

# ORALIDAD Y ESCRITURA, O LA AGONIA DEL METODO EN EL TALLER DEL JURISTA HISTORIADOR<sup>1</sup>

CARLOS PETIT

Universidad Autónoma de Barcelona

*Para Jesús, tan clásico*

## PRIMA LE PAROLE-DOPO LA MUSICA

Nacida antes de la II Guerra pero estrenada durante su decurso, el espectador de hoy no puede ocultar una sensación de desasosiego ante la experiencia, indescriptible, de la representación de *Capriccio*. Es el desconcierto ante la paradoja. ¿Se entiende acaso fácilmente una “conversación informal”, por más que sea “en un acto”, acerca de las excelencias de texto sobre música, o su inevitable viceversa, cuando música y texto parecen callar bajo los truenos de la batalla?

Aceptemos sin embargo la historia. El *Führer* podía alimentarse en su locura con las notas *der Walküre*, pero el anciano *Kapellmeister* sometía al público de Munich a un tratamiento de choque con universales –el espacio del Poeta, el tiempo del Compositor– en momentos de horrorosa contingencia<sup>2</sup>. Y la historia dio razón al viejo Strauss sobre Hitler (y sobre Mahler<sup>3</sup>), salvando su obra –conocida y sorprendente condición de clasicidad– de la vorágine bélica.

*Facta* indisponibles que reclaman *verba* del historiador, a su respecto gozamos ya de una apreciable cuota de libre disposición. No testaremos ahora a favor

---

1. Adapto dos títulos y reconozco la deuda para ir integrando la masa de créditos preferentes de mi concurso particular: Walter Ong, *Oralità e scrittura. Le tecnologie della parola* (1982), trad. ital. di Alessandra Calanchi, Bologna, Il Mulino, 1986; Paolo Grossi, “La proprietà e le proprietà nell’officina dello storico” (1988), ahora en Paolo Grossi, *Il dominio e le cose*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 41), 1992, 603-665. Más adaptaciones: los epígrafes proceden de Clemens Krauss (-Richard Strauss), *Capriccio. Ein Konversationsstück für Musik in einem Aufzug*, 1942. Y expresión de circunstancias: estas páginas han sido redactadas como primera parte del proyecto docente y de investigación que, sustituyendo las viejas memorias de oposiciones, establece la legislación vigente en España para la provisión de cátedras universitarias. La segunda ya ha sido publicada: Carlos Petit, “El Romano de Pompeyo, o *hic sunt leones*”, en Anuario de Historia del Derecho Español (= AHDE), 59 (sic, por 60) (1990), 563-606, con continuas referencias a la Universidad catalana a que –sin éxito– concursaba.

2. El creador, como hombre, tuvo también sus miserias: George R. Marek, *Richard Strauss. Vida de un antihéroe* (1965), trad. Lilian Schmidt, Barcelona, etc., J. Vergara, 1985, carta a Hitler en pp. 294-296, motivada precisamente por la protohistoria de *Capriccio*.

3. Quien calificaba a Strauss de *grosser Zeitgemässe* a los principales efectos de monopolizar para sí una *Unzeitgemässheit* que la crítica moderna no escatima ya a nuestro maestro: Luigi Roggioni, *La scuola musicale di Vienna. Espressionismo e dodecafonia* (1966), Torino, Einaudi, reimpr. 1974, p. 14 y n. 1, p. 136. Véase además Alan Philip Lessen, *Schönberg espressionista. Il dramma, il gioco, la profezia* (1979), trad. David Bryant, Venezia, Marsilio, 1988, pp. 18 y ss.

de de la anécdota de referencia: dejemos desde este momento las miserias del *Führer* y las grandezas del *Kapellmeister*, las notas heroicas de Brünnhilde y la deliciosa indecisión de la Condesa. Válganos, de *Capriccio*, la tensión básica entre sonido (música, tiempo) y texto (poesía, espacio) que recorre toda la obra –"prima le parole, dopo la musica" (Olivier), "prima la musica, dopo le parole" (Flamand)– y constituirá el legado aceptado por nuestras preferencias.

Y adviértase que, a vueltas con universales, nos las habemos con categorías susceptibles de soportar las discusiones más variadas. Incluso humildemente estratégicas: un dicho *proyecto* de investigación y docencia que reclama el *Capriccio* del legislador universitario también se debate entre la economía temporal-oral del enseñante y la pretensión espacial-textual del investigador. O menos humildemente: tomar posición entre ambos extremos ofrecerá tal vez ocasión para mostrar un entendimiento de la Historia del Derecho (con las mayúsculas que corresponden, claro, a la disciplina universitaria), contenido mínimo de esta suerte de escritos. Y aún con menor dosis de humildad: de lo oral a lo textual, acaso podamos encerrar entre estos términos la historicidad misma de nuestro objeto jurídico, siendo la nuestra, al fin y al cabo, una historia sustancialmente de textos. Un amplio catálogo de posibilidades de reflexión permiten, como se ve, nuestros caprichosos universales.

#### SO WENIG VERSTÄNDNIS...

En el actual terreno de cuestiones prejudiciales conviene no abusar de la discreción del lector dejando en la sombra aquello que no interesa a estas páginas. No se trata de desconfianza y menos todavía de ofensa a la inteligencia ajena: de la profesionalidad de aquél se espera un juicio sobre las razones de determinadas omisiones, de nombres y de problemas, irrelevantes –pero, casi siempre, a los actuales efectos– los unos y falsos –lamentablemente, en todo caso– los otros. Otras son las razones de la locuacidad. En una práctica académica como la española, donde el requisito de la *memoria*, por ser tradicional, subraya aún más la penuria de pronunciamientos de método, toda cautela resulta poca a la hora de precisar la propia posición. Y valga lo dicho en términos generales: no consta que otros colegas universitarios caigan con mayor frecuencia en ese pecado de introspección que tanto repugna al historiador del derecho. La denuncia del éxtasis místico parece paso obligado cuando se opta por el ascetismo del pecado.

Viene efectivamente generándose, en relación a las *memorias*, un *modus operandi* viciado por rutinas académicas perpetradas desde la impunidad de lo inédito (pues ya sabemos, muy a pesar de Jhering<sup>4</sup>, que el camino hacia la

---

4. Rudolf v. Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para lectores de obras jurídicas* (1884), trad. de Tomás A. Banzahf, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974, p. 117 (carta sexta, 1866).

cátedra pasa por la imprenta). No son problemas de hoy. En la horma de la buena intención neokantiana de don Marcelino Domingo y don Fernando de los Ríos<sup>5</sup>, el antiguo legislador exigía a los opositores un mínimo de noticias en materia de *concepto, método y fuentes* de la respectiva especialidad académica que pronto se disipó; una ristra de lugares comunes, descripciones empobrecidas de técnicas de trabajo y elencos bibliográficos carentes de sentido fueron trufando las *memorias* y elevando a la categoría de valor supremo en su confección -el concurso, en definitiva, se resuelve en cooptación- la más burda convencionalidad.

De la *memoria al proyecto*, con este lastre pasado la situación de presente no es mucho mejor. El cambio terminológico ha llevado a la pérdida de la intención originaria, en sí buena por muy negativa que soliera ser su práctica: ya ni siquiera se requiere un rápido y adocenado pronunciamiento sobre la propia actividad intelectual. Nos situamos así en terreno *praeter legem* donde la falta de (auto)control establece usos deplorables. Se ha relanzado la práctica de las listas bibliográficas -las viejas fuentes- aunque ahora, probablemente, con el referente cercano de los llamados concursos de idoneidad<sup>6</sup>; basta entonces presentar un *programa*, justificarlo mínimamente -con la ración de estrategia que suministra, como excusa, la docencia- y llenar páginas con títulos de libros y artículos generalmente no leídos, lo que permite amalgamar con alegría los más diversos planteamientos. En la locura del *todo vale*, el salpicón de autoridades localizadas en lecciones o “temas” llega a servirse con entremeses no menos variados e indigestos: un *précis* de pedagogía a uso de universitarios apresurados, una elemental definición del quehacer entendido como *asignatura*, un repaso de *escuela* a los pocos escritos que han salido del trance concursivo y llegan a letra impresa, pueden de ese modo completar el *proyecto*.

Como la vulgaridad no es incompatible con la singularidad es sabido que los historiadores del derecho aportamos a la evolución de esta especie académica la vieja (y falsa) discusión sobre la naturaleza jurídica o histórica, o ambas, de la propia disciplina; particular versión del capítulo de “relaciones de la asignatura con otras afines” que no solía faltar en las viejas *memorias* de un buen número de especialidades, aunque la heterogeneidad de los elementos en juego aporte en nuestro caso ciertas dosis de dramatismo. Se asiste así a funambulismos entre la Historia y el Derecho que no tienen más referencias que las propias -o algunas

---

5. La referencia a la historia del ejercicio, que comienza en 1931, es aportación erudita que agradezco a un filólogo clásico: José Luís Vidal Pérez, *Memoria sobre el concepto, método, fuentes y programa de la disciplina “Lengua y Literatura Latinas”*, Barcelona 1981, p. 6. Por supuesto, aunque mucho pese, inédito.

6. Orden de 7 de febrero de 1984 (BOE del 16 de febrero), en relación a la disposición transitoria 9,2 de la Ley de Reforma Universitaria, de 28 de agosto de 1983. Y para estas cuestiones se cuenta con una literatura de circunstancias: Gabriel Lorente Páramo, *El acceso a los cuerpos de profesores de Universidades y Escuelas Universitarias. Exposición y comentario metodológico de la nueva normativa*, Madrid, Reus, 1985, folleto que en su elementalidad ya vale como muestra de la práctica común que se denuncia.

tan alejadas en el tiempo, pero no en la lengua o la geografía, como el *Avviamento* de Enrico Besta<sup>7</sup>— ni mejor propósito que pagar el portazgo del rito iniciático de consolidación como profesional universitario en España: nadie los toma demasiado en cuenta. Otras propuestas, incluso entre nosotros, desde luego no faltan<sup>8</sup>, pero permanecen incomprendidas<sup>9</sup>, si no abiertamente desfiguradas.

Nada de ello debe ahora ocuparnos: iniciados ya lo estamos. Por la misma razón es inexcusable una reflexión sin las habituales protestas de los autores de *proyectos y memorias*, inmaduros confesos a la hora de penetrar en tan exóticos parajes de la *asignatura* como estos del *concepto y método*<sup>10</sup>. Sencillamente, la experiencia acumulada impide tan fácil *captatio benevolentiae*. (Y entiéndase cuán indeseable sería la benevolencia si el mínimo de *cientificidad* de nuestra profesión consiste en la discusión continua y sin concesiones de resultados y planteamientos propios<sup>11</sup>, lo que equivale a construir la dignidad académica de la Historia del Derecho con la materia prima de la Crítica).

#### DIE BÜHNE IST FERTIG, WIR KÖNNEN BEGINNEN

Otras razones, ahora de fondo, costringen a la reflexión. Como una actividad historiográfica relacionada con el derecho se data en momentos precisos y con valencias jurídicas determinadas, hay que tomar posición respecto de una tradición ya vieja entre juristas, pero así, aceptado el postulado de la historicidad de nuestro objeto jurídico, comenzamos a adentrarnos en el terreno del método.

Permítaseme una observación inicial. Si los juristas recurren a la Historia desde, al menos, aquella fase central en la *longa historia iuris communis* que

7. *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano* (1926), Milano, Giuffrè, 1946. Es obvio que se trata de un simple ejemplo, pero importa en lo que silencia: destacadamente la obra colosal de Riccardo Orestano, otro de mis acreedores preferentes. Cfr. ahora, de este autor, su monumental *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.

8. Bartolomé Clavero, "Historia, ciencia, política del derecho", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* (= *Quaderni fiorentini*), 8 (1979), 5-58. Repárese en la sede, pues no hay casualidad en la opción florentina.

9. David Torres Sanz, *Historia del Derecho. Bases para un concepto*, Valladolid, Universidad de Valladolid, 1986.

10. Cfr. Aquilino Iglesia Ferreirós, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*, I, Barcelona, Signo, 1989, p. 4. Pero si la memoria es "absurda", "ya que consistía en exponer la idea que se tenía de algo de lo que se carecía de experiencia personal" (uno preguntaría: ¿se carecía de experiencia personal y sin embargo se concursaba a una cátedra universitaria, obtenida no sin esfuerzo pero sí con éxito?), parece "absurdo" que las manifestaciones de Iglesia se realicen a la hora de justificar que la primera de las partes de su voluminosa obra, "dirigida a exponer la idea más o menos aproximada que me hago de la tarea de historiador y a ofrecer una serie de conceptos instrumentales en torno al derecho", sea "en gran parte deudora(s) de la Memoria".

11. Antonio Serrano, *La rata en el laberinto o la historia como observatorio jurídico* (1991), en curso de publicación; otro escrito de circunstancias, sólo presentes como explicación genética de una obra de aliento y rigor poco comunes. También su autor, otro de mis pacientes acreedores.

conocemos como humanismo jurídico, la del derecho sólo nace en el siglo XIX. Esta afirmación ha sido felizmente desarrollada<sup>12</sup>, pero suele olvidarse que la natividad de la disciplina –su adquisición de estatuto propio en el árbol de los saberes– es efecto particular de la fragmentación de la vigorosa tradición intelectual premoderna. Y se trató, claro, de una nada inocente operación política de gran calado, según ha podido denunciarse a la hora de intentar una historia de esas gentes sin historia que tan mal paradas salieron del trance constitutivo de los nuevos saberes sociales: “Ocurrió a mediados del siglo pasado, cuando el estudio de la naturaleza y variedades de la especie humana se escindió en especialidades y disciplinas separadas y desiguales. Esta escisión fue funesta, pues no sólo desembocó en el estudio intensivo y especializado de aspectos particulares de la especie humana, sino que convirtió las razones ideológicas de esa escisión en una justificación de las especializaciones intelectuales”<sup>13</sup>. También, agregaremos nosotros, en el caso que más interesa del Derecho<sup>14</sup>.

Como no sólo nace la Historia del Derecho en el siglo XIX, la formación de la enciclopedia actual constituye el punto de referencia, más lejano de cuanto permiten simples consideraciones de tradición en el pensamiento jurídico, por muy atinadas que éstas sean<sup>15</sup>, para enfocar el clásico problema de su “génesis”, pero no es cuestión ahora de improvisar la arqueología del saber histórico-jurídico. Bastará con el reconocimiento de urgencia de un rico yacimiento que debereamos entre todos –o mediante el concurso de los más animosos– excavar. He aquí algunas piezas sueltas. En lo que hace a la *Historia*, sabemos ya que nuestra percepción burguesa del Tiempo es ante todo lineal: un pasado, un presente y un futuro, pero se trata, adviértase, de un mero dato de cultura por más que se encuentre procesado como fenómeno de naturaleza; otras posibilidades culturales (circularidad de lo temporal, con la secuela de indistinción entre pasado y futuro y agotamiento del presente en un reencuentro con el pasado) también caben<sup>16</sup>. Del Tiempo al Espacio, esta concepción lineal del primero se refuerza por su

---

12. Un ilustre y conocido ejemplo: Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 2. neubearb. Auflage 1967, pp. 416 y ss.: “Entdeckung der Rechtsgeschichte”. Otro menos conocido: Donald R. Kelley, *Historians and the Law in Postrevolutionary France*, Princeton (N. J.), Princeton University Press, 1984, indispensable para conocer el ambiente fundacional de la vieja *Revue historique de droit français et étranger*.

13. Eric R. Wolf, *Europa y las gentes sin historia* (1982), México, Fondo de Cultura Económica, 1987, p. 20.

14. Antonio M. Hespanha, *A história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978.

15. Así Bartolomé Clavero, “Historia, ciencia, política del derecho” cit. (n. 8). Del mismo, “*Leyes de la China: orígenes y ficciones de una historia del derecho español*”, en *AHDE* 52 (1982), 131-154.

16. Y es obvio que no pienso en la propuesta de Theo Mayer-Mali, “Die Wiederkehr von Rechtsfiguren”, en *Juristenzeitung*, 26 (1971), 1-3, que resulta simplemente una pintoresca formulación de la orientación dogmática.

neta distinción respecto del segundo, por más que en la misma tradición burguesa se documenta una indistinta categoría espacial-temporal (el felizmente calificado como *cronotopo* medieval y moderno) que aún permitía, por ejemplo, a Voltaire o Montesquieu la alegre comparación de experiencias culturales distintas en el tiempo desde la conciencia implícita de simultaneidad, pues la diferencia se reducía a la geografía<sup>17</sup>. Y sabemos también que esas experiencias han podido vincularse a los sistemas verbales y las estructuras sintácticas de las lenguas indoeuropeas, faltando en pueblos cuyos usos lingüísticos optan por separar *lo manifiesto*, reino compartido por (nuestro) pasado y (nuestro) presente, y *lo no manifiesto*, que sería el ámbito de (nuestro) futuro, o simplemente prefieren calificar tipos de actividad sin una dimensión temporal. Ha podido así escribirse que “el espacio, el tiempo y la materia newtonianos no son intuiciones. Son recetas de la cultura y el lenguaje”, proposición de Whorf que, con toda su capacidad para generar escándalo, ratificada una y otra vez por la Física moderna<sup>18</sup>, no puede ahora entretenernos<sup>19</sup>; permite en cualquier caso concluir que nuestras categorías básicas de conocimiento, con la secuela lógica del desarrollo de tecnologías diversas para su adecuada medición, datándose y ubicándose bien concretamente, resultan los requisitos para la aparición de la historiografía en Occidente.

A la escisión, todo ello mediante, de una *Historia* la modernidad añade la constitución de un *Derecho* que se afirma respecto de otros órdenes y saberes, singularmente de la *Teología*. Más esotéricas o impenetrables estas *ciencias*, o tal vez solamente olvidadas en la discusión actual sobre epistemología a despecho de aportaciones excelentes que vienen reclamando mayor atención<sup>20</sup>, falla en

---

17. El arqueólogo, en su urgencia, simplemente remitirá a unas cuantas autoridades: Arón Guriévich, *Las categorías de la cultura medieval* (1972), trad. de Helena S. Kriúkova y Vicente Cazarra, Madrid, Taurus, 1990, pp. 51 y ss., de tanto interés para lo jurídico (una, y no la más despreciable por cierto, de esas categorías); Donald M. Lowe, *Historia de la percepción burguesa* (1982), México, Fondo de Cultura Económica, 1986, pp. 71 y ss.; Witold Kula, *Las medidas y los hombres* (1970), Madrid, Siglo XXI, 1980.

18. Cfr. Benjamin Lee Whorf, *Lenguaje, pensamiento y realidad. Selección de escritos* (1956), trad. de José M. Pomares, Barcelona, Barral, 1971, así como Ludwig von Bertalanffy, *Teoría general de los sistemas* (1968), trad. de Juan Almela, México, Fondo de Cultura Económica, 1987 (sexta reimp. de la primera ed. española de 1976), pp. 233 y ss., interesado por la “hipótesis whorfiana de la determinación lingüística de las categorías de la cognición” a la hora de diseñar una teoría ‘sistémica’ que puede ser ‘general’ precisamente gracias a la erosión de la Física clásica.

19. Me exoneran de mayores explicaciones trabajos como los de Norbert Elias, *Sobre el tiempo* (1984), trad. de Guillermo Hirata, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1989.

20. Y he aquí los créditos de mayor privilegio que pesan sobre mi debe intelectual, clasificados sin otro rango que el simple orden alfabético de titulares: Bartolomé Clavero, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 39), 1991; Paolo Grossi, “Usus facti. (La nozione di proprietà nella inaugurazione dell’età nuova)” (1972), en *Il dominio e le cose* cit. (n. 1), 123-189; António M. Hespanha, “Una historia de textos”, en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, 187-196, donde también interesan ahora los trabajos de Clavero.

general la bibliografía, por lo que resulta aún imprescindible acudir a testimonios de época. Tomemos por ejemplo la *Bibliotheca Hispana* de Nicolás Antonio: su índice final de materias bien puede servirnos para figurar el sistema de conocimientos premoderno<sup>21</sup>. ¿Y qué tenemos? Ante todo la *Theologia*, saber de saberes que ni siquiera se incluye en el catálogo que los enumera; el primoroso impresor de la *Bibliotheca* ya resalta intencionadamente, con uso de tipos de mayor tamaño, las diferencias (y gracias a Ong sabemos muy bien que la tecnología empleada en la producción de la palabra escrita condiciona inevitablemente los discursos<sup>22</sup>). Sigue la relación de veintitrés categorías de escritores según argumentos, bien diversos (en apariencia) entre sí, desde (i) *Sacrae Scripturae Interpretes, Res Biblicae* hasta (xxiii) los cultivadores de *Fabulae, Poesis prosaica*, con una significativa categoría (xv) *Juridica, Politico-Legalia*, pero la *Theologia* se encuentra siempre presente. Intertexto amplio que integra nuestros textos jurídicos, muchos de ellos se clasifican en sede teológica y no en la categoría titulada jurídica que también se relaciona: el capítulo fundamental *de contractibus* lo encontramos en la clase (viii) *Moralia Theologica, Philosophico, seu Politico-moralia*, de la misma manera que en el lugar jurídico se incluyen materiales *de rebus canonicis* que no son propiamente canónicos y sin embargo carecen de presencia en alguna de las categorías (i-xii) más inmediatamente conexas con la común *Theologia*.

