jurista atiende a remediar una necesidad social. Declarar el derecho se inserta en el proceso de un establecimiento del orden social

⁵³ Iglesias, Juan, *Vida y sobrevida del derecho romano*, Granada, Comares, 1998, p. 28.

⁵⁴ Saint-Exupéry, Antoine de, *cit.* por Llano, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, p. 20.

justo, entendiendo por tal que cada persona vea reconocido y respetado su derecho. Lo que se trata de implantar, es un orden social, o por mejor decir, una dimensión del orden propio de la sociedad humana. En este sentido, la ciencia del derecho es una ciencia social, un saber acerca de la ordenación de las relaciones sociales.⁵⁵

La cultura es, en palabras quizá no muy afortunadas, la mayor expresión de las aportaciones de los espíritus humanos. Y lo digo así, puesto que se trata no sólo de espíritus que se cultivan, sino que también cultivan, que dejan huella. La cultura ha transformado la humanidad, de ahí que sea la más elevada expresión histórica. Alejandro Llano dice: “La fecundidad de la cultura sólo se aprecia por lo común al cabo de un largo tiempo, por parte precisamente de personas que guardan una cierta connaturalidad o empatía con aquellos discursos o hazañas que dieron un vuelco a la historia de la humanidad”.⁵⁶ El historiador del derecho es ese jurista que puede mirar con empatía, las soluciones jurídicas que se han dado en el pasado. Esas soluciones jurídicas han dado “vuelcos en la historia de la humanidad”. Aquí es posible dialogar con un dogmático, pues éste no podrá negar el carácter marcado en el tiempo por el *Codé Civil* de la Francia napoleónica. Ese código es una hazaña cultural. Ahora bien, si se pretende ser empático con tal aportación, debe darse un paso más. Es donde el jurista ejercita su oficio. De que el *Codé Civil* de 1804 ha sido un hito en el tiempo, es innegable. Radbruch considera que con tal texto surge una cultura jurídica —que me permito sintetizar como fenómeno codificador francés—.⁵⁷ El Código Civil obedeció a su tiempo: implicó la unidad jurídica de la Francia decimonónica y plasmó “en la legislación los resultados políticos de la Revolución francesa”.⁵⁸ Un ejemplo que puede ilustrar esto es el tratamiento jurídico del derecho de propiedad. En efecto, en la *Déclaration des Droits de L’Homme et du Citoyen*,⁵⁹ “Sus fórmulas escuetas y apodícticas

⁵⁵ Hervada, Javier, *Lecciones propedéuticas...*, cit., nota 50, 1992, p. 84. Véase Andrés-Gallego, José, “Derecho y cambio social: El ejemplo de Iberoamérica”, *Para comprender el cambio social, enfoques teóricos y perspectivas historiográficas*, Pamplona, Eunsa, p. 288.

⁵⁶ Llano, Alejandro, *op. cit.*, nota 41, p. 19.

⁵⁷ Radbruch, Gustav, *op. cit.*, nota 30, p. 74.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ El texto se ha tomado de Hervada, Javier y Zumaquero, José María, *Textos internacionales de derechos humanos (1776-1976)*, Pamplona, Eunsa, 1992, pp. 39-53.

contienen en un breve texto de 17 artículos el nuevo pensamiento del siglo XVIII. Locke, Montesquieu, Rousseau y Sieyès están condensados en fórmulas casi esquemáticas”.⁶⁰ La propiedad es elevada al rango de un derecho imprescriptible y natural, junto a la libertad: “Article 2: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression”.

El artículo 17 protegerá el derecho de propiedad, precisando que las partencias de alguien podrán ser objeto de expropiación: —“En caso de evidente necesidad pública debidamente justificada y previa su justa indemnización”.⁶¹ El derecho de propiedad termina por transformarse en un derecho absoluto, y así lo consagrará el *Codé Napoleon* en su artículo 544: “La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements”.⁶² No es el objeto de este breve artículo hacer un análisis del derecho de propiedad en la codificación moderna, sin embargo, el ejemplo vale para demostrar como las ideas se plasman en los textos, en un entorno muy específico:

El impulso de la codificación francesa corresponde a la Revolución y su conclusión a la decisión de Napoleón. En el primer periodo la figura más destacada es la de Cambacères y en el segundo, además de él, las de Portalis, Crochet, Bigot de Premenau y Maleville. Profundamente individualista, responde al racionalismo de la Ilustración, aunque no deja de inspirarse en el derecho romano en cuanto coincide con aquél y también en el derecho nacional francés.⁶³

La tarea del jurista-historiador oscilará desde estudiar cómo evolucionaron las ideas modernas y su consagración en códigos, hasta los efectos de la vigencia de éstos. Retomando el ejemplo del derecho de propiedad,

⁶⁰ Sánchez Agesta, Luis, *op. cit.*, nota 28, p. 263.