Y no se piense que la de Nicolás Antonio, por tratarse de un simple catálogo de autores elaborado además en los ortodoxos ambientes de la Monarquía católica, podía resultar *bibliotheca* tan *hispana* como marginal en relación a una realidad europea más vasta. 1610. Una hermosa estampa de Woudanus difunde entre los ambientes cultos del continente la imagen de la biblioteca universitaria de Leyden. Estamos en unos momentos en que la vieja Europa, a partir de la experiencia milanesa de la Biblioteca Ambrosiana (1603-1609), comienza a renovar los espacios destinados a la conservación y consulta de libros, aunque en el caso de la universidad holandesa la disposición de los materiales, por más que se aprecie en el grabado una reducción del tamaño de los libros con aumento de su número, sigue arrastrando pautas medievales. Y todavía: sin perjuicio de su papel como institución al servicio del libre albedrío propugnado por la Reforma, la fiel reproducción de las leyendas situadas sobre los anaqueles permite comprobar que los fondos de la biblioteca de Leyden, con una presencia total de seis estantes frente a los cinco con obras de Jurisprudencia, los cuatro dedicados a la

---

21. *Bibliotheca Hispana Nova, sive Hispanorum Scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV. floruerunt notitia. Auctore D. Nicolao Antonio hispalense i.c. ...* II, Matriti, apud Viduam et Heredes Joachimi de Ibarra, MDCCLXXXVIII, pp. 533 y ss.

22. Walter J. Ong, S. J., *The Presence of the Word. Some Prolegomena for Cultural and Religious History*, New Haven and London, Yale University Press, 1967. Es aportación pionera que el mismo autor ha ido desarrollando: cfr., del mismo, *Interfacce della parola* (1977), trad. Gino Scatasta, Bologna, Il Mulino, 1989.

Historia o los dos de la Medicina, se componían mayoritariamente de libros teológicos<sup>23</sup>. Porque otras eran las relaciones entre los saberes, nada fácil resulta hoy elaborar series estadísticas de impresos<sup>24</sup> o afirmar primados intelectuales para tiempos anteriores a la Revolución<sup>25</sup>, mas a tenor de los datos disponibles siempre hemos de concluir a favor de la Teología.

El arqueólogo de saberes podría proseguir examinando piezas similares, mas la premura con que se conciben y redactan estas páginas obliga a situarnos en el marco de la modernidad. Bartolomé Clavero, disertando no hace mucho de delitos y pecados, ha colocado en Christian Thomasius la frontera entre Derecho y Religión, Jurisprudencia y Teología<sup>26</sup>. Hans Hattenhauer, en una suerte de *Begriffsgeschichte* que interesa al derecho privado, encuentra en Samuel Pufendorf el alba de lo moderno<sup>27</sup>. Más que unos protagonistas o unas fechas, intento peligroso por lo inseguro (y vicioso metodológicamente: es muy fuerte la tentación provinciana de arrimar agua al propio molino al trazar la cadena de precursores con nombre propio<sup>28</sup>), interesa simplemente aislar corrientes de pensamiento: el iusracionalismo sería aquélla que funda nuestra experiencia, también en el punto decisivo de un Derecho entendido, frente a Religión, como ordenamiento *a se stante* (lo que no exonera, claro está, de eventuales repasos de sus raíces

---

23. Cfr. Maurizio Boriani, "Conservazione e acceso al patrimonio librario nella storia dello spazio delle biblioteche", en Massimo Accarisi-Massimo Belotti (a cura di), *Abitare la biblioteca. Arredo e organizzazione degli spazi nella biblioteca pubblica*, Roma, Oberon, 1984, 8-22, particularmente pp. 12-13 y reproducción en esta última. El grabado ha atraído a los historiadores de la lectura: Robert Darnton, *The Kiss of Lamourette. Reflections in Cultural History*, New York, W.W. Norton & Co., 1990, p. 167.

24. Aurelio Musi, "Disciplinamento e figure professionali: l'articolazione della medicina nel Mezzogiorno spagnolo", en *Sapere e potere. Discipline, Dispute e Professioni nell'Università Medievale e Moderna. Il caso bolognese a confronto*, III: *Dalle discipline ai ruoli sociali*, a cura di Angela de Benedictis, Bologna, Istituto per la Storia di Bologna, 1990, 203-221, tabla en p. 203, con sus legítimas cautelas; Yvonne Johannot, *Tourner la page. Livre, rites et symboles, ¿Grenoble?*, J. Millon, 1988, p. 128, obra toda de deliciosa lectura.

25. Diego Quaglioni, "Autosufficienza e primato del diritto nell'educazione giuridica preumanistica", en *Sapere e potere* cit. (n. 24), II: *Verso un nuovo sistema del sapere*, a cura di Andrea Cristiani, 135-152.

26. Bartolomé Clavero, "Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones", en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco* cit. (n. 20), 57-89, pp. 67 y ss.

27. Hans Hattenhauer, *Conceptos fundamentales del derecho civil* (1982), trad. (poco feliz) de Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 199 y ss.

28. Algo de denuncia tienen mis observaciones al trabajo de Clavero: Carlos Petit, "Sex, Lies, and Videotapes. (A propósito de Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*)", en *Quaderni fiorentini*, 21 (1992), 671-680. Enérgicamente antiprovinciano en su repaso de la Civilística italiana y valorando en lo que merecen las prioridades temporales, Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*, Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma de Barcelona, 1991, que es lección solemne de doctorado *honoris causa* a publicarse en la *Rivista di Storia del Diritto Italiano* (1992).

teológicas<sup>29</sup>); cuanto sabemos por otros particulares<sup>30</sup> confirmaría un resultado que así puede entenderse pacífico.

Tanto, que de nuevo la historiografía puede completarse con el recurso a la arqueología. 1751. Una sociedad que se dice “de gens de lettres” da a las prensas una *Encyclopédie, ou Dictionnaire raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers*, desde entonces, inevitablemente, la *Enciclopedia*. Resto equiparable a aquella nuestra *Bibliotheca Hispana* que presentaba el Derecho tan prendido de las faldas de la Teología, a su frente un elegante grabado de Charles Nicolas Cochin (1715-1790) guía la consulta: es la portada de la obra toda, enviada a los suscriptores (de ahí que sea raro encontrarla en los ejemplares originales) cuando ya estaba completa. Y nos las tenemos con una portada en sentido estricto, pues representa el acceso a un edificio de elementos jónicos ante el que espera una multitud de figuras femeninas: son los saberes que encontrará el lector albergados en el solemne palacio. La *Enciclopedia* se propone a sí misma como santuario de la Verdad, que ocupa el centro de la composición, rodeada de la Razón y la Filosofía, ambas confabuladas para despojarla del velo que la envuelve, y de la Imaginación, entretenida más bien en una oferta de mirtos y flores. Bajo ellas se encuentran la Memoria, la Historia Antigua y Moderna apoyadas en el Tiempo, la Geometría, la Astronomía, la Física, la Óptica, la Botánica, la Química, la Agricultura, la Poesía en sus diversos géneros, la Pintura, la Música, la Arquitectura ... No falta, desde luego, la Teología: figura inquietante que recibe la luz de lo alto directamente para su propio consumo (el resto del grupo refleja la luz de la Verdad), mira algo espantada hacia su celeste foco particular y agarra ostensiblemente la Biblia; integrada en el espacio del cuadro, la Teología, por su actitud, se sitúa decididamente extramuros<sup>31</sup>. Y, en fin, una ausencia llamativa que deberá ocuparnos: no hay lugar en nuestro grabado para la Justicia<sup>32</sup>.

---

29. Franco Todescan, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico, i: Il problema de la secolarizzazione nel pensiero giuridico di Ugo Grozio*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 14), 1983; ii: *Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, ibd. (= Biblioteca cit., 26), 1987.

30. Por ejemplo la historia de la noción de derecho subjetivo, más unida a la ruptura religiosa de lo jurídico de lo que suele entenderse: Ricardo Orestano, *Azione. Diritti soggettivi. Persona giuridiche. (Scienza del diritto e storia)*, Bologna, Il Mulino, 1978, aún válido tras (y a pesar de) Bartolomé Clavero, “Almas y cuerpos. Sujetos del derecho en la edad moderna”, en *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I, Milano, Giuffrè, 1990, 153-171.

31. Lo que no obsta a la presencia, superior en términos absolutos, de artículos teológicos en la *Encyclopédie*, pues lo importante era (y es) la disposición de los saberes: Robert Darnton, *The Great Cat Massacre and Other Episodes in French Cultural History* (1984), New York, Vintage Books, 1985, pp. 191-213.

32. Tengo a la vista la reproducción inserta en Denis Diderot y otros, *Le droit romain et l'Encyclopédie. 31 Articles*, con una nota di lettura di Witold Wolodkiewicz, Napoli, Jovene (= Antiqua, 38), 1986, con otras informaciones que aprovecho y que actualizan las conocidas páginas de Giovanni Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto* (1976), Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 330 y ss.

En medio de esta discreción iconográfica la posición exenta de la Justicia (de la Jurisprudencia) es total. La enemiga ilustrada contra el derecho en general y el derecho romano en particular ha podido mencionarse como causa de la omisión del grabador, pero el lector de la *Enciclopedia* ya sabe que no se trataba de inexistencia de lo jurídico. El árbol del conocimiento enciclopédico, que el arqueólogo sabe contrastar con algún otro precedente (como el plantado en suelo inglés por Francis Bacon), despliega bien separadas las ramas de la Jurisprudencia y la Teología: “malheureusement”, que diría Diderot, “la jurisprudence ... va désormais paraître dans l'*Encyclopédie* avec le détail et la dignité qu'elle mérite”, y, en efecto, hasta una quinta parte de los artículos es de asunto jurídico y muchos los colaboradores juristas de la *Enciclopedia*. Una cierta integración de saberes aparece en ella a la hora de definir la “Jurisprudence”, pero son relaciones meramente instrumentales (con la Religión, “parce qu'un des premiers devoirs de la justice est de lui servir d'appui”; con la Geografía, la Cronología y la Historia, “car on ne peut bien entendre le droit des gens et la politique, sans distinguer les pays et les tems, sans connoître les mœurs de chaque nation et les révolutions qui y sont arrivées dans leur gouvernement”) para la mejor práctica de un conocimiento específico: “la science du Droit, tant public que privé, c'est-à-dire, la connoissance de tout ce qui est juste ou injuste”<sup>33</sup>.

Ya sobre todo ello cabe nuestra historia.

#### FÜR DIE AUGEN EIN PARADIES, FÜR DIE OHREN EINE HÖLLE

Cabe además su enseñanza, asunto nada indiferente cuando se trata de reflexionar sobre métodos. Antes de ir demasiado lejos situémonos en la dimensión temporal de nuestra labor como profesionales de la historia jurídica: en el momento de oralidad, si se quiere, que antes quedaba enunciado.

La principal idea a destacar es precisamente la naturaleza oral que debe siempre conservar la enseñanza universitaria. Por muy difundida que pueda estar la práctica en contrario, se aceptará que la hora de clase cobra sentido sólo si se entiende como acontecimiento o acto singular, como lapso temporal en el que *sucedan* cosas que interesan por igual al estudiante y al profesor y que no se producirían en defecto de su encuentro. Esto supone, en primer lugar, el rechazo de una actividad docente consumida en la verbalización mejor o peor de un manual (escrito o por escribir), pues libro de texto y hora de clase son extremos opuestos. Supone también rescatar la vieja tradición dialéctica de la pedagogía universitaria: la relación entre docente y discente en términos de agonía, esto es, de oposición, siempre y cuando entendamos, como seguidamente veremos, que

---

33. Antoine-Gaspard Boucher d'Argis (1708-1791), s.v. *Jurisprudence*, en *Encyclopédie*, IX, 81-82, que consulto por la recopilación *Le droit romain et l'Encyclopédie* cit. (n. 32), pp. 123-126.

se trata de una lucha intelectual que funciona como método para transmitir y contrastar conocimientos<sup>34</sup>. Y supone, ante todo, el enfrentamiento contra un entendimiento ‘natural’ o de ‘sentido común’ no sólo de la Historia, pero también de un Derecho que los estudiantes, aún en defecto de la dimensión técnica que adquirirán en la Facultad jurídica, ya poseen como dato de (su) cultura.

La subversión puede llegar no sólo al terreno de una Historia entendida como *verba* (¡imponentes *verba* que inventan naciones, crean memoria colectiva, justifican guerras!) y un Derecho con la mayúscula que corresponde a la *scientia iuris*: las minúsculas de la historia-*facta* y el derecho-*regulae* pueden, profilácticamente al menos, subvertirse. Es la agonía, ahora, de *natura* y *cultura* entendidas como polos alternativos de indentificación de los mismos datos que cabe interpretar. Conviene por ejemplo suponer, con algún interesado autor de tiempos de la Restauración, que Napoleón Bonaparte nunca ha existido<sup>35</sup>, proposición poco escandalosa si tenemos presente el conocido decreto de 1814 por el que Fernando VII declaró inexistentes las famosas Cortes<sup>36</sup>, mas no se trata ahora de destacar que el derecho (ordenamiento) a veces subvierte la historia (hechos acontecidos), sino, más bien, que el entendimiento de estos acontecimientos como hechos realmente acaecidos es, en sí mismo, una operación cultural<sup>37</sup>, lo que ni siquiera hay que discutir, por su obviedad, en relación al derecho.

La actividad de enseñar se resuelve así en una continuidad de actos orales que, permítaseme invocar un título americano sobre la materia<sup>38</sup>, sólo pueden ser resultando *subversivos*: y nunca de otro modo, pues la oralidad, sabemos gracias a Walter Ong, se sitúa en el terreno de la controversia. La recuperación de una enseñanza tan oral como imponen las condiciones prácticas de su producción (“prima la musica”) nos aparta del consenso literario (“dopo le parole”) en la misma medida en que nos aproxima a la lucha verbal.

Existen además ulteriores niveles de agonía. Si aceptamos que “the basic function of all education, even in the most traditional sense, is to increase the

---

34. Mi deuda con Walter Ong es aquí considerabilísima: cfr. *La lucha por la vida. Contestación, sexualidad y conciencia* (1981), trad. Juan Novella Domingo, Madrid, Aguilar, 1982, en especial pp. 111 y ss.; básica para conocer la procedencia de sus reflexiones resulta, del mismo, *Ramus. Method, and the Decay of Dialogue. From the Art of Discourse to the Art of Reason* (1953), Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1983. Con o sin reconocimiento de su obra, la agonía despierta últimamente interés entre los juristas: Steven L. Winter, “The Cognitive Dimension of the Agon between Legal Power and Narrative Meaning”, en *Michigan Law Review* 87 (1988-1989), 2225-2279, en las actas de un simposio que deberá aún interesarnos.

35. Jean Baptiste Pères y otros, *L'imperatore inesistente*, a cura di Salvatore S. Nigro, trad. di Carlo Guarrera e Stefano Rapisarda, Palermo, Sellerio, 1989.

36. Decreto de 4 de mayo de 1814, que consulto en Diego Sevilla Andrés, *Constituciones y otras Leyes y Proyectos Políticos de España*, I, Madrid, Editora Nacional, 1969, pp. 219-224.

37. Cfr. Gilles Deleuze, *Logique du sens* (1969), Paris, Ed. de Minuit, 1989.

38. Neil Postman/Charles Weingartner, *Teaching as a Subversive Activity* (1969), Harmondsworth (Middlesex), Penguin, rep. 1975.

survival prospects of the group"<sup>39</sup>, es claro que la labor docente es subversivamente conservadora. Se conservan aquellos factores de cultura a preservar en una sociedad sometida a rápidas transformaciones, pero se impone así la liberación crítica de aquellos otros que deben caer con los cambios, recuperándose en fin la consigna de la subversión. De manera que la actividad de aprender comienza, ante todo, por la de no-aprender, y esta oposición agónica encierra lo mejor de un método dialéctico.

No-aprender, por ejemplo, el concepto de una verdad indisponible, forjada en la fragua del bien y del mal<sup>40</sup>. No-aprender, también por ejemplo, las categorías jurídicas del presente al margen de la propia confección histórica de las mismas. No-aprender, en suma, que el derecho es un bien *extra commercium* para el jurista, un patrimonio amortizado en códigos cuyo mayorazgo se trasmite por la línea de primogenitura que se reserva en exclusiva el legislador.

#### VERLIEBTE FEINDE, FREUNDLICHE GEGNER

El *agôn* entre estudiante y profesor se resuelve entonces en la lucha entre el aparente nihilismo profesoral y el espesor del sentido común estudiantil. Uno cuenta con las armas de la preparación y la experiencia, por hipótesis más elevada y más técnica, pero el otro dispone de la fuerte coraza de una cultura actual que se apoya en la idea de naturalidad (al presentarse como moralmente intachable y resolverse su historia en la sucesión evolutiva de conquistas bajo el signo del progreso). Y no basta simplemente con mostrar escepticismos à *La Mothe le Vayer*<sup>41</sup> en relación al sentido común: conviene ser militantes, pues por cada Fausto subversivo (la génesis de nuestra Universidad también pasa por Goethe) siempre hay, al menos, un Wagner pertrechado de lógica natural<sup>42</sup>.

Necesariamente se produce, entonces, una oposición intelectual en la actividad docente que apoya el verbo y simboliza correctamente la hora de clase. Pero también hay el espacio común de encuentro que aporta la misma institución

---

39. Neil Postman/Charles Weingartner, *Teaching* cit. (n. 38), p. 195, aprovechándome también las siguientes.

40. Neil Postman/Charles Weingartner, *Teaching* cit. (n. 38), p. 203, con el resto de sus ejemplos y su recurrente uso del *unlearning*, todo ello bien propio del momento histórico de elaboración de esta obra.

41. François La Mothe le Vayer, *Piccolo trattato scettico sul senso comune* (1646), a cura e con introduzione di Domenico Taranto, Napoli, Liguori, 1988.

42. Friedrich Wilhelm Joseph Schelling, *Lezioni sul metodo dello studio accademico* (1803), a cura di Carlo Tasciore, Napoli, Guida, 1989, p. 157 con las referencias pertinentes. Llena de desconsuelo, incluso a un público tan sufrido como el hispánico, la versión poético-musical de Bussoni (1866-1924), pues en ella el fámulo Wagner acaba convertido en rector de la Universidad: cfr. *Doktor Faust. Dichtung und Musik von Ferruccio Bussoni, ergänzt von Philipp Jarnach* (1925), Frankfurt am Main, Oper Frankfurt (Spielzeit 1979/1980), ca. 1980.

universitaria, así tan peculiar en relación a los demás niveles educativos. Veamos. Si es cierto que la Universidad de nuestros días, más por modelo que por criterios de organización, hasta en la remotísima provincia hispana es deudora de Wilhelm v. Humboldt, no será impropio acudir en este punto a la obra del fundador alemán. “Una de las características de los establecimientos científicos superiores”, escribía Humboldt en 1810, “es, además, nunca considerar a la ciencia como un problema totalmente resuelto y permanecer, por lo tanto, constantemente investigando. En tanto que la escuela, por su parte, sólo debe preocuparse por enseñar conocimientos ya elaborados y concluidos. Como consecuencia, en estos centros la relación entre el profesor y los alumnos cambia radicalmente con respecto a la relación escolar precedente: el primero no existe en función de los segundos, sino que ambos existen en función de la ciencia; el trabajo del profesor requiere de la presencia y colaboración de los estudiantes, que son parte integrante de su labor de investigación y sin ellos ésta no sería igualmente satisfactoria. En el supuesto caso que los estudiantes no se congregasen espontáneamente en torno al profesor, éste tendría que ir a buscarlos para poder acercarse más a su meta a través de la combinación de su propia fuerza, si bien entrenada pero precisamente por ello más propensa a la unilateralidad y menos vivaz ya, con las fuerzas de ellos, más débiles aún pero menos parciales y también más valientemente proyectadas hacia todas las direcciones”<sup>43</sup>.

Cerca de dos siglos después de elaboradas estas ideas aún resulta inhabitual entender la Universidad como pura actividad de investigación. La ignorancia de tantos niveles de agonía como sacuden nuestra institución va acompañada, desgraciadamente, por la insistencia en una oposición que, a tenor de las frases de referencia, carece propiamente de sustancia: el pretendido doble papel del profesional universitario como docente y como investigador. Una persistente y conocida legislación, inevitablemente interiorizada en la práctica habitual, arranca del falso presupuesto de la separación de ciencia y docencia: ya este escrito se concibe oficialmente como *proyecto docente y de investigación*<sup>44</sup>. Y tal vez no estemos ante un entendimiento simplemente erróneo, pero inocente, de la cuestión: bien pudiera ser que la disección normativa de una realidad profesoral que queremos única encuentre en el arrinconamiento de la subversión su razón última. Al menos, frente al estudiante se prima el momento (potencialmente) disciplinador, aportado por la docencia, sobre el (no menos potencialmente) liberador, o sea, la investigación.

---

43. Wilhelm v. Humboldt, “Sobre la organización interna y externa de los establecimientos científicos superiores en Berlín” (1810), en *El mito de la Universidad* (1980), introducción, selección y notas de Claudio Bonvecchio, trad. española a cargo de María Esther Aguirre Lora, México, Siglo XXI, 1991, p. 79. Cfr. la hermosa conferencia de Hans Georg Gadamer, *On Education, Poetry, and History. Applied Hermeneutics*, ed. by Dieter Misgeld and Graeme Nicholson, trans. by Lawrence Schmidt and Monica Reuss, Albany (N.Y.), State University of New York Press, 1992, 47-59.

44. Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre, por el que se regulan los concursos para la provisión de plazas de los cuerpos docentes universitarios (B O E de 26 de septiembre), art. 10, 1 b).

Frente a esta concepción, no por extendida digna ahora de que la suscribamos, acéptese la hipótesis humboldtiana de una Universidad de investigadores puros, pero hagámoslo en sentido fuerte, es decir, con estudiantes incluidos en el compromiso de investigación. Desde luego es hipótesis que no impide comprender los diversos niveles, mejor aún: ocasiones, en que la investigación universitaria se realiza. A veces, en efecto, el profesor ejerce su trabajo en la soledad de la biblioteca, participando los resultados obtenidos al estricto círculo de colegas por el medio necesario de la imprenta. Otras veces la investigación se oficia en aula: el profesor imparte clase a sus alumnos y actúa entonces como director de un ejercicio de investigación colectiva. Y no es cierto que el flujo intelectual corra siempre de la cátedra hacia los bancos del auditorio, pues en los casos más afortunados “la ricerca solitaria dello studioso” se enriquece “di quel tesoro di intuizioni che nascono soltanto sul terreno fertile delle lezioni e dei seminarii” y entonces “la lezione –come strumento dialogico fra *sapiens e ignorans*–, tutta tesa a scarnificare e a chiarificare, è assai spesso un contributo per il *sapiens* non meno che per l’*ignorans*”<sup>45</sup>.

La hipótesis descrita, que propondría como tesis amparado en la práctica de la propia profesión si la dimensión espacial de este discurso no fuese refractaria a una experiencia que resulta temporal por definición, concibe al estudiante de forma diferente a la habitual. Salvo que los planes de estudio futuros lo remedien (y no lo remediarán, reclusa como está una enseñanza obligatoria de la historia jurídica en el ciclo inicial de los estudios de Derecho con triunfo así de la tradicional concepción propedéutica), existe la asunción generalizada de que nuestro auditorio escolar está compuesto por un nutrido grupo de jóvenes inexpertos, de escasa formación preuniversitaria e intereses hartamente discutibles. Con este modelo en la cabeza, el profesor oscila entre los extremos que marcan el cinismo de unas clases impartidas *porque no hay más remedio*, pero que se sabe *no sirven para nada* (a veces se añade: *afortunadamente*), y el celo tuitivo, tratándose de personas capaces absolutamente injustificado, de quien se esfuerza en transmitir unos conocimientos tan *elementales* como se quieren las mentes de los recipiendarios. Seguramente quien suscriba tales actitudes se limita a proyectar sus propias miserias sobre terceros, pero parece claro, en todo caso, que con tan depauperada siembra sólo cabe recoger la escuálida cosecha de unos rendimientos comprobados examen mediante, aunque poco importa, pues se maldice la enseñanza secundaria con un suspiro (cuando lo hay) y a otra cosa.

Que el estudiante no necesita tuteladas es dato de derecho positivo contenido en el Código civil; que es, al menos, tan inteligente como el profesor y con frecuencia mucho más puede ser el resultado de una encuesta profesional de la que me considero exonerado. Es sin embargo la idea que otorga sentido a las afirmaciones humboldtianas recogidas, sobre las que hay que volver en este

---

45. Paolo Grossi, *Il dominio e le cose* cit. (n. 1), p. 3.

punto de la argumentación: “En el supuesto caso que los estudiantes no se congregasen espontáneamente en torno al profesor, éste tendría que ir a buscarlos para poder acercarse más a su meta a través de la combinación de su propia fuerza, si bien entrenada pero precisamente por ello más propensa a la unilateralidad y menos vivaz ya, con las fuerzas de ellos, más débiles aún pero menos parciales y también más valientemente proyectadas hacia todas las direcciones”.

De manera que las relaciones entre estudiantes y profesores tendrán seguramente la dosis de agonía propia del enfrentamiento entre Wagner y Fausto, en sí muy hermoso (pues permite la labor misma de enseñanza, es decir, de investigación), pero siempre hay que procurar que la dimensión dialéctica no se resuelva en un ofensivo debate entre aparentes sabios y aparentes rústicos. No sólo en orden a evitar esa indeseable reversión de posiciones, siempre posible cuando se exageran los extremos<sup>46</sup>; el asunto, en el fondo, se resuelve en el respeto a la dignidad del estudiante como persona y de la Historia del Derecho como asignatura, pues, según tenía presente Schopenhauer en relación a la Filosofía<sup>47</sup>, con su enseñanza “se gana, sobre todo, ... que algún joven de mente despejada se familiarice con ella y despierte a su estudio”.

Entre personas que se respetan y *existen* en la medida en que contienden, la hora de clase se presenta entonces adornada de los rasgos de la vieja asamblea grecolatina: nos las habemos con una “reunión para el discurso” que es “esencialmente una movilización para contestar”<sup>48</sup>. La clase se convierte en una *hora* y su dimensión exquisitamente temporal se encuentra garantizada con todo tipo de efectos: desde un *programa* de la asignatura que simplemente resulta pauta para el desarrollo de sesiones irrepetibles, hasta unas *lecciones magistrales* donde la interpretación (esa *interpretatio iuris* exclusiva del jurista) ha de privar sobre cualquier veleidad informativa (sobre una *notitia rerum praeteritarum* como tal degradada, al ser recuperable sin dificultades; y ahí acaso se sitúe la discreta utilidad del *manual*).

#### DER GEFÜRCHTETE KRITIKER ERHEBT SEINE STIMME

Desde luego, la práctica académica así concebida no supone tan sólo un compromiso intelectual con las ideas de Humboldt: incluye, en particular, cierta sensibilidad hacia los problemas más generales de método que cabe plantear en historia del derecho. Pues si la Universidad y la enseñanza que en ella se imparte

---

46. Y a propósito de la teoría de la soberanía ha podido acertadamente estudiarse: Antonio Serrano, *Como lobo entre ovejas. Soberanos y marginados en Bodin, Shakespeare, Vives*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

47. Arthur Schopenhauer, *Sobre la Filosofía de Universidad*, presentación y traducción de Mariano Rodríguez, Madrid, Tecnos, 1991, p. 23.

48. Walter Ong, *La lucha por la vida* cit. (n. 34), pp. 30 y ss., correspondiendo las palabras citadas, de que me sirvo interesadamente en este contexto de estrategia docente, a p. 33.

no es más que *investigación* se trata, como vimos, de una investigación fáustica, subversiva, si se prefiere, del sentido común wagneriano.

Es obvio el punto de partida. Las precisiones que anteceden sirven para cortar tentaciones: para minimizar el riesgo de perdernos en la búsqueda *De origine iuris* (D. 1,2), pero presentan también la no pequeña utilidad de enfrentarnos a la situación precisa en que se consolida académicamente una Historia del Derecho como disciplina, con sus alumnos y sus cultivadores, sus emplazamientos y sus escuelas. El historiador del derecho es jurista de profesión, esto es, no sólo vive bajo el derecho como ordenamiento sino que posee además un conocimiento técnico del derecho como saber diferenciado. Y aquí empiezan los problemas. Un colega alemán ha escrito repetidamente sobre la dificultad de sustraerse a la atracción del poderoso conocimiento jurídico presente (de su mensaje de neutralidad política, de sus técnicas institucionales de cariz intemporal) en la aventura de descifrar el pasado<sup>49</sup>, lo que, interpretado desde el sentido que estas páginas vienen deslindando, significa la dificultad de enajenar nuestra formación jurídica para observar y describir una realidad normativa y sapiencial que no sólo lo es (o que, siendo aún jurídica, poseen un mundo de referencias o *archivo* bien diferente al de la experiencia jurídica presente). Otro colega, italiano en esta ocasión aunque impregnado desde el Trentino de *koiné* germánica, ha recordado a su vez que la adopción de la Dogmática por parte del jurista historiador se saldó en una operación de refuerzo nada despreciable a favor de un sistema de ciencia jurídica que, a fines del Ochocientos, aún estaba lejos de consolidarse<sup>50</sup>; es la cara oculta de la dificultad anterior. Y se tratan, ambas, de manifestaciones realizadas con ocasión de un encuentro sobre la historia social y la dimensión jurídica animado por Paolo Grossi en Florencia: la sola invocación de tan ilustre nombre indica al especialista que allí no ocupó un *Derecho* que pudiera entenderse así al margen de lo social (nos preservan de peligro semejante las denuncias coincidentes del absolutismo jurídico<sup>51</sup> y del individualismo conte-

---

49. J. Michael Scholz, "L'obstacle épistémologique premier de l'historien du droit", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica*, Milano, Giuffrè (= "Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno", 22), 1986, 275-312. También de este autor, ya antes, "Elements pour une histoire du droit moderne", en Joaquín Cerdá-Pablo Salvador (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, 423-524 (cfr. Carlos Petit en AHDE 56 (1986), 1096-1103), y después, "La historia del derecho como sociología histórica de la cultura", en AHDE 58 (1988), 499-507.

50. Pierangelo Schiera, "Storia-diritto e diritto-storia. Un problema di Scienze sociali", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 221-237.

51. Paolo Grossi, "Storia sociale e dimensione giuridica", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 5-19, pp. 12-13 y 18-19, más toda una aportación monográfica: "Epicidio per l'assolutismo giuridico (dietro gli Atti di un Convegno milanese e alla ricerca di segni)", en *Quaderni fiorentini*, 17 (1988), 518-532; "Assolutismo giuridico e proprietà collettive" (1990), en *Il dominio e le cose* cit. (n. 1), 695-748; *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX* cit. (n. 28).

nido en el proyecto jurídico moderno<sup>52</sup>, que no faltan en las actas del encuentro), pero también que la discusión, desde luego, no se entendió en perjuicio del contenido técnico propio de la dimensión dicha jurídica, asunto en que insistieron precisamente historiadores<sup>53</sup>.

Antes de leer las actas florentinas reduzcamos el problema del método a sus términos más elementales. E insistamos de nuevo: se trata de impedir el efecto *Bussoni*, la promoción del fámulo Wagner al Rectorado a despecho del mismísimo Fausto. El logro de objetivo semejante obliga a cortar con un sentido común que pasa por la abusiva proyección de nuestro presente en el conocimiento del pasado (y también, como veremos, en el conocimiento del futuro, a partir del estudio del pasado). Tan habituales entre historiadores juristas las denuncias del anacronismo puede resultar banal semejante proposición, pero no se trata ahora de insistir en la delación cuando lo que se echa en falta, casi siempre, es la presentación de la querrela que nos constituya en parte acusadora (aunque, claro es, más vale denunciar anacronismos que perseverar insensibles ante su incidencia<sup>54</sup>).

Como se trata de un caso de agnosia profesional, de imposibilidad de conocer la experiencia pasada por el peso de las interferencias del presente jurídico, puede ser gratificante consultar la literatura más asequible producida por los neuropsicólogos: por Oliver Sacks, sin ir más lejos<sup>55</sup>. Su apasionante narración, que por *clínica* resulta *historia*, sobre el caso del Marinero Perdido<sup>56</sup> podía pasar por la reseña de una obra histórico-jurídica cualquiera. El Marinero “está, digamos, aislado en un momento solitario del yo, con un foso o laguna de olvido alrededor ... Es un hombre sin pasado (ni futuro), atrapado en un instante sin sentido”, y todavía, citando a Luria, su autoridad favorita: “estos pacientes pre-

---

52. Pierangelo Schiera, “Storia-diritto e diritto-storia” cit. (n. 50), pp. 235 y ss., lo que explica la actividad del *Istituto* que anima este autor y las orientaciones de sus discípulos: cfr. por ejemplo Luigi Blanco, “La storiografia corporativa e costituzionale di Emile Lousse: osservazioni e linee di verifica”, en *Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento*, 13 (1987), 271-326.

53. Réplica de Jacques Le Goff en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 449-453, con confesión de temores. Y realmente el miedo de Le Goff ante el derecho, que en el fondo permite la llamada en causa al historiador jurista, es motivo recurrente de las intervenciones: Julius Kirschner, ibd. 355-357; Mario Sbriccoli, ibd. 455-457; Cinzio Violante, ibd. 459-464, invocando a Hespanha. Pero los juristas, por historiadores, también tenemos nuestros miedos: Carlos Petit, “Sex, Lies, and Videotapes” cit. (n. 28), donde asusta el teólogo.

54. Siendo este punto, en mi opinión, el más débil de una hasta hace poco hegemónica historiografía económica cuyos resultados últimamente se vienen cuestionando: Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), pp. 257 y ss., así como Philip Benedict, “Storia interpretativa o storia quantitativa?”, en *Quaderni Storici*, n.s., 58 (1985) 257-269, con sus críticas a Robert Darnton. Afortunadamente hay productos esperanzadores: John A. Marino, *Pastoral Economics in the Kingdom of Naples*, Baltimore and London, The Johns Hopkins University Press, 1988, sobre lo que llamé la atención en AHDE 60 (1990), 715-721.

55. Interesa preferentemente, de este autor, *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero* (1985), trad. José Manuel Álvarez Flórez, Barcelona, Muchnik, 21991.

56. Oliver Sacks, *El hombre que confundió a su mujer con un sombrero* cit. (n. 55), 44-67, procediendo las citas que realizo seguidamente de pp. 51, 53, 59 y 57.

sentan siempre graves trastornos en la organización de las impresiones de los acontecimientos y su sucesión en el tiempo ... Debido a ello, pierden su experiencia integral del tiempo y empiezan a vivir en un mundo de impresiones aisladas”. Mientras el marinero Jimmie G. vive fosilizado en el pasado y así le resulta incomprensible su presente (que no es, claro, psicológicamente *suyo*), el jurista historiador está expuesto a fosilizarse en el presente siendo entonces inútiles sus esfuerzos de comprensión del pasado. Lo malo es que formular el diagnóstico es más fácil que encontrar el tratamiento conveniente, no en último lugar por la dificultad de percatarse, cuando se produce la agnosia por anacronismo, de la propia enfermedad: “Si un hombre ha perdido una pierna o un ojo, sabe que ha perdido una pierna o un ojo; pero si ha perdido el yo, si se ha perdido a sí mismo, no puede saberlo, porque ya no estará allí para saberlo”.

¿Qué esperanzas tenemos de realizar por nuestra parte un selectivo ejercicio de olvido? Para Sacks “no hay recetas ... Hay pocas esperanzas, puede que ninguna, de que se produzca una recuperación de la memoria. Pero un hombre no es sólo memoria. Tiene también sentimiento, voluntad, sensibilidad, yo moral ... cosas de las que la neuropsicología no puede hablar”. En nuestro paralelo caso, allí donde calla una historiografía que por ser jurídica insensiblemente nos desliza en una dimensión cognitiva falseada, la deficiente memoria habrá de compensarse con el entendimiento que permite la epistemología.

Al fin y al cabo, sabemos por Bachelard que el epistemólogo es un historiador al contrario: exactamente el tratamiento que nos hace falta<sup>57</sup>. No sólo como investigadores ‘puros’, desde luego: la actividad docente, esto es, la investigación en aula era descrita páginas arriba como la contraposición entre la ciencia del profesor y el sentido común del estudiante. Pero ahora preocupa identificar las vías que aquél tiene expeditas para romper a su (previa) vez con el sentido común.

El primer paso consiste en escapar del círculo vicioso que atrapaba al Marino Perdido paciente de Oliver Sacks. Recordemos: “Si un hombre ha perdido una pierna o un ojo, sabe que ha perdido una pierna o un ojo; pero si ha perdido el yo, si se ha perdido a sí mismo, no puede saberlo, porque ya no estará allí para saberlo”. Ante semejantes déficits la terapia se inicia precisamente con la terapia misma, lo que supone confiar en un especialista que ayude a identificar el problema como tal. Indispensable para la restitución del yo perdido, la conciencia del déficit nos viene *de fuera*, y esta la función principal del epistemólogo.

A partir de esta base son posibles ulteriores rupturas, o, si se prefiere, la Ruptura<sup>58</sup>. Quien se asome a cualquier reflexión actual sobre los requisitos y

---

57. Me sirvo en lo que sigue de Boaventura de Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna*, Porto, Edições Afrontamento, 1990, p. 137 para la referencia a Bachelard.

58. El acto epistemológico de ruptura es, como se sabe, el centro de la reflexión del filósofo e historiador de la ciencia francés Gaston Bachelard (1884-1962), del que parte, para ganar a continuación complejidad en su llamada a una hermenéutica de la ciencia moderna, el citado B. Santos. Una excelente introducción a Bachelard ofrece Gary Gutting, *Michels Foucault's Archeology of Scientific*

posibilidades del conocimiento científico comprobará que la modernidad ha construido la idea de ciencia marcando distancias respecto al saber popular. El progreso científico supone siempre un salto sobre el sentido común: un acto epistemológico de ruptura con la experiencia cotidiana que permite someter los fenómenos observados al prisma de categorías nuevas que, al no ser obvias (no basadas, por ejemplo, en la apariencia externa o en la opinión común), revelan propiedades y relaciones de imposible conocimiento en otro caso. Y no se trata, advirtamos, de obtener una descripción de la realidad que es más acurada por emplear métodos más refinados, sino de crear un universo de conceptos, objetos y relaciones que haga posible una diversa lectura de lo real.

En el supuesto de las ciencias sociales a esta dimensión pertenecerían (i) el principio de la no-conciencia, según el cual “el sentido de las acciones sociales no puede investigarse a partir de las intenciones o motivaciones de los agentes que las realizan, porque las trasciende, residiendo más bien en el sistema global de relaciones sociales en que tales acciones tienen lugar”, y (ii) el principio del primado de las relaciones sociales, que “establece que los hechos sociales se explican por otros hechos sociales y no por hechos individuales (psicológicos) o naturales (de la naturaleza humana u otra), estando éstos determinados por el sistema de relaciones sociales e históricas en que se insertan”<sup>59</sup>, pero, con toda su solemnidad y más acusadamente que en el caso de las ciencias naturales, los principios son más fáciles de formular que de cumplir<sup>60</sup>. El acto de ruptura puede verse impedido por interferencias del saber cotidiano y de creencias religiosas, populares o estéticas, incluido el peso de viejas ideas que en su momento fueron conquistas científicas; todo ello opera sobre el investigador como verdadero obstáculo epistemológico. Cuando se trata de ciencias naturales un lenguaje perfectamente formal, como es el matemático, ayuda en el proceso de ruptura a superar las interferencias (obstáculos), pero tratándose de ciencias sociales, al disponerse simplemente del lenguaje común, el espacio del científico se comparte con quienes no lo son: estamos ante saberes dotados del “triste privilegio de tratar de materias en las que todos se juzgan competentes” (Piaget), ciencias “que tienen como particularidad su dificultad especial en convertirse en unas ciencias como las otras” (Bourdieu)<sup>61</sup>. Frente a tales problemas, la organización de los científicos de modo que sus resultados puedan circular y ser continuamente contrastados se recomienda como medio indispensable de ejercicio de una eficaz vigilancia epistemológica<sup>62</sup>.

---

*Reason*, Cambridge etc., Cambridge University Press, 1989, pp. 9 y ss., pues este autor (y Georges Canguilhem, su sucesor en el Instituto parisino de Historia de la Ciencia y la Técnica) figura como referencia intelectual del pensador en estudio.

59. Boaventura Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna* (n. 57), pp. 34-35, que traduzco con mínimas adaptaciones.

60. *Ibid.*

61. Boaventura Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna* cit. (n. 57), p. 33, p. 34.

62. Boaventura Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna* cit. (n. 57), p. 34, citando a Bourdieu.

La filosofía científica de Bachelard llega al máximo que permite el paradigma de la ciencia moderna, compartiendo, por tanto, sus limitaciones. El lector de clásicos recordará que las condiciones de científicidad propuestas por el pensador francés coinciden asombrosamente con la respuesta kantiana a la cuestión *Was ist Aufklärung?* (1784), pues el advenimiento de una edad ilustrada se hacía depender de la liberación intelectual del individuo, con la consiguiente ruptura respecto a las ideas dominantes. Mas la consigna del *sapere aude* sería familiar a muy pocos (la mayoría incorporaba en su propia naturaleza el sentido común); sólo un uso público de la razón individual, equivalente para Kant a la libre circulación de ideas (impresas) entre lectores, podría en el futuro realizar la Ilustración<sup>63</sup>.

Una barrera infranqueable entre público y pueblo se levantaba paradójicamente bajo esta consigna de libertad<sup>64</sup>. La opinión creadora de *Aufklärung* se entendía no sólo diferente, pero también contraria a la opinión de la mayoría: objetiva, libre y racional la primera; versátil, dictatorial y pasional la segunda. No debe entretenernos subrayar las implicaciones que estas ideas encerraron en los momentos fundacionales de una nueva sociedad, pues ahora es suficiente para retomar la discusión metodológica arriba sintetizada destacar que tendencialmente así se condenaba *ab initio* el sentido común.

Durante algún tiempo las pretensiones de objetividad, abnegación intelectual y progreso, propias del modelo científico moderno, han permitido la ocultación de la brutal expropiación de saberes que está implícita en este paradigma de ciencia, mas en los actuales momentos de crisis (una crisis que se quiere de degeneración) su valencia política ha sabido resaltarse. Manteniéndose la validez del acto epistemológico de ruptura se sostiene que, una vez ésta producida, el científico deberá romper con la ciencia misma en un ejercicio hermenéutico-reflexivo y dar paso a la alegre construcción de un sentido común renovado donde la ética se encuentre por encima de la técnica<sup>65</sup>.