⁶¹ *Ibidem*, p. 265. El texto de la Declaración establece: “Article 17: La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité”.

⁶² Titre Deuxieme, De la Propriété, Décrete le 10 pluviôse an XII, promulge. Le 16, 27 janvier-6ferrier 1804.

⁶³ Lalinde Abadía, Jesús, *op. cit.*, nota 15, p. 430.

pueden ser objeto de investigación: juicios reivindicatorios, o bien, las críticas socialistas al concepto de propiedad absoluta. Ahora bien, queda pendiente pedirle un poco de comprensión al historiador general: las ideas se toman su tiempo en incidir en el derecho, ni que decir en la vida social.⁶⁴ Más aún, muchas ideas se quedan en el *tropos uranus*, así es claro notar que algún derecho positivo fracase en su ejecución, o en otras palabras, es abundante el papel mojado. En este sentido, me parece clave la siguiente reflexión de Massini:

Al iniciar su valioso volumen sobre la filosofía actual, el pensador polaco Joseph Bochenski puso de relieve el desfasaje que se produce en el tiempo, entre la elaboración de los sistemas filosóficos y su aceptación por el público. “Las masas —escribía— se hallan en gran retraso en cuanto a la recepción, de suerte que una filosofía que conoció sus años prósperos entre los especialistas cincuenta o cien años antes, es ahora cuando presenta las perspectivas mayores de convertirse en popular”. Los cien años a que hace mención Bochenski, deben duplicarse cuando nos referimos a un ambiente cerradamente conservador como es el de los juristas: las ideas iusfilosóficas de moda tienen posibilidad de informar la actividad de los prácticos del derecho, muchos años después de su apogeo en los cenáculos de estudiosos.⁶⁵

Es por ello que el historiador general, quizá tenga muchas expectativas en las épocas históricas y su incidencia o contenido de lo jurídico. En cierta manera, pareciera que una época es un paquete que ya lo contiene todo, por ejemplo, el “nuevo régimen”, implicará un Estado democrático de derecho fundado en una Constitución racionalista, conformada por una parte orgánica y otra dogmática, es decir, que delimita en el principio de legalidad las facultades y competencias de los órganos de poder y que posee un catálogos de derechos fundamentales bien garantizados por el gobernante. Si así fuese, sería plenamente válido argumentar que la modernidad implicó una ruptura radical con el pasado, y que nada o muy poco del “antiguo

⁶⁴ En tal orden de ideas, Pérez-Prendes admitía que había cierta culpa por parte de los ius-historiadores al no conseguir un diálogo interdisciplinario eficaz: “Son culpas en gran parte, de nosotros los juristas. Culpa de nuestra excesiva dependencia de las visiones históricas generalistas, esclavitud que no tiene otra excusa que la comodidad”. Pérez-Prendes Muñoz Arraco, José Manuel, *op. cit.*, nota 9, p. 46.

⁶⁵ Massini, Carlos Ignacio, *La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1980, p. 13.

régimen” mereció la pena. Después de todo —si se sigue tal actitud— las circunstancias son completamente distintas. En realidad, esa postura es lo menos empática con los hechos, ni qué decir de los textos. Bien se había propuesto denunciar Grossi:

Las simplificaciones y mitos constituyen una hipoteca grave y pesada para la conciencia del jurista italiano y europeo (al menos de la Europa continental). Tienen por ello la misión de pedir una reflexión más vigilante y estimulante sobre un cúmulo de nociones y principios basales de la civilización jurídica moderna asumidos como patrimonio supremo, inviolable y definitivo.

El historiador del derecho viene así a turbar la tranquilidad de los juristas continentales que con frecuencia se asemeja a una soñolienta inmovilidad.⁶⁶

En este orden de ideas, resulta muy interesante pensar acerca del derecho y las circunstancias. Tomemos otro ejemplo: ¿por qué buscar los precedentes del juicio de amparo? No porque interese hacer un rompecabezas cuyas piezas quizá lleguen a ser yuxtapuestas. Más bien se busca conocer una evolución terminológica, un perfeccionamiento funcional, o una adaptación de elementos del *ius-commune* y de la jurisprudencia angloamericana con el incipiente constitucionalismo mexicano decimonónico. ¿Y para qué? De nuevo, es menester recurrir a un ejemplo: los juristas estarán en mejor posición para proponer reformas al derecho vigente, pues comprenden que ha hecho que el juicio de amparo se tramite como en el presente. Buscarán cómo solucionar los problemas que los ocupan. En definitiva, el jurista-historiador se encuentra en una posición privilegiada para darles luces a aquéllos que tienen la misión de hacer un derecho mejor.