El programa ha sido ya considerado en relación al Derecho<sup>66</sup> y consiste, en sustancia, en oponer al *absolutismo* de la modernidad un *pluralismo jurídico* que no se entiende confinado al reducto de sociedades consideradas 'primitivas'. Se definen conceptos y se crean revistas<sup>67</sup>. Preocupan nuevamente las fuentes del

---

63. Immanuel Kant, *Foundations of the Metaphysics of Morals and What Is Enlightenment?*, trans. by Lewis W. Beck, Indianapolis (Ind.), Bobbs-Merrill Co., 1959, 85-92.

64. Cfr. Roger Chartier, *The Cultural Origins of the French Revolution*, trans. by Lydia G. Cochrane, Durham and London, Duke University Press, 1991, pp. 20 y ss.

65. Es la principal propuesta de Boaventura Sousa Santos, Boaventura Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna* cit. (n. 57), pp. 168 y ss., conclusivas.

66. Boaventura Sousa Santos, "Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law", en *Journal of Law and Society*, 14 (1987), 279-302.

67. John Griffiths, "What Is Legal Pluralism?", en *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 24 (1986), 1-55.

derecho<sup>68</sup> y vuelven a interesar las viejas figuras<sup>69</sup>. Lo construido se deconstruye: a la edad de los códigos siguen tiempos de decodificación y las reglas dejan paso a la *deregulation*. El derecho puede verse uno con la literatura.

La puesta en cuestión del patrimonio jurídico moderno es inmediatamente utilizable con receta epistemológica por el historiador del derecho y le permite, falsa paradoja, aprovechar lo mejor del modelo de conocimiento científico creado por la modernidad. Pues cuando el presente jurídico se identifica como dato de cultura y se detectan sus (d)efectos, el investigador comienza a liberarse de un bagaje conceptual y de unas experiencias jurídicas que pesarían inevitablemente sobre su lectura del pasado en otro caso. En el suyo particular la ruptura primera bachelardiana presupone la diagnosis del absolutismo como sentido común jurídico moderno y supone a continuación la (re)creación de las categorías convenientes para comprender otras culturas jurídicas. Desde base semejante su ciencia, como en general tratándose de *cultural history*, se resuelve siempre en un ejercicio de antropología.

Con toda su sencillez, los resultados del planteamiento anterior son esperanzadores; bastará evocar, resaltando contrastes, algunos conocidos ejemplos. Así, el estudio del Estado. Toda una nutrida biblioteca de historia de las instituciones que se le dedica como argumento parte también del Estado como modelo: aquél puede ser visigodo, tener orígenes medievales o, ya más pacíficamente, resultar moderno, pero siempre subyace a la operación la cultura estatal contemporánea. Convertido el Estado en objetivo y punto de partida, las ideas de centralidad, legalismo y concentración de poder constituyen serios obstáculos epistemológicos para el investigador: se escriben así impunemente historias del recurso administrativo en la edad media, estudios de viejas cortes que parecen modernas cámaras legislativas o tratados estatales sobre los aparatos del gobierno indiano donde, por qué no, la consulta del Consejo se dice continuadora del romano *senatus consultum*. Concedo que estamos ante casos límites, pero precisamente son límites lo que nos interesa: unos límites al conocimiento que, más allá del acierto o sensibilidad del jurista historiador respecto a su propio objeto, tan escaso en los ejemplos que anteceden, proceden de la asunción del paradigma historiográfico estatalista<sup>70</sup>. Por eso, si se parte de su denuncia el panorama es bien diverso. A la única persona estatal sucede una constelación de poderes varios de compleja anatomía<sup>71</sup>. La creación de derecho es jurisdicción<sup>72</sup> y la

---

68. Paolo Grossi, "Epicedio per l'assolutismo giuridico" cit. (n. 51).

69. Así François Gény, al que los activos *Quaderni fiorentini* de Paolo Grossi dedican número monográfico (20, 1991).

70. Dejo a la discreción del lector imaginar las citas omitidas en este párrafo y me limito a invocar la autoridad de António Manuel Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime, Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 7-89.

71. Bartolomé Clavero, "Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos", en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 34/35), 1990, I, 47-86.

72. Jesús Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

ley principesca se entiende como posibilidad, no generalmente la que los textos demuestran más presente, del orden normativo premoderno<sup>73</sup>. La hacienda pública resulta fisco y sus problemas los de sujeto(s)<sup>74</sup>. Y es que la datación precisa de *Leviatán* libera de inmediato un amplio período de vísperas<sup>75</sup>, cuyos textos, leídos ya sin obstáculos, suministran las categorías convenientes de conocimiento.

Las recurrencias del sentido común jurídico pueden también envenenar los más aplicados esfuerzos a la hora, nuevamente por ejemplo, de analizar las prácticas mercantiles premodernas. Olvidando que la confrontación de títulos como *Curso de derecho mercantil* y *Le parfait négociant* impone sus cautelas, asistimos a la conversión de las viejas compañías privilegiadas en modernas sociedades anónimas, las letras de cambio de Simón Ruiz o Cabarrús parecen servir para financiar la adquisición de lavadoras y los consulados de mercaderes se entienden como juzgados de primera instancia. Frente a tan groseros ejemplos, la ruptura con la experiencia moderna nos permite entender unos textos que conciben como grano el dinero<sup>76</sup>, clasifican las corporaciones mercantiles bajo especie de *universitas*<sup>77</sup> o representan una cultura donde el negocio se hace posible a partir de transacciones que se entienden gratuitas<sup>78</sup>. Utilizando una formulación radical, pero gráfica y muy bien documentada, el llamado derecho mercantil no sería, antes de la modernidad, otra cosa que excrecencia del régimen contemporáneo de propiedad de la tierra.

La ruptura epistemológica diluye el riesgo de la agnosia profesional que nos preocupaba pero no acaban ahí sus implicaciones. En la medida en que el jurista historiador construya su objeto *contra* la modernidad rompe *también* con una característica de esta misma cultura: la confianza en modelos o teorías que ofrecen explicaciones globales, leyes, si se quiere, a las que reconducir y desde las que describir los fenómenos sociales, sean positivistas, idealistas o marxistas. Sin embargo todavía no se vislumbran esas fórmulas de validez universal. El positivismo parece exhausto y del marxismo ya ni se denuncian los riesgos de econo-

---

73. António Manuel Hespanha, *La gracia del derecho*, de próxima publicación en la colección "Historia de la sociedad política", Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

74. Bartolomé Clavero, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la historia europea*, Madrid, Tecnos-Fundación Luño Peña, 1986.

75. António M. Hespanha, *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, trad. de Fernando Bouza, Madrid, Taurus, 1989.

76. Carlos Petit, "Signos financieros y cosas mercantiles, o los descubiertos de la Ilustración cambiaria", en el volumen de Vito Piergiovanni (ed.), sobre banca y títulos de crédito a punto de publicarse en Berlin, Duncker & Humblodt (= Comparative Studies in Anglo-American and Continental Legal History).

77. Cfr. Carlos Petit, "Ignorancia y otras historias, o sea, responsabilidades limitadas", en AHDE 59 (sic, por 60) (1990), 497-507; del mismo, "Derecho mercantil: entre corporaciones y códigos", en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi, Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* cit. (n. 71) I, 315-500.

78. Bartolomé Clavero, *Antidora* cit. (n. 20); António Manuel Hespanha, *La gracia del derecho* cit. (n. 73).

micismo que comportaba. A la pregunta historiográfica por la causa ha sucedido la cuestión de las causas, si es que las viejas *causas* no resultan ser más bien los nuevos *efectos*<sup>79</sup>. Los procesos históricos se tornan complejos<sup>80</sup> y la Historia, saber de constitución paralelo a la filosofía jurídica absolutista, se deshace en historias, paralelas a su vez al modelo de plurilegialidad. Entretenida en el humilde acto de tejer y destejer continuamente, Clío ha dejado paso a Penélope.

Penélope es paciente, fiel y laboriosa, cualidades imprescindibles para la investigación, pero sobre todo es astuta. Su trabajo sin sentido aparente encierra un objetivo determinado. Ella lo sabe y ahí está su fuerza. El jurista historiador que ha roto con su cultura puede que pase la vida haciendo y deshaciendo historias en el telar del taller, pero al menos es perfectamente consciente de su actividad. No siempre es el caso. Frente a la pacífica contemplación de un pasado que sin embargo, plagado de trampas epistemológicas, no es más que presente (y presente que se constituye, por cierto, con la inapreciable contribución del desmemoriado historiador), la labor que sitúa ante sí el investigador implicado en el compromiso de ruptura puede parecer abrumadora: es intelectualmente muy duro el ejercicio de vigilancia que habilita para formular desde *nuestra* cultura preguntas a textos engendrados en *otra* y captar a pesar de todo el mensaje. Mas el epígrafe que aquí acaba desea ofrecer al lector un momento de optimismo y de reposo. Se trata de una vieja receta francesa inspirada en Marc Bloch pero cocinada a la americana por Robert Darnton<sup>81</sup>, según la cual aquello que nos resulte más inaccesible, el fenómeno más opaco a nuestra comprensión es, paradójicamente, la pista más prometedora para establecer el diálogo con la cultura del pasado. Puede que cueste trabajo, mas nadie ha dicho que estén cerca las estrellas.

## NICHTS ÜBERTRIFFT DIE ITALIENISCHE OPER

*Per aspera ad astra*, el camino cósmico parte de Florencia. Tras las adversidades que preceden y pasando por alto, con conciencia de todo su valor negativo, el pesado silencio sobre el encuentro florentino con que retribuyó la academia española la generosidad de Grossi para con colegas ibéricos<sup>82</sup>, descompon-

---

79. Así la Revolución ha inventado su Ilustración: Roger Chartier, *The Cultural Origins of the French Revolution* cit. (n. 64), pp. 3 y ss., pp. 193 y ss., conclusivas.

80. Para el argumento fundamental de la revolución burguesa cfr. António Manuel Hespanha, "La revolución y los mecanismos del poder (1820-1851)", en Carlos Petit (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons (= II Seminario de Historia del Derecho privado, Gerona, 25-27 de mayo, 1988), 1990, 15-52.

81. Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), pp. 262-263.

82. Quienes, entre nosotros, han acreditado mayor interés por la dimensión jurídica y la historia social ya estaban en Florencia: Francisco Tomás y Valiente, "La huella del derecho y del Estado en el último libro de F. Braudel", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 245-273; Bartolomé Clavero, *ibid.* 239-243. Tal vez así se explique el silencio corporativo.

dremos con ayuda de sus actas el obstáculo epistemológico que pesa sobre la historiografía jurídica en sus principales facetas. En el fondo, se trata de resolver la aparente paradoja de encontrar un lugar bajo el sol integrador de las ciencias sociales con salvaguarda de la propia dimensión jurídica.

Conviene en primer lugar advertir que la discusión del caso no respondió al esquema *what's wrong with* que vienen entonando las ciencias sociales<sup>83</sup>. La propia convocatoria a Florencia y la más exacta dimensión del tenor de los debates que obtiene el lector de *Storia sociale e dimensione giuridica* revelan una sana pujanza de la historiografía jurídica que permite el diálogo fluido con otros colegas historiadores. El adiós a una historia del derecho formalista, donde el legítimo interés por la técnica jurídica pasa por la concepción descarnada del derecho (por su divorcio de la sociedad donde actúa como elemento de cultura), fue patrimonio común de todos los congregados, menos unánimes –claro está– al construir sus propuestas.

Leyendo algunas intervenciones se deduce, en efecto, que la hipotética cuestión *what's wrong with the legal history* en que podía resolverse el coloquio resultó más bien *what's wrong with the social history*, siendo además *its ignorance of law* la respuesta. Se deduce no sólo de la intervención grossiana, en positivo (recordando la obra de Arón Guriévich) y en negativo (con mención de Braudel o del mismo Le Goff, allí presente), sino de las realizadas por unos historiadores sociales que, a la vista del ambiente y demostrando conocer más historiografía jurídica que la exorcizada en sus obras<sup>84</sup>, llegaron a lamentar su poca familiaridad con el derecho: “le principal péché des historiens vis-à-vis de l’histoire du droit est l’ignorance”<sup>85</sup>.

Por parte de la historiografía que así se pronunció en Florencia la ignorancia de lo jurídico se ha traducido en insensibilidad ante tan valioso instrumento de análisis social, encontrándose en el desprecio por la historia del derecho la vía de escape de una sentida carencia<sup>86</sup>. Y era claro que, enfrentados los ignorantes a unos juristas historiadores que no ejercen precisamente de *chartistes*, el *mea culpa* estaba garantizado. El lector meridional de las actas toscanas identifica el problema que da origen al encuentro como esencialmente francés, y doblemente:

---

83. Henry K. Woo, *What's Wrong with Formalization in Economics? An Epistemological Critique*, Newark (CA), Victoria Press, 1986; Christopher Norris, *What's Wrong with Postmodernism? Critical Theory and the Ends of Philosophy*, Baltimore (Maryland), The Johns Hopkins University Press, 1990; Marty Hammersley, *What's Wrong with Ethnography? Methodological Explorations*, London-New York, Routledge, 1992; John R. Searle, “What's Wrong with the Philosophy of Mind”, en su libro *The Rediscovery of the Mind*, Cambridge (Mass.)-London, The MIT Press, 1992, 1-26.

84. En particular Cinzio Violante, “Storia e dimensione giuridica”, en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 65-125.

85. Son las palabras inaugurales de Jacques Le Goff, “Histoire médiévale et histoire du droit: un dialogue difficile”, en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 23-63.

86. Cfr. de nuevo Paolo Grossi, “Storia sociale e dimensione giuridica” cit. (n. 51).

no sólo al ser la historiografía social de que se trata pura creación francesa, con orígenes en Marc Bloch<sup>87</sup> y desarrollo ulterior por la escuela de *Annales*, sino también porque el panorama historiográfico jurídico frente al que se reacciona resulta inequívocamente francés<sup>88</sup>. Se confunde, y para lo peor, la actividad de historiar el derecho con los logros producidos en Francia mediante su ejercicio, precisamente cuando, tras la desafortunada reforma de estudios jurídicos de los años Cincuenta y el coetáneo empuje de la historia social, la sólida tradición que representan las primeras series de la *Revue Historique de Droit Français et Étranger* ha desembocado en un *output* intelectual relativamente empobrecido<sup>89</sup>.

La situación podrá ser diversa en otras academias nacionales histórico-jurídicas, pero hay que reconocer que la fortuna de la escuela analista en la historiografía contemporánea ha generalizado los sentimientos negativos del historiador social ante la historia del derecho<sup>90</sup>. E insistamos en el término *sentimiento*. La ignorancia de aquél no apareció en el encuentro florentino como mero problema de falta de información, en sí subsanable con facilidad: ya Mario Sbriccoli, con sus llamadas continuas al matrimonio de intereses entre historiadores sociales e historiadores del derecho o a la conveniencia de des-disciplinarse, ya también António Manuel Hespanha, con su incisiva propuesta de interdisciplinarietà, ofrecieron soluciones<sup>91</sup>. No es además el del derecho único caso: los historiadores de la ciencia han reflexionado por su parte sobre similares experiencias en sus relaciones con otros generalistas, como serían los cultivadores de la *intellectual history*<sup>92</sup>. Ni tampoco debe cargar la separación institucional de historiadores y juristas, tan recurrente en Florencia<sup>93</sup>, con todas las culpas. Es todo lo anterior y

---

87. Y su ilustre nombre aparece constantemente en las actas: cfr. Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), pp. 37, 140, 179, 218-219, 258, 264, 342, 355 etc.

88. *Ibid.* pp. 24, 30, 318, 355 etc.

89. Bartolomé Clavero, "La historia del derecho ante la historia social" en *Historia. Instituciones. Documentos*, 1 (1974), 239-261; José María García Marín, "Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto", *ibid.* 4 (1974), 49-107.

90. Cabe recordar como episodio hispánico la disputa, no siempre mesurada, sobre el concepto de revolución burguesa entre Bartolomé Clavero, "Para un concepto de revolución burguesa", en *Sistema. Revista de ciencias sociales*, 13 (1976), 35-54; del mismo, "Sobre la idea de revolución burguesa: algunas puntualizaciones a Martínez Shaw", en *Zona abierta*, 26 (1980), 123-134; Carlos Martínez Shaw, "Sobre el feudalismo tardío en España: algunas acotaciones a Bartolomé Clavero", en *En teoría*, 4 (1980), 163-186; y Josep Fontana, "Sobre revoluciones burguesas y autos de fe", en *Mientras tanto*, 1 (1979), 25-32.

91. Mario Sbriccoli, "Storia del diritto e storia della società. Questioni di metodo e problemi di ricerca", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 127-148, p. 127, pp. 136 y ss.; António M. Hespanha, "L'interdisciplinarietà di fronte a una definizione relazionale dell'oggetto della storia giuridica", *ibid.* 313-314.

92. Thomas S. Kuhn, "The Relations between History and History of Science" (1971), en *The Essential Tension. Selected Studies in Scientific Tradition and Change*, Chicago-London, The University of Chicago Press, 1977, 127-161, pp. 151 y ss.

93. Por ejemplo, Jacques Le Goff, "Histoire médiévale et histoire du droit" cit. (n. 85), p. 24; António M. Hespanha, "Une 'nouvelle histoire' du droit?", en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 315-340, p. 318.

algo más: como reconoció Le Goff y ya sabemos, la ignorancia que nos afecta encuentra sus profundas raíces en el miedo.

#### WO SIND DIE WERKE, DIE ZUM HERZEN DES VOLKES SPRECHEN?

¿Pero miedo a qué? Probablemente no tanto al derecho en sí como a los juristas. A unos juristas pretéritos que aportan las mejores claves para la comprensión de la sociedad de antiguo régimen que se desea estudiar<sup>94</sup> y a unos juristas actuales, aunque ejerzan de historiadores, en disfrute del saber técnico que permite el acceso a los materiales de –digamos por convención– naturaleza jurídica. En este punto la lectura de las actas de Florencia se convierte en un recuento de deficiencias. No falta en ellas, como sabemos, la primera advertencia: la historia del derecho como ciencia social debe superar esa peligrosa falta de reflexividad<sup>95</sup> impuesta por la cultura jurídica contemporánea con más obstáculos que ayudas a la hora de contemplar experiencias jurídicas pasadas; no faltan tampoco consideraciones sobre las condiciones académicas o materiales de producción del saber histórico-jurídico, testimonio de una biografía profesional que no puede ahora entretenernos<sup>96</sup>. Todo ello ya impone un sano distanciamiento del objeto jurídico, pero ¿quién nos distanció en Florencia de la historia social y de la dimensión jurídica?

Porque la llamada a congreso más la discusión ulterior arrancaba de un presupuesto: la distinción entre una dimensión jurídica y una historia social, aceptado todo ello (distinción y elementos distinguibles) sin mayores problemas. Y más de uno hay. Se aprecia en primer lugar la profunda asimetría de los elementos en juego: la historia social, de una parte, como discurso de especialistas que aspira al conocimiento e interpretación de las sociedades pretéritas<sup>97</sup>; de otra, la dimensión jurídica de esas mismas sociedades, cuyo conocimiento e interpretación, compitiendo a aquéllos, pertenece en la práctica, a tenor de la conformación de las ciencias sociales aún vigente, a otros especialistas (los juristas historiadores). Estos producen sus discursos (sus historias del derecho), pero los primeros los desprecian por temor hacia un objeto –la dimensión jurídica<sup>98</sup>– que no saben integrar en el discurso propio

94. Mario Sbriccoli, “Storia del diritto e storia della società” cit. (n. 91), 127-148, pp. 130-131; sobre todo, Bartolomé Clavero cit. (n. 82), ibd. 239-243, con síntesis de la propuesta que pudo desarrollar como “Historia y antropología: Por una epistemología del derecho moderno”, publicada en el *I Seminario* de Bellaterra cit. (n. 49), 9-35, y recogida además en la colección *Tantas Personas como Estados* cit. (n. 74).

95. En el sentido más gramatical, esto es, epistemológico, del término: Boaventura de Sousa Santos, *Introdução a uma ciência pós-moderna* cit. (n. 57), pp. 87 y ss.

96. J. Michael Scholz, “L’obstacle épistémologique premier de l’historien du droit” cit. (n. 49).

97. Siendo además muy peligrosa –no solo pues *in iure civili*– su definición: cfr. Julius Kirchner cit. (n. 53), p. 356.

98. Es desde luego un acierto el eufemismo *dimensión jurídica* al puesto de *derecho*: la discusión parece llevarse de la experiencia jurídica presente a la misma realidad social, que no

(la historia social). El salto del plano discursivo al plano objetivo es continuo, siempre y cuando aceptemos que la descripción anterior responde a la realidad, es decir, que una cosa es la historia, por ejemplo social, y otra el derecho, aun entendido como dimensión jurídica de las cosas. La primera, agotada en *verba*, frente al segundo, un *factum* indiscutible.

Y desde estas premisas accedemos a nuevos problemas. El lector de las actas, que encuentra en ellas la ayuda impagable de Piero Schiera<sup>99</sup>, estaría tentado a pensar que la distinción de partida –la historia social y la dimensión jurídica– refleja con fidelidad un elemento característico de la cultura jurídica presente que, convenientemente identificado, corresponde poner en cuestión: la distinción entre derecho y sociedad<sup>100</sup>. Aquí radica, como es sabido, la modernidad de nuestro derecho. Creado el individuo, creada, pacto mediante, la sociedad, el derecho se fragua en el siglo XVIII como aquel orden autónomo que la gobierna sobre la exclusiva base de la razón. Pero esta trinidad laica (individuo, razón, derecho) ha sido ya de(con)struída y hoy tranquilamente podemos reconocer que la pregunta por la *Grundnorm* canaliza los deseos del jurista de distinguirse del sociólogo o del politólogo: se produce así, ha llegado a escribirse, “an ontology of self-sufficiency which renders the so-called *Grundnorm* an obvious resting place”<sup>101</sup>.

Es curioso observar que el lugar de reposo ontológico resulta más bien una agitada casa de citas cuando lo frecuenta el jurista historiador: por profesión éste ya puede saber que experiencias hubo con derechos pero sin Derecho, con hombres pero sin Individuo, con razones pero sin Razón. La continua tensión prometida por el título del encuentro y realizada en la mayor parte de las intervenciones (desde el repaso de las carencias<sup>102</sup> a las propuestas de integración<sup>103</sup>) se apoya en la idea, sólo expresada, y para someterla a crítica, por Hespanha<sup>104</sup>, de la existencia del derecho, esto es, en la aceptación de un ente (¿de razón?) que consistiría en una realidad normativa dotada en sí misma de naturaleza. Desde semejante

---

carecería así de facetas jurídicas. Cfr. Mario Sbriccoli, “Storia del diritto e storia della società” cit. (n. 91), por ejemplo pp. 142 y 143.

99. Recuérdese el mismo título de su intervención, o más precisamente su subtítulo: Pierangelo Schiera, “Storia-diritto e diritto-storia: un problema di *scienze sociali*”, cit. (n. 50), pp. 225, 229-230 para su evocación de Otto Brunner (otro de los nombres-fetiché en las actas de Florencia: cfr. pp. 94, 96-97, 225, 229, 230, 257 etc.) y la distinción, tan preñada de efectos historiográficos, de Estado y Sociedad.

100. Entre tantas posibilidades, cito por comodidad y para contribuir a su difusión en países de *civil law* Anthony Carty (ed.), *Post-Modern Law. Enlightenment, Revolution and the Death of Man*, Edinburgh, Edinburgh University Press, 1990, 1-39, pp. 6 y ss.

101. Anthony Carty (ed.), *Post-Modern Law* cit. (n. 100), p. 9.

102. Elegante y documentada sobre el caso sobresaliente de Braudel la aportación de Francisco Tomás y Valiente, “La huella del derecho y del Estado” cit. (n. 82).

103. Por recordar una aún no citada: Mario Bretone, en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 165-168.

104. António M. Hespanha, “L’interdisciplinarità” cit. (n. 91), p. 313.

convicción se aceptan sin cuestión las especialidades y se producen discursos historiográficos que, por paralelos, nunca pueden llegar a encontrarse.

Mas el derecho es simplemente tinta sobre papel. Resulta en sí *discurso*<sup>105</sup>. Un discurso, según proponía Clavero, muy útil para la descripción y comprensión de la sociedad europea premoderna. Un discurso específicamente encarado por Hespanha en la que para mí constituye la más hermosa aportación del congreso<sup>106</sup>. Apoyado en el Foucault de *L'archéologie du savoir* y de *L'ordre du discours*, un autor que comenzó por llamar la atención sobre transcendentalismos jurídicos que por poco no escaparon de las redes analíticas tendidas en Florencia, seguía con el diagnóstico certero de los puntos débiles de la historiografía *annaliste* y terminaba, en suma, con una profunda relativización de la *dimensione giuridica* que se trataba colectivamente de afirmar. Primera y paradójicamente, mediante la sencilla operación de ampliar el campo jurídico *historiable* hacia extremos en que el contacto con la *storia sociale* resulta inevitable: Hespanha al respecto invocaba su experiencia en el estudio de prácticas jurídicas no oficiales, significativamente inspirada en los trabajos sociológicos de B. Santos<sup>107</sup>. En segundo lugar, y sobre todo, por las estrategias de estudio propuestas: (i) el análisis del discurso jurídico como aparato de producción ideológica (en sus tres niveles: sintáctico, semántico y pragmático, siendo en este último, cuando se crean realidades con palabras según expresión de Hespanha<sup>108</sup>, donde más provechosas resultan las investigaciones de la *dimensione giuridica* para la factura de una *storia sociale*) y (ii) la adaptación de la reflexión moderna sobre las múltiples formas y lugares del poder, lo que propiamente constituye dos aspectos de una misma realidad: (iii) la pan-politización del análisis social.

Como resulta propio en tiempos de cambio de paradigma, la oferta de António Hespanha funciona mejor cerrando posibilidades que abriéndolas: si está muy claro lo que ya no se quiere (la creencia en un derecho racional, que es orden ontológicamente objetivo; la consiguiente práctica historiográfica viciada al partir de una cultura jurídica que se interioriza como dato de naturaleza) las dudas asaltan al ofrecer soluciones<sup>109</sup>. No las da propiamente un autor que se

---

105. Anthony Carty/Jane Mair, "Some Post-Modern Perspectives on Law and Society", en *Journal of Law and Society*, 17 (1990), 395-410. Y los clásicos resultan los más postmodernos: Riccardo Orestano, "Del 'post-moderno', della *scientia iuris* e di altro", en *Edificazione del giuridico*, Bologna, Il Mulino, 1989, 323-336.

106. António M. Hespanha, "Une 'nouvelle histoire' du droit?", cit. (n. 93).

107. António M. Hespanha, "Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique", en *Ius Commune*, 10 (1983), 1-48, que se traduce en *La gracia del derecho* cit. (n. 73), donde se utiliza Boaventura Sousa Santos, *Law Against Law: Legal Reasoning in Pasargada Law*, Cuernavaca (Méx.), CIDOC, 1974.

108. Con los ejemplos de la historia del derecho penal que imponía la ocasión, ha insistido en ello este autor últimamente: António M. Hespanha, "Una historia de textos" cit. (n. 20).

109. António M. Hespanha, "Une 'nouvelle histoire' du droit?" cit. (n. 93), p. 339: "La nouvelle histoire nous met ... surtout devant la nécessité de faire un effort nouveau de réflexions

limita humildemente a presentar, nos dice, *estrategias*. Pero son estrategias tan sólidamente construídas desde el punto de vista teórico que conducen a resultados muy apreciables. Con su inevitable toque de nihilismo por lo que tiene de subversiva, la historia, más bien arqueología, propuesta por António Hespanha es al final contagiosamente optimista: si aceptamos el valor constituyente de la historia e imaginamos la relevancia futura de una lectura diversa del pasado, resulta positiva en sí misma la aventura de liberación intelectual que permite esta *nouvelle histoire du droit*.

Reducida la dimensión jurídica a práctica discursiva y susceptible de ser la práctica analizada en niveles de creciente complejidad que terminan enfrentando directamente a una reflexión sobre el poder, se esfuma la tensión originaria del congreso florentino. Uno de sus polos, al menos, pierde el estatuto objetivo, natural, que se daba por supuesto: los juristas (historiadores), nos dice Hespanha, “ne sauront plus être les garants de la légitimité du droit établi, l’interface herméneutique d’un dialogue intemporel sur la justice”<sup>110</sup>. El lector de las actas evocaría en este punto aquel viejo artículo del sabio Max Radin (1880-1950) donde se descubrían primero los juristas y luego (sólo luego) el derecho<sup>111</sup>, si no resultarían más atinentes a la discusión actual, en buena medida porque parecen una contribución al congreso de Florencia realizada algo más tarde y desde Macerata, las recientes páginas de Pietro Costa sobre una ‘nueva’ historia de la cultura jurídica<sup>112</sup>.

Se reparará de inmediato en la comunidad de títulos. A Costa le preocupa, como a Hespanha, ofrecer una historia jurídica que se quiere *nueva* respecto de la generada (con todas sus variantes) dentro del paradigma de la cultura moderna, pero *nueva* también porque encuentra en una historiografía (¿social? ¿total?) que aspira a romper con ese paradigma y ya viene autoproclamando su novedad el punto intelectual de referencia. Si esta segunda implicación del adjetivo enfrenta a Costa con una generación *annaliste* que ya no cree en la globalidad de su objeto, con unos programas de investigación histórica de la ‘discursividad’ entendidos como *histoire des mentalités*, *intellectual history* o *Begriffsgeschichte*, la primera, que parte de la denuncia del derecho como objeto real susceptible de conocimiento, se traduce en la

---

théoriques et de réinsertion pratique. Du côté de la théorie, tout un paradigme de l’historiographie juridique s’est écroulé, incapable d’intégrer des faits nouveaux et intarissables. Un paradigme nouveau reste donc a constituer”.

110. António M. Hespanha, “Une ‘nouvelle histoire’ du droit?” cit. (n. 93), p. 340.

111. Max Radin, “The Permanent Problems of the Law”, en *Cornell Law Quarterly*, 15 (1929-1930), 1-24.

112. Pietro Costa, “Saperi, discipline, disciplinamento: verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?”, en *Annali della Facoltà di Giurisprudenza* (Macerata), n. s., 1989/ii, 993-1027, más importante que accesible, por lo que me permito usarlo ampliamente en mi texto. A Pietro Costa hay que agradecer también una sesión sobre “Lo ‘Stato Moderno’: Quale stato per quale storiografia? (Considerazioni metodologiche su ‘storia generale’ e ‘storia del pensiero giuridico’)” en el marco del seminario “Metodologia storico-giuridica” organizado por Josep M<sup>a</sup> Gay en Bellaterra y Barcelona los días 3 y 4 de abril de 1992.

historia de un particular discurso de saber: el jurídico. Así entendida, la nueva historia del derecho es una más entre otras (nuevas) historias posibles de diversas 'discursividades', con lo que resulta al final que "lo scambio fra storia sociale e storia giuridica è, insieme, interrotto en rinnovato: è interrotto perché nessuno informa piú nessuno su che cosa è il 'diritto' e che cosa è la 'società' in un tempo dato; è rinnovato perché linee di indagine storico-giuridiche si incontrano con linee di indagine storico-sociali nella problematizzazione comune della 'discorsività'" (Costa, p. 1003). Y todavía: "Le distinzioni nascono, certo, dalle peculiarità del discorso, dei discorsi, presi in esame, hanno una loro rilevanza, esigono risposte adeguate: ma presuppongono pur sempre interventi su una comune 'zona di realtà' che non è né il diritto, come tale, né la società (in tutta la sua inafferrabile 'globalità'), ma il discorso, i discorsi, quindi anche, fra questi, il discorso giuridico" (Costa, p. 1013).

El problema, claro, es encontrar un *interface* conceptual útil para conectar "il piano del discorso che, attraverso le sue specifiche procedure, 'produce' il proprio oggetto teorico e il piano della 'realtà', al quale il discorso stesso tende continuamente a refirirsi" (Costa, p. 1004). Conformándose con abordar la superficie del problema a título de presupuesto metafísico de la historiografía y tras repasar las líneas analíticas enunciadas en el párrafo anterior, Costa desciende al derecho. En este punto se formula, o más bien reformula, la cuestión florentina, pues se trata de encontrar un espacio a la historia jurídica entre las estrategias de investigación de los discursos. Mientras "la storia delle mentalità di ascendenza 'annaliste' e la *Begriffsgeschichte* cercano punti di arrivo diversi (le attitudini mentali soggiacenti alla comunicazione quotidiana, le nozioni sinteticamente rappresentative del contesto), ma praticano un analogo 'attraversamento' dei discorsi piú vari per attingere il loro risultato", es posible también una segunda dedicación en que la tipicidad de los discursos prime sobre su unidad sustancial: "che punti non a ciò che giace al fondo del comune tessuto discorsivo in un contesto dato, ma a ciò che di piú specifico e proprio individua un discorso o un insieme apparentato di discorsi" (Costa, p. 1015); es el caso, obviamente, de la historia del derecho.

Pero ¿de qué derecho? Rechazada "una giuridicità, si direbbe con Del Vecchio, come forma *a priori* dell'esperienza" (Costa, p. 1000) sólo caben hipótesis de trabajo: "é teoricamente leggitimo decidere pregiudizialmente ... della natura del testo, .... della giuridicità"<sup>113</sup>. Y a veces la hipótesis actúa de postulado. Al mismo Costa debemos una importante monografía<sup>114</sup>, desarrollada a partir de la inquietud metodológica que explicita su artículo maceratense, sobre la iuspublicística italiana entre Ocho y Novecientos. Allí se ofrece, de nuevo en sus palabras, un meta-discurso cuyo objeto es "la comprensione di un discorso all'interno

113. Pietro Costa, "Verso una 'nuova' storia della cultura giuridica?" cit. (n. 112), p. 998, que cito en nota para advertir que realizo una lectura interesada: véase texto de Costa reproducido en n. 117.

114. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica fra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè (= Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 21), 1986.

del quale è stato effettivamente pensato (in un dato contesto storico) lo Stato” (p. 2), pero ponendo in acción los textos jurídicos, esto es, en su propuesta, “ciò che i giuristi (in un contesto storico dato) consideran tale ... Il discorso è insomma individuabile solo se riferito ai produttori e ai destinatari del discorso, alle modalità delle loro interazioni sociali, alle complessive circostanze di comunicazione” (p. 4). Sigue la definición: “discurso jurídico è dunque quel discorso prodotto da (e destinato a) un ceto professionale che (in un tempo e in luogo dati) è individuabile sociologicamente come ‘ceto di giuristi’. E per opera e all’interno di siffatto ceto che il discorso jurídico viene storicamente ad esistere, secondo modalità di comunicazione per le quali (como in ogni discorso specialistico) produttori e destinatari del discorso, autore e pubblico, vengono virtualmente a coincidere, in uno scambio continuo di ruoli” (pp. 4-5).

Podríamos extendernos sobre las conexiones, no expresadas claramente por Costa<sup>115</sup>, que este planteamiento pueda tener con la concepción autopoietica del derecho<sup>116</sup>, pero será suficiente destacar ahora que, sea cual sea su filosofía jurídica, la idea de derecho de nuestro colega florentino se presenta simplemente como punto operativo situado al comienzo (o al final, pero proyectándose al comienzo<sup>117</sup>) de su investigación. Es sintomático que Costa acuda, de una parte, a Kuhn y su concepto de paradigma científico para iluminar (selectivamente) la discursividad jurídica entendida como un saber disciplinar, esto es, generado en el seno de una comunidad formada por referencia a ese mismo saber<sup>118</sup>, y, de otra, a Foucault y sus reflexiones sobre el discurso de saber como dispositivo de poder<sup>119</sup>: el ‘derecho’ interesa a Costa en cuanto objeto posible de la historia de la disciplina jurídica, creada por un grupo profesional que se encuentra a su vez disciplinado por la organización específica de su saber y que, con sus mismos productos discursivos, disciplina también un contexto determinado (Costa, p. 1024).

---

115. Cfr. sin embargo *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114), p. 458.

116. Basta citar Gunther Teubner (ed.), *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1988, en particular las páginas de Niklas Luhman, “The Unity of the Legal System”, 12-35, a leer con la crítica de Karl-Heinz Ladeur, “Perspectives on a Post-Modern Theory of Law: A Critique of Niklas Luhman, ‘The Unity of the Legal System’”, 242-282.

117. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), p. 999: “Naturalmente, non è impossibile individuare un qualche profilo o *quidditas* che permetta di raccogliere insieme testi di diversissima struttura e pratiche di svariatissima configurazione riportandoli al comune denominatore della ‘giuridicità’. Non intendo nemmeno sostenere che una siffatta convinzione, tradizionalmente operante nella individuazione dell’oggetto della riflessione storico-giuridica, sia illegittima o immotivata. Intendo semplicemente affermare che essa è una *decisione* teorico-metodologica e non un dato ‘oggettivamente’ obbligante; e vorrei quindi provare ad avanzare una ipotesi diversa, che faccia leva piuttosto sulle differenze che non sulle analogie; che non assuma ‘diritto’ (una qualche definizione di diritto) come il criterio previo di individuazione e delimitazione di un settore di esperienza, ma lo raccolga, per così dire al termine dell’indagine, come una delle possibili strategie e definizioni d’oggetto dei testi volta a volta esaminati”.

118. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), pp. 1016 y ss.; del mismo, *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114), pp. 5 y ss.

119. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), pp. 1019 y ss.

Ideas antes apuntadas sobre la reflexividad de la actividad científica y los obstáculos epistemológicos que la dificultan laten en el texto de Costa. No se le oculta que si la comunidad profesional jurídica es materia, mediante el análisis de los discursos producidos y de las relaciones que a partir de ellos se establecen, para el ejercicio de la historia del derecho, el jurista historiador forma parte *también* de una comunidad: los investigadores se encuentran, todos nos encontramos, “disciplinamenti inseriti e conseguentemente disciplinati”, nuestros posibles meta-discursos presentan una gran continuidad con el discurso-objeto<sup>120</sup>. A la dificultad se escapa relativizando (una vez más<sup>121</sup>) la propuesta: no habrá *una* historia, sino *varias*, tal vez *muchas* historias jurídicas posibles, discursos-instrumento. En el mejor de los casos, “il gioco concretamente possibile dovrà limitarsi ... ad uno sforzo di complicazione della tradizione grazie alla immissione in essa ... di discorsi appartenenti a tradizione disciplinari diverse: nella misura in cui essi se rendano, grazie alla attività manipolatoria e ‘contaminante’ del nostro ipotetico ricercatore, compatibili in qualche modo con la tradizione stessa” (Costa, pp. 1026-1027).

Costa *dixit*. Entre un sujeto investigador que crea su objeto<sup>122</sup> y el objeto mismo creado (identificado como el saber disciplinar que engendra una comunidad de juristas) existe siempre una tensión que condensa el concepto de *tradizione*: ya Costa, al invocar el nombre de Kuhn, confiesa que manipula interesadamente su noción de paradigma dando entrada, por esa vía, a la corriente hermenéutica europea<sup>123</sup>. El problema del jurista historiador es, en suma, el problema del jurista: interpretar, por ejemplo una tradición disciplinar que imagina el Estado mediante la lectura de textos que lo colocan de propio referente, pero, y ahí se sitúa su caso particular, sin asumir que *la realidad del texto*, la relación oposicional Estado/sociedad en este mismo ejemplo, es sin más *la realidad*<sup>124</sup>. No creo distorsionar el pensamiento de nuestro autor si llamo la atención del lector sobre este punto: la tradición que interesa y plantea problemas, representando “il versante testuale, sinttatico, di quella realtà che ha come versante pragmatico, metatestuale, la ‘comunità scientifica’”<sup>125</sup>, nos enfrenta a una historia de textos que sólo es factible aprovechando los resultados de otras historias sobre los textos. De la potencialidad que encierra esta sencilla proposición, tras un primer e inmediato excurso que justifica, con otro recorrido, la opción metodológica que ya viene aflorando, nos hablarán las páginas que siguen.

120. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), p. 1026, remitiendo a la intervención florentina de J. Michael Scholz.

121. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), p. 998, p. 999, p. 1000, p. 1016, p. 1025 ... y sus opciones de léxico: “ipotesi”, “strategie”, “modesta proposta” ... Quien relativiza el derecho relativiza la historiografía jurídica: se confirma así la pregnancia del obstáculo epistemológico que este parrafo recuerda.

122. Cfr. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), p. 1002.

123. Pietro Costa, “Verso una ‘nuova’ storia della cultura giuridica?” cit. (n. 112), p. 1018.

124. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114), pp. 141 y ss.

125. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114), p. 6.

## WO BLEIBT DER GESANG, DIESE GABE DER GÖTTER?

Venimos hasta ahora escuchando cantos sin advertir que, en su aparente variedad, pertenecen a la misma pieza dramática. Uno en efecto es el argumento: algo tan simple y tan complejo (que lo simple juega la baza de pasar inadvertido, y casi siempre gana) como una cuestión de clasificaciones.

Y adviértase que aún seguimos en aquella hermosa tierra toscana donde se localiza la mejor discusión sobre la historia social y la dimensión jurídica, pero nos interesa introducir ahora otro vector de reflexión. Quienes tenemos la desgracia de cultivar una disciplina académica de nombre compuesto debemos, antes que nada, vencer la repugnancia hacia lo inclasificable, o, tal vez, el asco por una clasificación que, operando con entradas heterogéneas, se resuelve en un desconcertante establecimiento de reglas de (¡imposible!) juego. Desde esta perspectiva, que conviene documentar, la historia del derecho es tan repugnante como aquella rata que no es animal doméstico y sin embargo vive en nuestra casa o ese reptil viscoso que, todo sumado, nos repele porque nunca sabemos si aparecerá arrasándose por la tierra o nadando tranquilamente en el agua<sup>126</sup>.