V. CONCLUSIONES

Paolo Grossi dijo: “Simplismo y optimismo parecen las características más llamativas del jurista moderno confirmado por las certezas ilustradas. Pero muchos son los problemas que se eluden, los interrogantes que no se han querido resolver, y demasiado fácil es la satisfacción que emana de la contemplación de un mundo poblado de figuras abstractas proyectadas por

⁶⁶ Grossi, Paolo, *op. cit.*, nota 27, p. 13.

una linterna mágica sabiamente manejada”.⁶⁷ Concluye Grossi que el historiador del derecho es un provocador para su colega, el jurista practicante, y añade que tal provocación es sana. Hay que recurrir a otro ejemplo. Es de sobra conocido, que tras la Segunda Guerra Mundial, muchos de los dogmas modernos se desmoronaron, o al menos, se cuestionaron. Se tipificaron los crímenes de lesa humanidad, y se instituyeron jurisdicciones internacionales. El dogma del Estado-soberano-nación se cuestionó. Y así, se ha seguido un interesante itinerario en la búsqueda de tal justicia internacional: los Tribunales de Núremberg de 1946, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, los tribunales *ad-hoc* contra los crímenes de lesa humanidad en Ruanda y la ex Yugoslavia de 1994, hasta la Corte Penal Internacional estatuida en 1997. Asimismo, mientras los Estados modernos se integran entre sí, rompiendo con los paradigmas modernos, en su interior hay deudas históricas aún no saldadas, como los casos de Bosnia-Herzegovina o Catalunya. Y no se trata de que el derecho llegue el último a resolver los problemas que se presentan, sino de que llegue de la manera más afortunada. Lo más prudente para una ciencia y arte de tal naturaleza, es tomárselo con calma.⁶⁸

Francisco Carpintero, siguiendo a Heidegger considera que “toda pregunta es un buscar, y que todo buscar tiene una dirección que le viene de aquello que es buscado”.⁶⁹ Sin embargo, “esta imbricación entre la naturaleza de la pregunta y la naturaleza de aquel ser al que dirigimos la interrogación vuelve más delicada y, por ello, más difícil, la tarea del investigador en las humanidades”.⁷⁰ Preguntamos al derecho, y como juristas-historiadores, preguntamos al derecho en el pasado. Dialogamos con quienes así lo pensaron, y cuestionamos sus soluciones, a veces para detectar el error, a veces —y éstas deben ser la mayoría— para aprender de los aciertos. Concluye Carpintero: “Los textos del pasado no deben ser desdeñados; al contrario, con frecuencia constituyen modelos de sabiduría práctica que,

⁶⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁶⁸ Una lección de lo que no se debe hacer, ha sido el régimen constitucional de Yugoslavia de 1945; en 1991, las repúblicas que integraron tal imposición geopolítica iniciarían la reivindicación de su propio pasado. Cfr. Calvocoressi, Peter, *Historia política del mundo contemporáneo, de 1945 a nuestros días*, Madrid, Akal, 1999, pp. 284-302.

⁶⁹ Carpintero Benítez, Francisco, *Una introducción a la ciencia jurídica*, Madrid, Civitas, 1989, p. 16.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 18.

en el supuesto de la actitud más crítica, es preciso conocer para poder superar”.⁷¹

El jurista-historiador no busca precedentes sin más, ni pretende clasificar el derecho en periodos que no necesariamente encajan con su realidad. Periodos que tampoco miden realistamente la evolución de las instituciones y fuentes jurídicas.⁷² Simplemente provoca, cuestiona, interroga e invita a razonar. De las respuestas que encuentre en el pasado, puede prestar un importante servicio para el colega que se encuentra en la trinchera. El jurista-historiador une eslabones de una cadena que no termina.

⁷¹ *Ibidem*, p. 22.

⁷² Pérez-Prendes lo ha advertido: “Ha permanecido ese derecho demasiado tiempo aferrado a periodos cronológicos, diseñados por los historiadores generalistas”, Pérez-Prendes Muñoz Arraco, José Manuel, *op. cit.*, nota 9, p. 11.