Volvamos de nuevo a tratar con enciclopedias. Una primera, salvo esta rápida mención, no debe ocuparnos. Los lectores de Borges (y Foucault) conocemos la existencia de cierta enciclopedia china donde los animales se clasifican en las categorías siguientes: a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos, h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas<sup>127</sup>. Sería divertido imaginar la categoría que mejor clasifica a un historiador del derecho (¿perro suelto? ¿embalsamado? ¿etcétera?) pero debemos apartar de los anaqueles de nuestro taller tan curiosa *Referenzwerk*. No ciertamente por desconocimiento de la lengua china, habitual, con las excepciones de siempre (fallando ahora Walter Ong<sup>128</sup>, de nuevo permite salvar la cara António Hespanha<sup>129</sup>), en el jurista historiador, ni por el carácter imaginado de la enciclopedia, sinrazón que es ente de razón. Es que, dicho lisa y llanamente, en sus páginas la colocación de la historia jurídica no produciría las sensaciones más arriba descritas.

---

126. Son algunos de los indiscutibles ejemplos que ofrece Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), p. 193. Otro ejemplo lo ofrece el teatro lírico: espectáculo auditivo y visual, texto y música a un tiempo. No por casualidad he realizado las adaptaciones que confieso en n. 1, ni falta la intención en la selección de *Capriccio*.

127. Es el *Leitmotiv* de Michel Foucault, *Las palabras y las cosas. Una arqueología de las ciencias humanas* (1966), trad. de Elsa Cecilia Frost, Barcelona, Planeta-Agostini, 1984.

128. Conviene advertir aquí, porque ha debido hacerlo el propio interesado, que no se trata de un chino: Walter Ong, *Ramus. Method, and the Decay of Dialogue* cit. (n. 34), p. viii.

129. Cfr. António M. Hespanha, "Introdução ao pensamento jurídico-político chinês. Tradição e prospectiva", en trance de publicación en versión española en *La gracia del derecho* cit. (n. 73).

La consulta de esta primera enciclopedia impide, en efecto, proseguir la reflexión actual. Si aceptamos *simultáneamente* varios criterios clasificatorios las ratas se transforman en simpáticos roedores, los reptiles nos cautivan por su hermoso color verde y la historia del derecho resulta actividad natural de unos niños que apenas comienzan sus balbuceos. Frente a tan atractivas posibilidades (la última desgraciadamente frecuente, pero no se trata de denunciar otra vez las habituales *memorias*) la retórica del discurso presente obliga sin embargo a aceptar como *topos* en la discusión que la historia del derecho *debe* pensarse en términos de repugnancia, de contraposición entre elementos que resisten un categorización común. (Al fin y al cabo, ya proponía el título mismo de este escrito el recurso a la agonía como método).

¿Hará falta advertir al lector que hay, con remotísimo parecido de motivos, ciertas asonancias realmente basadas en una escala bien diversa a la que se propone? Por si la hiciera, quede el peligro conjurado en una nota<sup>130</sup> (y la presunción de inocencia que siempre atribuyo al lector me costringe, beneficiándome por cierto igualmente, a asumir el riesgo de que llegue a entenderse como desprecio a la obra ajena la humilde operación de delimitar un terreno de discusión que se quiere propio)<sup>131</sup>.

Para retomar el hilo de la argumentación nos serviremos de otra enciclopedia: ni es el chino su lenguaje ni ficticias sus páginas; el árbol de saberes subyacente a ellas combina además elementos pensables, de manera que al permitir pensar categorías también permite no pensar, o pensar con la agonía del caso, saberes de difícil clasificación mediante ellas. Otra vez se trata de la *Enciclopedia*. El jurista historiador con alguna experiencia de arqueólogo recordará que la Historia le daba la bienvenida al templo de la Verdad, pero no así la Jurisprudencia; descortesía con el visitante que ciertamente debe provocar las primeras sensaciones de desagrado. Y el desagrado es ya franca repugnancia cuando traspasamos el zaguán<sup>132</sup>. Dentro se encuentra en efecto la Jurisprudencia, más robusta además de cuanto cabía esperar, pero habita en la planta de la Razón con la Etica General como *roommate* y vecinas, como la Oratoria, más o menos próximas pero en cualquier caso realquiladas de la Filosofía; la Historia vive más abajo, planta de la Memoria, en apartamento de su propiedad. Para complicarlo todo no hay ascensores epistemológicos y la Comprensión, única escalera del edificio,

---

130. Alfonso García-Gallo, "Historia, Derecho e Historia del Derecho", en AHDE 23 (1963), 5-36; José Antonio Escudero, *Historia del derecho: historiografía y problemas*, Madrid, Universidad de Madrid, 1973; Francisco Tomás y Valiente, "Historia del Derecho e Historia", en AA. VV., *Once ensayos sobre la Historia*, Madrid, Fundación March, 1976, 161-181; Jesús Lalinde, "Hacia una Historia paralógica del Derecho", en *Historia. Instituciones. Documentos* 4 (1977), 317-353.

131. Algo de Cipolla hay, además, en la receta: Carlo M. Cipolla, *Allegro, ma non troppo*, Bologna, Il Mulino, 1988.

132. Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), árbol del conocimiento humano de Diderot y D'Alembert en pp. (210)-(213).

resulta demasiado incómoda, por transitada, para permitir con facilidad las comunicaciones. Sin estas y sin entidad propia queda más bien fuera de casa una Historia del Derecho.

Porque carece de categoría específica para uso de juristas historiadores la *Enciclopedia* nos sirve, entonces. Permite la producción de discursos como el presente y evidencia las razones, hasta ahora ocultas, que se encuentran detrás de tanta inquieta exploración de lugares epistemológicos apropiados a nuestra disciplina (resulta en este momento indiferente cuán felices o desgraciados hayan sido y serán los resultados de esa búsqueda). Pero nos sirve en segundo lugar positivamente, en cuanto tesoro de categorías o propuestas gnoseológicas diferentes donde clasificar la historia jurídica con superación de la hermosa lucha intelectual entre la Historia y el Derecho. Y aún la *Enciclopedia* puede inmediatamente contribuir suministrando herramientas a nuestro taller al margen de la angustia clasificatoria: hará posible, como veremos, la identificación de saberes que algo contribuyen a la práctica de la historiografía del derecho, rama al fin y al cabo de un tronco común más dilatado. Examinemos con orden estos proyectos.

La previsión de los filósofos editores, con su comentario detenido del árbol de los saberes por la vía de un conocido *Discurso preliminar*<sup>133</sup>, facilita enormemente la labor: puede y debe ahora ser usado como el folleto explicativo que orienta al visitante del Templo de la Verdad. El interés profesional del jurista historiador, aficionado arqueólogo, le lleva en primer lugar a la planta de la Memoria, habitada como se recordará por la Historia. Y nuestra guía suministra allí informaciones: “la historia es hechos; los hechos son o de Dios, o del hombre, o de la Naturaleza. Los hechos que son de Dios corresponden a la *historia sagrada*. Los hechos que son del hombre corresponden a la *historia civil*, y los hechos que son de la Naturaleza corresponden a la *historia natural* (...) La *historia civil*, esa rama de la historia universal, *cujus fidei exempla majorum, vicissitudines rerum, fundamenta prudentia civilis, hominum denique nomen et fama commisa sunt*, se divide, según su objeto, en historia civil propiamente dicha e historia literaria (...) La historia civil propiamente dicha puede subdividirse en memorias, antigüedades e historia completa. Si es cierto que la historia es la pintura de los tiempos pasados, las antigüedades son dibujos de la misma casi siempre estropeados, y la historia completa, un cuadro cuyas memorias son estudios”<sup>134</sup>. Más concretamente: “la historia del hombre tiene por objeto, o sus acciones o sus conocimientos, y es, por consiguiente, civil o literaria, es decir, se refiere a las grandes naciones y a los grandes genios, a los reyes y a los hombres de letras, a los conquistadores y a los filósofos”<sup>135</sup>.

---

133. Entre tantas ediciones manejo Jean Le Rond d'Alembert, *Discurso preliminar de la Enciclopedia* (1751), trad. de Consuelo Bergés (1953), Madrid, Aguilar, 51974, con el contrapunto de Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), pp. 191 y ss.

134. *Discurso preliminar* cit. (n. 133), pp. 161-162,

135. *Discurso preliminar* cit. (n. 133), p. 75.

Algo de aprovechable ya tenemos. Junto a una *historia civil* o de las acciones humanas nos topamos con una *historia literaria* que se dice la de los conocimientos del hombre, aunque importe menos, por razones que al arqueólogo del saber suministra el historiador de la cultura<sup>136</sup>, su coincidencia con una historia de los grandes genios (lo que aún tiene utilidad a la hora de articular una Historia del Pensamiento Jurídico). Y es hallazgo cargado de esperanza, si admitimos que los conocimientos pueden ser jurídicos y así llegar, por el trámite de la atractiva *historia literaria*, a encontrar el lugar enciclopédico que falta de inmediato al historiador del derecho.

A estos efectos y siempre con el *Discurso preliminar* a la mano, la visita continúa por la planta de la Razón y los apartamentos reservados allí a la Filosofía: en ellos propiamente se encuentra, junto a una *ciencia de Dios* y otra de la *Naturaleza*, una *ciencia del Hombre* que deberá interesar si tanto ha gustado la historia de sus conocimientos. En esa sede la sustantividad del conocimiento humano como objeto historiográfico enfrenta al visitante con la Lógica y la Ética, que son saberes articulados sobre las humanas facultades de entendimiento y voluntad. De la primera, al jurista historiador que admira el Templo llama la atención un *arte de retener los pensamientos* como subdivisión inicial, pues abarca tanto una *ciencia de la memoria misma* (prenoción, emblema) como una *ciencia de los suplementos de la memoria* (escritura, lectura) que remite necesariamente a la historia, mas sin correr el riesgo (no demasiado grave, según ahora parece<sup>137</sup>) de la tautología: “la memoria, que hemos considerado primero como una facultad puramente pasiva ... (la) consideramos aquí como una potencia activa que la razón puede perfeccionar”. De la segunda, esto es, en relación a la Ética, sirve una moral particular o “derecho natural, económico y político” que suponen otras tantas ciencias “de los deberes del hombre solo”, “de los deberes del hombre en familia”, “de los deberes del hombre en sociedad”<sup>138</sup>.

Con todo lo anterior el arqueólogo de afición detiene su visita en este punto. Aunque no aparece una historia jurídica en el Templo de la Verdad hemos encontrado una historia literaria que por serlo del conocimiento del hombre conduce naturalmente hacia textos (suplementos lógicos de la memoria, se decía) que, entre otras combinaciones pensables, bien pueden resultar jurídicos (indivi-

---

136. Robert Darnton, *The Great Cat Massacre* cit. (n. 31), p. 209, conclusiva: la secularización del conocimiento, primero, y de la educación, después, justifica la estrategia de exaltación de los filósofos, a cuyo servicio el *Discours préliminaire* diseña toda su propia morfología. Y todavía resulta muy instructivo Carl L. Becker, *The Heavenly City of the Eighteenth-Century Philosophers*, New Haven (Conn.) and London, Yale University Press, 1932, con reimpressiones posteriores.

137. Tautologías y paradojas recorren continuamente la obra de Niklas Luhmann, quien (me enseñan Pilar Giménez y Antonio Serrano) sabe sacar buen partido de ellas: cfr. *Soziale Systeme. Grundriss einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt/Main, Suhrkamp, 1987; más especialmente, del mismo, “The Third Question: The Creative Uses of Paradoxes in Law and Legal History”, en *Journal of Law and Society*, 15 (1988), 153-165.

138. *Discurso preliminar* cit. (n. 113), pp. 166-169.

duo, familia, sociedad): entonces la angustia epistemológica con que se iniciaba el presente parágrafo se resuelve simplemente en la tranquila comprensión de la historia del derecho como una más de las posibles historias literarias, estas sí, y no aquella, perfectamente clasificadas<sup>139</sup>. Y no se trata, aún siendo no poco, del único resultado positivo de tan rápida excursión enciclopédica, pues a vueltas con lo literario todo un elenco de disciplinas textuales bien catalogadas interesan inmediatamente al jurista historiador: unas así entendidas *Nachbarwissenschaften* que tal vez aquél hubiese pasado por alto de establecer otras conexiones entre los saberes de la *Enciclopedia*, o simplemente de haber prescindido de su consulta. Por vía de ejemplo: esa porción de la Lógica que constituye el arte de retener los pensamientos, donde la memoria comparece, sabemos, como “una potencia activa que la razón puede perfeccionar”, obligadamente se completa por el arte de comunicar esos mismos pensamientos: las correspondientes ciencias del instrumento y de las cualidades del discurso (la Gramática y la Retórica), con un nutrido arsenal de subdivisiones que incluye de la Filología a la Declamación, aparecen como otras tantas herramientas profesionales que enriquecen el taller del jurista historiador.

#### DU SPRICHTS MEINE VERSE HINREIZEND

Afinemos más. Las llamadas herramientas nos permiten ante todo orientar una no siempre fácil búsqueda de interlocutores intelectuales: el rápido *tour guidé* por la *Enciclopedia*, con el mismísimo D’Alembert haciendo de *cicerone*, nos ha servido para sortear el riesgo de caer en esas groseras discusiones sobre la Historia y el Derecho que no suelen faltar en los *proyectos* docentes, pero también, y sobre todo, para evidenciar que la actividad del jurista historiador no puede hoy entenderse al margen de la fructífera renovación que las ciencias sociales, muy especialmente las del lenguaje, han vivido en los últimos decenios. No interesa así recoger en este escrito el tradicional epígrafe de “relaciones de la disciplina con otras afines”, frecuente en las viejas *memorias*, sino más bien reflexionar sobre un problema elemental: ¿qué debe leer el historiador del derecho?

La inocente pregunta encierra un compromiso epistemológico que ya no nos entretendrá. Cuanto queda recogido en páginas anteriores presupone unas lecturas indispensables para conseguir la ruptura del obstáculo jurídico que impide o dificulta una actividad intelectual desinteresada, siendo por ejemplo recomendable, además

---

139. El camino recorrido hasta aquí marca ya las distancias, pero tal vez convenga recordar algunas propuestas que, con parecido en los términos, nada tienen que ver en los contenidos: Rafael Gibert, “La historia del derecho como historia de los libros jurídicos”, en Joaquín Cerdá-Pablo Salvador (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado* cit. (n. 49), 61-92, con interés derivado (de Emilio Lledó) las últimas; Alfonso García-Gallo, “Metodología de la historia de textos jurídicos”, en AHDE 53 (1983), 611-613, para consumo exclusivo de Gibert.

de aquellas obras de metodología (de Bachelard a Santos, de Foucault a Kuhn) que sirven para denunciarlo, frecuentar aquellos clásicos de la sociología y la antropología (de Max Weber a Norbert Elias, de Emil Durkheim a Julio Caro) que saben comunicar la experiencia elemental de trabajar con lo *Otro*.

En segundo lugar, ahora más interesante para nosotros, la cuestión que formulamos se quiere operativa en la actividad cotidiana del jurista historiador. Sentado cómodamente en su taller y con las ideas ya más claras, ¿con qué trabajará el que trabaja con textos jurídicos?

Si rechazamos respuestas obvias y tenemos presente que estos párrafos se abrían con una búsqueda de interlocutores, nos encontramos en disposición de discutir sobre una *biblioteca mínima* al uso de historiadores del derecho. Leer a unos y no leer a otros supone un complicado proceso de selección que además resulta autosustentado por efecto de las notas a pie de página, pero no parece necesario penetrar en las profundidades de la propia filiación intelectual cuando resulta bien elocuente, más que listas repletas de referencias, la selección de unos cuantos nombres y algunas tendencias.

Entendida la historia jurídica como historia literaria las más solventes propuestas que centran en el texto el fulcro de *una* historia de factura posible deben inmediatamente aprovecharse. Con la inversión en tanta *history of books* realizada últimamente es hora que cuestionemos nuestro mismo querido concepto de *fuerza*, pues los libros, enseñaba no hace mucho Robert Darnton, no cuentan simplemente historias: las producen también<sup>140</sup>. De paso, si nos interrogamos sobre la confección (intelectual y material) del libro jurídico, su público, el cómo de su lectura y en general el panel de cuestiones incluídas en una prometedora *history of reading* que ya viene dando frutos<sup>141</sup>, cancelamos la convencional distinción, simple manifestación del absolutismo jurídico y del positivismo histórico heredados del siglo XIX, entre niveles teóricos (definición y comentario de la norma jurídica) y prácticos (documentos notariales y similares en aplicación de esa norma) en la vida del derecho. Pues ¿no es factor de una experiencia jurídica determinada producción libraria? ¿Es indiferente la lengua utilizada por el autor en su composición? ¿O sus recursos retóricos? ¿O el círculo de sus destinatarios potenciales y reales?

Ante esta suerte de preguntas el jurista historiador experimenta algún desasosiego. No faltan desde luego aportaciones<sup>142</sup>, pero todavía, incluso en el nivel

140. Robert Darnton, *The Kiss of Lamourette* cit. (n. 23), p. 135.

141. Roger Chartier, *The Cultural Uses of Print in Early Modern France*, trans. by Lydia G. Cochrane, Princeton (NJ), Princeton University Press, 1987.

142. De la sintaxis del discurso jurídico: Theodor Viehweg, *Topik und Jurisprudenz. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1974, a la sociología de su lectura: Filippo Ranieri, "Juristische Literatur aus dem Ancien Régime und historische Literatursoziologie. Einige methodologische Vorüberlegungen" en *Aspekte europäischer Rechtsgeschichte. Festgabe für Helmut Coing zum 70. Geburtstag*, Frankfurt an Main, V. Kolstermann (Ius Commune Sonderhefte 17), 1982, 293-322.

más elemental o sintáctico de análisis de los textos jurídicos, las respuestas escasean. La encuesta, sin embargo, viene siendo desde hace tiempo realizada en el seno de una vigorosa escuela de historiadores de la Revolución francesa que han convertido el estudio de la lectura y la producción libraria, la censura oficial y la policía de imprenta, el comercio de los textos y la formación de un público lector en los capítulos de un análisis renovado de aquellos ‘orígenes intelectuales de la Revolución’ que preocuparon a Daniel Mornet hace ya medio siglo. Alguna atención prestan sus obras al derecho<sup>143</sup>, mas estas nos valen sobre todo como modelo o sugerencia del camino a seguir. Repasando velozmente las respuestas, no interesa tanto recordar que, dentro de la tradición identificada, hayan sido invertido los papeles de una Ilustración causada por la Revolución, y no al revés, cuanto destacar que ha sido la dedicación al estudio del texto lo que hace posible la operación toda<sup>144</sup>.

Otro sector historiográfico que se demuestra muy sensible hacia la tecnología de la palabra es el de los estudios medievales. La producción medievística de una *social history of books*, por cierto no considerada dentro de la *storia sociale* presente en Florencia, convierte la tensión entre el texto manuscrito y el texto impreso en principal argumento de investigación<sup>145</sup>. Sus frutos, muchos e importantes, no puden dejar indiferente al historiador del derecho, pues el terreno que exploran estas investigaciones, desbrozado por los trabajos de Walter Ong como ya sabemos, funciona como lugar de encuentro entre diversas especialidades (desde la historia del arte al estudio de la retórica, de la codicología a la bibliografía analítica), encerrando aún un elevado potencial integrador de otras, por ejemplo la misma historia jurídica. Y no debemos considerar simplemente cuestión de estrategia esta posible vía de colaboración entre juristas, filólogos e historiadores, pues la opción por una historia de textos así entendida permitirá satisfacer la insistente propuesta florentina<sup>146</sup> en pro de una interdisciplinaridad historiográfica que vaya más allá de la circulación entre colegas afines de los productos propios: dotado el esfuerzo de *especialidad* de coherencia desde un *común* punto de partida —el análisis del texto— la integración de resultados es posible, el círculo de interlocutores se amplía y ya no hay lugar para aislamientos ni temores.

---

143. Por ejemplo Roger Chartier, *The Cultural Origins of the French Revolution* cit. (n. 64), pp. 172 y ss.; del mismo, *The Cultural Uses of Print* cit. (n. 141), pp. 110 y ss. sobre los *cahiers de doléances*.

144. Además de Darnton y Chartier, Jack R. Censer/Jeremy D. Popkin (eds.), *Press and Politics in Pre-Revolutionary France*, Berkeley, University of California Press, 1987; Keith M. Baker, *Inventing the French Revolution: Essays on French Political Culture in the Eighteenth Century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990.

145. Véase por ejemplo Sandra L. Hindman (ed.), *Printing the Written Word. The Social History of Books, circa 1450-1520*, Ithaca (N.Y.) and London, Cornell University Press, 1991.

146. Cfr. António M. Hespanha “L’interdisciplinarità” cit. (n. 91), 313-314; Julius Kirschner cit. (n. 53), p. 357; Mario Sbriccoli cit. (n. 53), p. 456.

No están en juego simples escrúpulos heurísticos, también presentes desde luego, y con renovado rigor, en una historia jurídica que se quiere llamada al estudio de los textos<sup>147</sup>. Cuando los historiadores-bibliógrafos llegan a mostrarnos la comunidad de formatos materiales que comparten en nuestra cultura el libro religioso y el jurídico<sup>148</sup>, la vía para emplazar el texto de derecho en el intertexto de teología se encuentra expedita y parece entonces posible discutir sobre derecho penal<sup>149</sup> o prácticas mercantiles premodernas<sup>150</sup> liberados de la experiencia contemporánea. Cuando la crítica a la modernidad consigue desacralizar un derecho tan laico como intangible por los hombres, el Estado puede saltar en pedazos reducido simplemente a un cúmulo de papel impreso que crean y consumen los juristas<sup>151</sup>. En estos casos se ha producido la ruptura del obstáculo epistemológico según fórmula de Bachelard: el abandono del sentido común (del bagaje de la propia experiencia) permite la contemplación de otras sociedades y acceder a su diversa experiencia jurídica.

#### ALLES NUR MODE, MODE

El diálogo con pensadores, antropólogos e historiadores conduce una lectura compleja de los textos jurídicos y dota de contenido el cruce de remisiones que han propuesto estas páginas en un intento de adscribir convenientemente la historia del derecho al árbol ilustrado de conocimientos, pero no acaban ahí sus rendimientos. Si la vocación textual del jurista historiador es llave que abre puertas en los apartamentos enciclopédicos de la Historia, le permite además escuchar y hacerse eventualmente oír en los debates que entretienen hoy a los juristas.

---

147. Y cabe citar la investigación emprendida por Douglas Osler como muestra de la importancia de trabajos bibliográficos acurados. Véase, de este autor, "Turning the Title-page", en *Rechtshistorisches Journal*, 6 (1987), 173-182; del mismo, "Dies diem docet", en *Ius Commune*, 18 (1991), 207-224.

148. Yvonne Johannot, *Tourner la page* cit. (n. 24)

149. António M. Hespanha, "Da *iustitia* a *disciplina*. Textos, poder e política penal no antigo regime", en *AHDE* 57 (1987), 493-578. Del mismo, "De la *Iustitia* a la disciplina" en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco* cit. (n. 20), con su significativo complemento teórico en "Una historia de textos" cit.

150. Bartolomé Clavero, *Antidora* cit. (n. 20); Carlos Petit, "Signos financieros y cosas mercantiles" cit. (n. 76), en volumen donde interesan también otras aportaciones de Clavero.

151. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114).

Desde el inicio de los Ochenta, en efecto, se celebran congresos<sup>152</sup>, aparecen artículos<sup>153</sup> y publican libros<sup>154</sup> que enfrentan la relación entre derecho y literatura: ha llegado incluso a identificarse todo un *law and literature movement*, que ya cuenta con revistas especializadas<sup>155</sup>. No se trata simplemente del estudio *à la Kohler* de los aspectos jurídicos de una obra de creación<sup>156</sup> ni de una nueva versión de la clásica producción jurídica sobre propiedad intelectual o difamación por libelos: ello más o menos presente, se aprecia sobre todo una inusitada apertura ante las ciencias y filosofía del lenguaje y hacia la crítica literaria para culminar en el eterno problema del jurista: la interpretación de las normas. En los Estados Unidos, que es donde surge y por ahora arraiga el movimiento, un *derecho* convertido sin más en *texto* es pasado por tamices constructivistas y deconstructivistas según los gustos; la interpretación aparece como actividad unitaria ya se aplique a la literatura o a la legislación, con la consiguiente comunicabilidad de métodos analíticos; el derecho es enseñado a estudiantes de letras y los estudios jurídicos se nutren de cursos de literatura (o de otros productos creativos, como el cine). Con mayores o menores cautelas, a la moda se suman hasta los más conservadores: el *law and literature movement* cuando menos resulta “a promising extension of traditional legal scholarship and teaching and one that deserves to have a secure place in the legal academy”<sup>157</sup>.

Es aún pronto para evaluar su fortuna, pero en materia de *law and literature* pueden ya aventurarse algunas consideraciones. El arsenal teórico de partida es europeo (de Nietzsche a Derrida, Wittgenstein, Barthes o Foucault) aunque las implicaciones jurídicas resultan inequívocamente americanas. No existen paradojas. Los ecos de una tradición filosófica pragmática y una ciencia jurídica realista, al

---

152. *Symposium: Law and Literature*, en *Texas Law Review*, 60 (1981-1982), 373-586; *Symposium: Law and Literature*, en *Mercer Law Review*, 39 (1987-1988), 739-935; *Legal Storytelling*, en *Michigan Law Review*, 87 (1988-1989), 2073-2494.

153. Robert M. Cover, “The Supreme Court, 1982 Term. Foreword: *Nomos* and Narrative”, en *Harvard Law Review*, 97 (1983-1984), 4-68; del mismo, “Violence and the Word”, en *Yale Law Journal*, 95 (1985-1986), 1601-1629; Peter Goodrich, “Law and Language: An Historical and Critical Introduction”, en *Journal of Law and Society*, 11 (1984), 173-206; Costas Douzinas/Ronnie Warrington, “On the Deconstruction of Jurisprudence: *Fin(n)is Philosophiae*”, *ibid.* 14 (1987), 33-46.

154. James B. White, *When Words Lose Their Meaning*, Chicago, University of Chicago Press, 1984; Sanford Levinson/Steven Mailloux (eds.), *Interpreting Law and Literature. A Hermeneutic Reader*, Evanston (Il.), Northwestern University Press, 1988; Heinz Müller-Dietz, *Grenzüberschreitungen. Beiträge zur Beziehung zwischen Literatur und Recht*, Baden-Baden, Nomos, 1990; Richard H. Weisberg, *The Failure of the Word*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1984; del mismo, *Poetics, and Other Strategies of Law and Literature*, New York, Columbia University Press, 1992.

155. Me refiero a *Cardozo Studies in Law and Literature*, dirigidos por el ya mencionado Richard H. Weisberg y publicados por Benjamin N. Cardozo School of Law (Yeshiva University), New York, 1 (1989), 2 (1990).

156. Joseph Kohler (1849-1919), *Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz*, Berlin und Leipzig, W. Rotschild, 2<sup>a</sup>1919.

157. Richard A. Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1988, p. x, pp. 358 y ss.

jugar en contra de la intangibilidad del derecho que todavía acecha al jurista de *civil law*, se convierten en las voces que reducen derecho a literatura; la ausencia de solemnes códigos, con la consiguiente fluidez del sistema de fuentes, completa el clima intelectual de la operación. Americano también es el inmediato antecedente: un *law and economics movement* que, agotando desde hace años el análisis jurídico en la microeconomía, abre paso a la disolución del derecho en un haz de relaciones con especialidades diversas<sup>158</sup>.

Mientras, en la cultura jurídica continental tan sólo algunos teóricos e historiadores del derecho han optado por el entendimiento discursivo del derecho, con el recurso, globalmente más moderado que en América, a críticos literarios y lingüistas como interlocutores. Y es muy significativa la adscripción académica de estos experimentalistas: si en América el gran terreno de debates sobre derecho y literatura lo cubren prácticos y teóricos de la interpretación constitucional, en Europa nos las habemos siempre con juristas que se encuentran profesionalmente distanciados del ordenamiento en vigor, reduciéndose sus aventuras intelectuales a operaciones que carecen de un alcance inmediato. Identificada y denunciada por juristas historiadores, resulta lógico que sea entre ellos que comience a hacer crisis la aún poderosa cultura del absolutismo jurídico.

Ocasión tendremos más adelante para insistir en la potencialidad que su posición profesional les reserva en el terreno de la política del derecho, pues ahora es suficiente indicar que la vieja relación intelectual entre derecho y lenguaje puede hacer de los historiadores juristas en tierras de *civil law* los colegas más sensibles ante el movimiento norteamericano. Ha podido desde luego favorecerlo una sólida tradición que situaba el derecho romano en unas *Altertumswissenschaften* entendidas como filología de la Antigüedad<sup>159</sup>, pero sin duda otros precedentes más modernos, como las obras publicadas a finales de los Sesenta y en la década siguiente por Costa y Carcaterra en Italia<sup>160</sup>, con uso de la semántica en sus títulos y contenidos, o por Arnaud en Francia<sup>161</sup>, confesadamente estructuralista, también se encuentran presentes. No se trata, aclaremos, de ninguna prehistoria europea del *law and literature movement*, para lo que faltarían las más remotas conexiones, sino de unos aislados ejemplos continentales –discreta-

---

158. Así, y no por casualidad, el mismo Richard A. Posner, autor de *Economic Analysis of Law*, Boston, Little and Brown, <sup>3</sup>1986 y posteriormente, con amplio recurso a fuentes literarias, *The Economics of Justice*, Cambridge (Mass.) and London, Harvard University Press, <sup>2</sup>1983.

159. De nuevo me limito a un significativo ejemplo: Johann Jakob Bachofen, *Introduzione al "Diritto materno"* (1861), a cura di Eva Cantarella, trad. di Pasquale Pasquino, Roma, Editore Riuniti, 1983, con las confesiones autobiográficas recogidas en la excelente introducción de la curadora.

160. Pietro Costa, *Iurisdictio. Semantica del potere politico medioevale (1100-1433)*, Milano, Giuffré, 1969; Antonio Carcaterra, *Semantica degli enunciati normativo-giuridici romani. (Interpretatio iuris)*, Bari, F. Cacucci, 1972.

161. André-Jean Arnaud, *Essai d'analyse structurale du Code civil français. La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, Paris, Librairie Général de Droit et de Jurisprudence, 1973.

mente recibidos, además, en su momento<sup>162</sup>, salvo Costa, que ha conseguido al final lectores<sup>163</sup>— de diálogo con los científicos del lenguaje: es, todo sumado y desde Europa, alguna experiencia comparable.

Especular sobre la recepción de las discusiones americanas a partir de tan frágiles bases parece ahora impropio. Tampoco conviene alargar indefinidamente el radio de argumentos posibles o multiplicar el círculo de interlocutores. Una conclusión, sin embargo, resulta clara. A partir del entendimiento de la historia jurídica como historia literaria no sólo se establecen conexiones intelectuales con vigorosas corrientes adscritas a una *intellectual history* renovada<sup>164</sup>, también se dispone de un *archivo* que permite al menos identificar, y eventualmente enfrentar, movimientos con fuerte presencia en el pensamiento jurídico contemporáneo. Pero así, proyectando la competencia profesional del historiador del derecho hacia la especulación actual de los juristas, nos situamos insensiblemente en el argumento central de los siguientes párrafos.

#### WIR WERDEN DIE SCHOKOLADE IM SALON EINNEHMEN

Con mención de colegas y fijación de espacios ha quedado expuesta la posición que proponen estas páginas. Ahora bien, no es suficiente identificar el lugar epistemológico al que conviene arrimarse si queremos percibir las benéficas influencias del sol de los saberes. Porque las cosas pueden estar muy claras en el Templo de la Verdad, pero a los efectos de la vida cotidiana el cómodo apartamento de la Historia y nuestras habitaciones de historia literaria se encuentran situados en Facultades que enseñan Derecho.

Esto quiere decir simplemente que al jurista historiador interesa *también* resolver los problemas espaciales que le plantean vecinos juristas que no lo son. De nuevo encontramos el problema de las clasificaciones, ahora bajo la forma de lucha kantiana entre Facultades (y siempre que se trate de lucha vamos bien: seguimos en la dimensión agónica de la actividad intelectual más clásica que este escrito, gracias a Ong, identifica y hace suya una y otra vez), por más que un

---

162. Sobre Carcaterra, Yan Thomas, "La langue du droit romain. Problèmes et méthodes", en *Archives de Philosophie du Droit*, 19 (1974), 103-125; en relación a Arnaud, Mario Sbriccoli, "Strutturalismo e storia del diritto privato. La regola del gioco nel gioco delle regole", en *Politica del diritto* (1973), 551-562. Modernamente, con uso de ambos, Bernard S. Jackson, *Semiotics and Legal History*, London etc., Routledge and Kegan Paul, 1985.

163. Son algunos de mis acreedores: António M. Hespanha, "Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration", en Erk V. Heyen, *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann (= Ius Commune. Sonderhefte 21), 1984, 3-28, pronto en versión española en *La gracia del derecho* cit. (n. 73); Jesús Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada* cit. (n. 72).

164. Cfr. Pietro Costa, "Verso una 'nuova' storia della cultura giuridica?" cit. (n. 112), pp. 1006 y ss.

elemental sentido práctico aconseja rechazar algunas líneas discursivas que pudieran plantearse (por ejemplo: ¿qué formación académica tendrá el jurista historiador? ¿No ofrecerán su mejor lugar las Facultades de Letras?) para concentrarnos en lo fundamental: ¿cómo entender las relaciones profesionales que se establecen en el seno de las Facultades jurídicas?

No se ofenda el lector por la elementalidad de las afirmaciones que seguirán y concédame el crédito necesario para desarrollar una estrategia argumentativa que debe llevarnos, creo, a mejores puertos. En rumbo hacia Livorno, que es el situado más cerca de Florencia, crucemos el Mediterráneo contaminado por una grosera proposición construida con los irrefutables datos de la práctica académica que nos rodea. Suele en efecto aceptarse que el historiador del derecho es un jurista que se ocupa del derecho del pasado y así se distingue de otros colegas que trabajan y enseñan el derecho del presente; de ahí las técnicas tan diversas que unos y otros poseen o el necesario complemento de formación (paleografía o nociones de latín) que es exigible a aquél y de ahí, sobre todo, el contenido de los cometidos docentes y de la propia investigación.

Lo malo es que, con toda su rudeza, este modo de ver las cosas se encuentra increíblemente arraigado, incluso entre quienes acreditan mayor sensibilidad intelectual. Permítaseme un significativo ejemplo. Si ya encierra lecciones la conveniencia de dotar con un “prólogo para civilistas” la recentísima traducción española del ensayo grossiano sobre la propiedad y las propiedades, por nada decir de la manipulación sufrida por su título, aún más significativo resulta leer en ese prólogo que en “nada difiere la tarea del historiador de la del jurista positivo, pues ambos operan con datos de experiencia (aunque -es obvio decirlo- sí sea diferente el *tempo* de cada uno)”<sup>165</sup>. ¿Es obvio decirlo, realmente? Me preocupa que lo crea el traductor Angel López cuando, ocupando él los venerables espacios de la cátedra civilística, se ha lanzado a la generosa operación intelectual de difundir entre nosotros, y en sede editorial dirigida a los llamados juristas positivos, uno de los productos mejores que ha producido la parcela histórica de la cultura jurídica italiana, pero dejemos para otra ocasión la detenida crítica que merece esa traducción (¿para civilistas?), a mi modo de ver bastante desgraciada; peor, mucho peor, es que comulguen con la pretendida obviedad los mismos historiadores del derecho.

Que su *tempo*, como dice López, es *obviamente* diverso del que viven profesionalmente otros juristas lo revela la orientación mayoritaria de los programas docentes, las obras de conjunto *ad usum scholarum* y las publicaciones más restringidas que se dirigen a la pequeña y no bien avenida familia de especialistas. Suele en los programas efectivamente presentarse un *Medioevo del diritto* como segmento temporal que, privilegiado desde siempre por el gremio, consume la mayor parte de lecciones. Su carácter como tramo “intermedio” en la

---

165. Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, trad. y “Prólogo para civilistas” de Angel M. López y López, Madrid, Civitas, 1992, p. 13.

*historia Hispaniae iuris* potencia desde luego la centralidad: separa los extremos de una *Antigüedad* en sí inexistente (originales, con todo ello, los manuales hispánicos prestan atención a una “romanización” que interesa incluso desde un momento histórico previo, es decir francamente prehistórico, en que se sitúan la épica *devotio*<sup>166</sup> y mitos tartésicos crudos y cocidos<sup>167</sup>, para dar luego paso al particularismo de la dominación visigoda, no asumida por cierto bajo los términos de una *Spätantike* al fin y al cabo dotada de alguna solera académica) y una Edad Moderna que sólo gana espesor, frente a la Media, bajo la proyección del paradigma estatalista<sup>168</sup> y sus secuelas de monarquías absolutas, triunfo de la creación normativa protagonizada por el rey en detrimento de las Cortes, recopilaciones de leyes y despotismo borbónico; en el limbo de la indistinción permanece una etapa constitucional que se abandona a otros especialistas o se despacha *in extremis* con la narración del proceso codificador. Es la naturalidad de las divisiones al uso de historias generales, que ni siquiera se cuestionan, compatibles con el ritmo propio de las fuentes jurídicas para imponer pequeños matices y salvar psicológicamente la cara de una historia especial.

No debemos entretenernos en mayores consideraciones sobre el esqueleto de nuestros habituales programas (permítaseme sin embargo consignar un ejemplo de las preguntas que todavía están por formular: ¿llegó a ser mentalmente liberadora en la España del Código una atención folklórica de los historiadores hacia los derechos primitivos hispánicos, de la mano de Joaquín Costa y demás registradores de prácticas consuetudinarias y economías populares, perdiendo sentido cuando el jurista se inclinó definitivamente ante el legislador?), pues lo cierto es que al habitual reparto de lecciones corresponde otro de competencias profesionales que tiene todavía mayor calado. Dicho de forma muy rudimentaria, el jurista historiador interpreta que el centro de sus competencias, como docente y como investigador, debe recaer en el decisivo medioevo, parte central del curso (pues medievales son las fuentes que constituyen el núcleo del derecho de cada reino hispánico y medievales sus tradiciones institucionales y/o nacionales, desde la degradación del hombre castellano-leonés bajo presión del monarca hasta la magnificación del catalano-aragonés que le impone pactismos), y en la epigonal edad moderna (que sin embargo guarda bastante interés para inventarse el Estado). Las fisuras de este modo de hacer van en aumento, pero aún resulta insólita la aventura de adentrarse en la historia jurídica del siglo XIX, mientras el siglo XX escapa totalmente de la atención: ha podido incluso teorizarse que al ser la experiencia jurídica liberal o burguesa aquella que conforma el ordenamiento bajo el que vivimos ofrece así un presente que no procede conocer

---

166. José María Ramos Loscertales, “La *devotio* ibérica”, en AHDE 1 (1924), 7-26.

167. José Manuel Pérez Prendes, “El mito de Tartessos”, en *Revista de Occidente*, 134 (1974), 183-204.

168. António Manuel Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do antigo regime* cit. (n. 70).

históricamente<sup>169</sup>. Todos podemos invocar excepciones, mas también todos podemos reconocerlos en el cuadro así trazado.

Un complejo haz de vectores viene orientando estas preferencias temporales. Hay, en primer lugar, ciertas dosis de identidad profesional: todavía parece aconsejable escoger como argumento doctoral asuntos medievales, que serían además los más formativos del investigador en ciernes (¡esa paleografía o aquellos latines que no se enseñan en la Facultad de Derecho!), para usar la servidumbre de paso que constituyó el ambiente fundacional del *Anuario* sobre al apetecido fundo de la cátedra. Otras veces se alegan los imperativos de las fuentes: tan abundantes éstas desde comienzos de la llamada edad moderna el investigador sólo puede consultarlas *per saltum*, incurriendo en lamentables generalizaciones, mientras que la escasez de las (alto)medievales permite acceder a todos los materiales; los llamados “siglos mudos” serían, más bien, los más parlanchines de la historia del derecho<sup>170</sup> (y cuando no seduce su locuacidad lo hace, paradójicamente, su discreción<sup>171</sup>). La pericia en lo medieval establece además límites bien claros entre los juristas expertos en fueros y los juristas expertos en códigos, frontera nada despreciable cuando la filosofía jurídica de ambos, tácita pero no menos efectivamente asumida, es siempre la misma, a saber: el absolutismo jurídico con todas sus secuelas. Por nada decir del refuerzo que a un determinado entendimiento de la ciencia jurídica aportó y aporta el escapismo medievalista del historiador<sup>172</sup>, con toda su carga disciplinar al ser practicado *ex cathedra*.

Síntomas crecientes hay de un cambio en este acartonado panorama, y no pienso ahora en tesis de argumento moderno o interesantes a la historia jurídica del siglo XIX: ni la renovación de planteamientos pasa por la exclusión de temas medievales<sup>173</sup> ni el objeto moderno en estudio se santifica en virtud exclusiva de su cronología<sup>174</sup>. Otros son los fenómenos que interesan. Incluso en nuestras

---

169. Aquilino Iglesia Ferreirós, “El Código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego”, en Carlos Petit (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa* cit. (n. 80), 271-359; del mismo, “*Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones*. La situación de los estudios de historia del derecho privado en España”, en Bartolomé Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (a cura di), *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* cit. (n. 71) I, 205-314, pp. 228 y ss.

170. Aquilino Iglesia Ferreirós, “La situación de los estudios de historia del derecho privado en España” cit., en particular sus largos excursos, pp. 230 y ss.

171. Fernando de Arvizu, “La enseñanza de la historia del Derecho. Reflexiones en busca de una polémica”, en AHDE 58 (1988), 491-498, n. 10 en pp. 495-496.

172. António Hespanha, *A história do direito* cit. (n. 14), pp. 9-69, con ejemplos que, por portugueses, son bien cercanos.

173. Y mi concurso de acreedores presenta el mejor ejemplo: Jesús Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada* cit. (n. 72).

174. Otro ejemplo: Luis Moreno Pastor, *Los orígenes del Tribunal Supremo, 1812-1838*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, obra por cierto laureada. Cfr. AHDE 59 (1989), 936-939 (Marta Lorente).

latitudes, tras rendir pleitesía al medievalismo<sup>175</sup>, historiadores no faltan para animar como tales los debates jurídicos presentes: si parece impropio insistir en el nombre de Tomás y Valiente por la posición institucional que ha ocupado durante bastantes años, viene de inmediato a los labios el de Bartolomé Clavero, con sus valientes apuestas al hilo de la reforma agraria andaluza<sup>176</sup>, la frágil posición constitucional del País Vasco<sup>177</sup> o la identificación y defensa de una cultura jurídica basada en derechos<sup>178</sup>. Son las suyas melodías diversas que cuentan con orquestación sinfónica<sup>179</sup>, por cierto no siempre bien recibidas por el público –incluso el de abono<sup>180</sup>– ante la decidida ejecución: nos las habríamos, ha llegado a opinarse, con un historiador “que pone su oficio al servicio de empresas concretas”, “que desde el presente, y para el futuro” busca “en el pasado soluciones a cuestiones planteadas con base en problemas actuales”, ofreciendo finalmente “una imagen con la que se pretende mejorar ese futuro pero que no responde a la realidad pretérita”<sup>181</sup>. Muy duras acusaciones que no nos entretendrán. A su modo Clavero ya ha presentado alegato en causa que es propia<sup>182</sup>, por lo que aquí basta recordar a los críticos que también cabe un determinado proyecto de futuro (y probablemente peor que el de Clavero, al no asumirse de manera consciente) en la pretensión purista de acceso al pasado sin contaminaciones actuales<sup>183</sup>, pues, al fin y al cabo, persiguiendo conejos apresurados Alicia acabó perdida en el País de las Maravillas.

Interesa además restituir el caso particular de Clavero a las coordenadas más generales, o de relación profesional entre historiador y tiempo de la *dimensione giuridica*, en que interesadamente se colocan estas líneas. Lo que plantea al menos dos cuestiones. La primera, más general o filosófica, nos obligará seguidamente a considerar un tiempo *futuro* en relación al ejercicio profesional de la historia jurídica; más estratégica o política (académica) la segunda, deberá situarnos en el terreno del *presente*. El *pasado*, como podremos concluir y ya queda apuntado, resulta en este contexto de reflexiones un tiempo más bien escuálido.

---

175. Francisco Tomás y Valiente, “La prisión por deudas en los derechos castellano y aragonés”, en AHDE 30 (1960), 249-489; Bartolomé Clavero, “Behetría, 1255-1356. Crisis de una institución de señorío y de la formación de un Derecho regional de Castilla”, en AHDE 44 (1974), 201-342.

176. Bartolomé Clavero, *Autonomía Regional y Reforma Agraria*, Jerez de la Frontera, Fundación Universitaria de Jerez, 1984.

177. Bartolomé Clavero, *Fueros vascos. Historia en tiempo de Constitución*, Barcelona, Ariel, 1985.

178. Bartolomé Clavero, *Los derechos y los jueces*, Madrid, Civitas, 1988.

179. Bartolomé Clavero, *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza Universidad, 1989.

180. Cfr. AHDE 55 (1985), 837-842 (Alicia Fiestas).

181. Reseña de Alicia Fiestas Loza en AHDE 59 (1989), 898-906, correspondiendo mis citas a p. 905.

182. Bartolomé Clavero, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, particularmente declaraciones de presentación en p. 13.

183. Alicia Fiestas Loza, “La quiebra de la independencia del Poder Judicial. La *Ley adicional a la Orgánica*, de 14 de octubre de 1882, y el *cuarto turno*”, en *Poder Judicial*, 14 (marzo 1985), 57-67, al hilo precisamente de una nueva ley orgánica de la justicia y sus posibilidades otras de selección del personal judicial.

## VERRATEN HABE ICH MEINE GEFÜHLE

Creo, ante todo, que bajo la acusación de las proyecciones de futuro en la investigación histórico-jurídica se encuentra realmente el desprecio del jurista moderno por la fantasía, actitud tan inconsciente como consustancial al absolutismo jurídico propio de la cultura del derecho codificado (y lo segundo, claro está, por lo primero). En el estrecho margen que tal cultura viene marcando al ejercicio de las potencias anímicas del jurista (interesada memoria, que sólo sirve para inculcar el paradigma codificador<sup>184</sup>; ningún entendimiento, convertido éste como está en monopolio fiscal administrado directamente por el Estado<sup>185</sup>; muy débil voluntad, pues ya sólo conoce relevancia discursiva una *voluntas legis* que exclusivamente resulta *voluntas legislatoris*<sup>186</sup>) todo ejercicio liberatorio se somete a una dura censura: bastaría tener presente la suerte de la *Freirechtsbewegung* y las hazañas del *bon juge* Paul Magnaud para demostrarlo. No es necesario discurrir demasiado para meter en evidencia las razones de esta situación: el futuro puede deparar una cultura sin códigos, o con un nuevo tipo de códigos realmente subsidiarios de la libertad individual<sup>187</sup>; una sociedad donde los elementos de pluralismo legal que ya hoy han sido objeto de observación triunfen abiertamente constituyendo un nuevo sentido común jurídico<sup>188</sup>. En cualquier caso se apunta hacia un modelo de ordenamiento que no pasa por la forma histórica en que ha cuajado el Estado y que así debe realizarse, por definición, siempre a expensas de la experiencia jurídica presente.

La cautela estatal pasa por la conversión de los augures en severos funcionarios públicos, o, si se prefiere, la garantía del presente exige en nuestra cultura jurídica introducir el tabú del futuro. Y ahí se encuentran inevitablemente todo tipo de juristas. Cuando la memoria es creadora de presente en función de una voluntad normativa cuyo entendimiento sólo es competencia del legislador, resulta obvio que el jurista institucionalmente revestido con los oropeles de historiador colabora con aquél tan intensamente como el resto de sus colegas, con la exclusiva particularidad de que la veda del futuro se consigue en su caso arrinco-

---

184. Bartolomé Clavero, "El Método entre infieles o el Código en España", en *Quaderni fiorentini* 20 (1991), 271-317; del mismo, "Historia como Derecho: la libertad mercantil", en Carlos Petit (coord.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil* (III Seminario de Historia del Derecho Privado), en curso de edición.

185. Paolo Grossi, *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX* cit. (n. 28).

186. Con el consiguiente peso de la interpretación histórica o de génesis parlamentaria de las normas jurídicas, que pudo en su día denunciarse allí donde resultaba menos relevante: Max Radin, "Statutory Interpretation", en *Harvard Law Review*, 43 (1929-1930), 863-885, con la polémica respuesta de James M. Landis en esa misma sede, 885-893; también, de Radin, "Solving Problems by Statute", en *Oregon Law Review*, 14 (1934-1935), 90-107. Cfr. ahora William N. Eskridge Jr., "Dynamic Statutory Interpretation", en *University of Pennsylvania Law Review*, 135 (1987), 1479-1455, p. 1507 a vueltas con Radin.

187. Bartolomé Clavero, *Razón de estado* cit. (n. 182).

188. Boaventura Sousa Santos, "Toward a Postmodern Conception of Law" cit. (n. 66).

nándolo en un pasado que sólo puede servir al presente precisamente (no temamos emplear el término<sup>189</sup>) como ideología. Se comprende así que el recelo por el futuro suponga una condena de la fantasía como instrumento del jurista que desde luego alcanza al historiador, si entendemos, con la ayuda de Christian Thomasius nada menos, que lo futuro resulta *opus phantasiae, non memoriae nec sensus communis*<sup>190</sup>. Se comprende también que la desacreditada fantasía aún lo sea más cuando desea ejercerla el jurista que es historiador, pues al tabú del futuro que impone el absolutismo jurídico añade dosis de gravedad una Historia como saber rigurosamente contemporáneo a esa filosofía construido sobre un llamado “método histórico-crítico” (!) que se agota en el positivismo fundacional de la disciplina. La conclusión es evidente: quien ose profesionalmente conocer el futuro a base de imaginación quedará estigmatizado como historiador y como jurista, pues su destino pasa por convertirse en un dócil animal perteneciente al Emperador.

Ante la necesidad de enunciar una metodología que sus numerosos partidarios asumen pero no explican (seguramente por resultarles tan ‘natural’ que ni siquiera se concibe como discurso), la definición de Thomasius contiene una elevada potencialidad para desarrollar el punto de vista que ahora se rechaza, pues si la memoria, herramienta profesional típica del jurista historiador, le confina en los límites del pasado, el sentido común colabora por su parte apartándole del futuro con el suministro de categorías de conocimiento radicadas en el presente (ese mismo presente que se trata de construir): el principal vicio metodológico que estas páginas denuncian acaba así por convertirse en la virtud igualmente principal de la labor histórico-jurídica convencional (y lo peor, aunque inevitable salvo extremos casos de cinismo intelectual que seguramente no faltan, es el déficit reflexivo con que ya sabemos se presenta siempre tan difundida agnosia).

Afortunadamente una sólida corriente de pensamiento jurídico permite documentar la crítica de la posición tradicional, así más o menos reconstruida, y estudios hay que ponen en juego la imaginación precisamente para apuntar hacia imaginaciones inconscientes, por eso de enorme calado jurídico, de la misma jurisprudencia<sup>191</sup>. Sin embargo, al disgusto por la proyección de futuro de la investigación histórica del pasado jurídico han podido no hacer mucho sumarse voces que claman por una mayor concreción en los estudios profesionales<sup>192</sup>,

---

189. Como de costumbre, denuncia y estimula Riccardo Orestano, “Ideologia. Parola di non far più paura. Per una ‘radiografia’ della *scientia iuris*”, en *Edificazione del giuridico* cit., (n. 105) 261-302.

190. Me sirvo de la estimulante reflexión de Vincenzo Panuccio, *La fantasia nel diritto*, Milano, Giuffrè, 1984, en particular pp. 49 y ss., que no por casualidad rescató para nuestro gremio Paolo Grossi, “La fantasia nel diritto”, en *Quaderni fiorentini*, 15 (1986), 589-592. Para la cultura de *common law*, James Boyd White, *Legal Imagination. Studies in the Nature of Legal Thought and Expression*, Boston, Little-Brown, 1973.

191. Pietro Costa, *Lo Stato immaginario* cit. (n. 114).

192. Cfr. Aquilino Iglesia Ferreirós, “La situación de los estudios de historia del derecho privado en España” cit. (n. 169), pp. 243 y ss., pp. 249 y ss. para el caso concreto de la aportación sobre el mayorazgo de Bartolomé Clavero.

como si el toque de atención que realizara Ugo Nicolini hace unos años<sup>193</sup> no fuese compatible, o a ella abiertamente subordinado, con la producción del *Cerebrarium* imaginado por Rudolf v. Jhering: “Aquí se fabrica también la sustancia necesaria para la intuición histórico-jurídica, basada en un agregado correctamente dosificado de fantasía, que se añade a la sustancia cerebral teórica general”<sup>194</sup>. El planteamiento de Jhering es importante, pues añade a la dosis de fantasía thomasiana, recomendada a cualquier jurista, una ración extra a consumir por el jurista historiador: “esa es la fantasía vulgar, la *phantasia communis seu vulgaris*. Para el historiador del derecho, ella no es suficiente. El historiador necesita una fantasía muy especial, que es la que aquí se fabrica. La fabricación se basa en un añadido exacto de fantasía poética, de *phantasia poetica seu eximia*, que se agrega a la sustancia cerebral teórico-jurídica”<sup>195</sup>. No se ocultan, desde luego, los problemas, ya que “si se excede la proporción justa en sólo una pequeña dosis, el futuro portador del cerebro padecerá consecuencias harto desagradables”, y el propio Jhering ofrece, a propósito de la obra de Kuntze sobre *Die Obligation und die Singularsuccession des römischen und heutigen Rechts* (1856), un perverso ejemplo de los excesos de falsas poesías y “palabras rimbombantes” en boca de juristas, pero lo que ahora cuenta es la vocación de Jhering, colocado por demás en una anchurosa tradición de jurisprudencia inventiva que tiene, como es sabido, en los grandes juristas del *ius commune* un momento culminante, por reivindicar un relevante papel de política jurídica, mediante el solo ejercicio de la actividad intelectual, para el historiador del derecho.

El jurista historiador que ha ejercido de arqueólogo puede en este momento repasar sus enciclopedias. La china le ofrece la atractiva categoría de los animales que acaban de romper el jarrón como lugar preferible donde autoclasificarse. La *Encyclopédie* y su árbol de saberes suministran al destructor animal ulteriores conexiones. Si la *memoria* le situaba en el terreno de una *historia* que le interesa *literaria*, por ser la *razón* la planta o el nivel en que se encuentra la *jurisprudencia*, la *imaginación* con sus diversos estratos de *poesía* se revela igualmente ámbito de su competencia: la integración de tan diversos saberes permitirá la *comprensión* que es el último objetivo del “sistema detallado del conocimiento humano”. Con Jhering y con la *Encyclopédie*, lo demostraba por ejemplo Pietro Costa, una dosis de Poesía es requerida a todo jurista, aún diré más: a todo jurista historiador que aspire a figurar en esa *société de gens de lettres* en que se fragua nuestra cultura moderna. (Mientras dure).

193. Cfr. de este autor, que es autoridad de Aquilino Iglesia, “Per una maggiore concretezza negli studi storico-giuridici”, en *Studi Biondo Biondi*, III, Milano, Giuffrè, 1965, 21-37.

194. Rudolf v. Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia* cit. (n. 4), p. 308.

195. Rudolf v. Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia* cit. (n. 4), p. 309.

BEI EINER SCHÖNEN KANTILENE WERDEN EINEM DIE WORTE VÖLLIG GLEICHGÜLTIG

Estas consideraciones sobre la vocación poética o de futuro del jurista historiador deben ahora completarse con algunas palabras sobre las implicaciones más prácticas o de estrategia académica de nuestra relación con el tiempo de la dimensión jurídica, lo que remite necesariamente al presente. Pero un presente no asumido ideológicamente, es decir, mediante la insuficiente comprensión del simple dato que, desde el ejercicio de la profesión historiográfica o en contacto competencial con el pasado, *también* se construye el presente jurídico (¡y se conjura el peligro de escrutar el futuro!). Un punto parece firme: no por historiador el que lo sea del derecho vive al margen de su presente (y no se trata, claro, de insistir nuevamente en obstáculos epistemológicos primeros, admitir la legitimidad de una historia del derecho contemporáneo ni denunciar la valencia política actual de escapismos y orientaciones profesionales). La *quidditas* de una profesión en relación a la de otros colegas juristas constituye ahora el asunto.

Se acepta por descontado que nos compete el *derecho del pasado*. Un pasado, así, por las buenas, sin precisión ulterior de tiempo ni modo, aunque luego resulta que nos detenemos ante el *remoto* que entretiene al romanista y que surgen problemas con otro más próximo, que es *compuesto* al encontrarse –al menos– compartido con los dogmáticos ocupados en la genealogía del derecho vigente (lo que de nuevo explicaría la preferencia por lo medieval y moderno, las críticas a quienes entienden de otra forma la profesión y la justificación, con argumentos propedéuticos-iniciáticos, de la Historia del Derecho como asignatura de la licenciatura jurídica<sup>196</sup>). De todas formas tras la noche de los tiempos pasados clarea el día del presente y las dudas aparentemente se desvanecen gracias a la firmeza del otro polo de comparación. Dejando al margen eventuales viajes con compañeros igualmente residuales en la Facultad, como los iusfilósofos, que nunca son muy frecuentes, porque les venía preocupando un *ius naturale* inaprensible por historiadores que lo éramos, faltaría más, de un *ius positivum*, los campos se encuentran bien delimitados: los restantes colegas se ocupan del derecho vigente (los romanistas no se distinguen a estos efectos de los privatistas). Y sin embargo...

Sin embargo el historiador como jurista no decanta competencias profesionales sirviéndose tan ruínnemente de la categoría temporal. No es un tiempo diverso, sino una diferente actitud ante lo jurídico la que le ocupa y eventualmente distingue. Dicho sea con toda la modestia del caso, pero sin excluir certezas en el momento de centrar la discusión: “Rispetto al cultore di uno ius positum lo storico del diritto non è certo né un personaggio piú provveduto né dotato di particolari carismi. Ha soltanto il privilegio oggettivo, che discende dalla sua specifica professionalità, di vedere i singoli eventi non isolati ed avulsi ma sem-

---

196. Fernando de Arvizu, “La enseñanza de la historia del Derecho” cit. (n. 171).

pre come frammenti di un ordito e punti di una linea, di inserire i singoli punti in un tracciato che nasce dallo ieri e si allunga al domani con una tensione continua fra radici lontane e proiezioni future”<sup>197</sup>. Es propio del historiador jurista ocuparse de la experiencia jurídica presente y en ello comparte facultad con el colega de Facultad, pero percibe el dato jurídico como simple punto en un línea que sabe más compleja. La lucha cotidiana con la diacronía permite al historiador diseñar sincronías: la estructura que los elementos forman es cuanto le importa. Con lo que, al final, el tiempo llega a ofrecerle un espacio, por qué no contemporáneo, que es diverso de aquél donde se sitúan otros juristas. (Y si el espacio ya es objeto de percepción visual se explican ciertas metáforas: “Quando lo storico del diritto si fa lettore del presente, questo si complica inevitabilmente ai suoi occhi, e non già perché l’occhiale sia deformante ma perché coglie il dato come relativo, al centro di nessi e dimensioni; lo coglie come segno, lo inserisce in un itinerario”, enseña Grossi de nuevo<sup>198</sup>).

Entendidas así las respectivas competencias profesionales entre juristas es obvio que nos enfrentamos al precipitado histórico de una filosofía que funge de praxis jurídica y que, en la hora florentina de ajustar cuentas con la historia social, no dejó de señalarse como ocasión de ruptura: ruptura, no ya de un científico *derecho* en relación a una grande y general *historia*, pero (aún peor) de ese mismo derecho respecto de la historicidad que corresponde a su esencia<sup>199</sup>. Hubo en efecto momentos de mayor proximidad en las perspectivas, de compromiso intelectual del jurista *tout court* para con la historicidad de su objeto y de acción jurídica inmediata del historiador jurista mediando aportación de competencias profesionales en la conformación de un derecho para el presente<sup>200</sup>. Y momentos hay todavía, o renovadamente si se prefiere, para lograr, mediando compromisos de juristas e historiadores, su reencuentro. Uno de ellos —el coloquio lombardo sobre *Autorità consenso e prassi nella creazione e nella attuazione delle norme giuridiche* (1985)— está detrás del ensayo histórico-jurídico de argumento más rabiosamente contemporáneo que recuerdo; debido a Grossi, de sus páginas proceden las expresiones que en estas han quedado recogidas<sup>201</sup>. Allí se analiza, ni más ni menos, la situación de la cultura jurídica a mediados de la década de los Ochenta y se comprende el sentido unitario de lo que hasta enton-

197. Paolo Grossi, “Epicedio per l’assolutismo giuridico” cit. (n. 51), p. 518.

198. Paolo Grossi, *ibid.* De puntos de vista o gafas metafóricas con las que se observa la codificación habla ahora, en un hermoso e infrecuente relato personal de revisión de planteamientos propios, Pio Caroni, “Das Entzauberte Gesetzbuch”, en *Schweizerische Zeitschrift für Geschichte*, 41 (1991), 249-273.

199. Intervención de Claudio Pavone, en Paolo Grossi (a cura di), *Storia sociale e dimensione giuridica* cit. (n. 49), 169-177.

200. Piénsese en François Gény y su denuncia de la *Exégèse*, lo que convierte al profesor de Lorena en figura favorita de Grossi; piénsese en Rafael Altamira, tan jurista y tan político por ser tan historiador (y es figura no recuperada, a pesar de algunas celebraciones).

201. Paolo Grossi, “Epicedio per l’assolutismo giuridico” cit. (n. 51).

ces, especialmente en los oídos de otros colegas juristas, sonaba como un griterío jurídico desprovisto de armonía. El Castronovo que actúa en Milán (1983) incitado desde Harvard por Calabresi (1982), el Galgano que, no muy lejos del Comunale de Bolonia, celebra en Via Zamboni el nacimiento de una revista de derecho privado (1985), el Rodotà que tararea melodías de *deregulation* (1986) convocando a Tarello a una intervención contrapuntística y desolada (1986), no serían solistas enloquecidos que cantan por su cuenta las propias arias: resultan más bien la masa coral que entona una misma cantinela, relativa a otro modo, moderno o postmoderno si se quiere, de entendimiento de las fuentes del derecho. En ese holgado conjunto de voces ya cabemos juristas e historiadores, pero no puede discutirse que cada grupo ha de ocupar el lugar correspondiente a su cuerda. Se requiere además la dirección del maestro: importa, más que los cantantes y la posible ampliación del coro, el acto mismo de captar un sonido que es composición polifónica, y hacer que fluya. No es pequeño mérito ni escaso el espacio para un particular ejercicio profesional cuando sabemos, gracias a Arnold Schönberg, que “pocas son, relativamente, las personas capaces de comprender de modo puramente musical aquello que la música tiene que decir”<sup>202</sup>. Y, en efecto, para semejante comprensión de melodías jurídicas resulta insustituible el historiador del derecho<sup>203</sup>.

---

202. Arnold Schönberg, “Il rapporto col testo” (1912), en la versión italiana de Luigi Rognoni, *La scuola musicale di Vienna* cit. (n. 3), 394-397, p. 394.

203. No cualquier historiador del derecho, desde luego. Se requiere, como siempre ha hecho Paolo Grossi, estar a la escucha: cfr. de este autor “Storia sociale e dimensione giuridica” cit. (n. 51), p. 19; del mismo, “Parole di saluto”, en *Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales* cit. (n. 71) I, 5-7, p. 5. Sensibilidad auditiva que ha podido justamente destacarse: Francisco Tomás y Valiente, “Conclusión”, *ibid.* 1029-1030, p. 1029, y sobre todo Antonio Serrano, “Hispania, después de entonces”, en *AHDE* 59 (sic, ver 60) (1990), 633-654.