

«esencialismo» y no en el de pobreza de conocimientos, induce al autor a preferir la utilización directa de las fuentes, pero ello no significa que haga caso omiso de la bibliografía sobre los distintos temas, que por el contrario, utiliza en forma completa por lo que se refiere a la alemana e italiana. La obra no rompe la unidad de pensamiento de Calasso, pues incluso le ha sido inspirada por su propia investigación sobre la teoría de la soberanía en los glosadores, y la gran dosis de historicismo en el profesor de Roma queda confirmada una vez más por el hecho de que su idea central de un paralelismo entre el desenvolvimiento del poder del ordenamiento jurídico y el de la autonomía de la voluntad privada le sea sugerida en mayor medida por el pensamiento de los glosadores al sentir la unidad normativa en la heterogénea compilación justiniana que por una participación en ciertas corrientes del pensamiento actual contrarias a la vieja partición escolástica del derecho en público y privado.

Calasso refiere su trabajo a grandes períodos no señalados apriorísticamente, y que resultan ser: a) el del ordenamiento lombardo, en cuanto que superada la tesis «catastrófica» representa el encuentro de dos civilizaciones antagonistas; b) el de los siglos XII y XIII, en que el mundo del Derecho se halla representado por la ciencia jurídica de la Glosa, que es ante todo, una «coscienza reflexa dell'esperienza giuridica»; c) el de los siglos XIV y XV, período de actividad de los Comentaristas; d) el de la época moderna con la crisis del derecho, como consecuencia de la insuficiencia de las posiciones dogmáticas de los Comentaristas frente al desarrollo del comercio, y e) el inaugurado por la escuela del «iusnaturalismo», con su exaltación de la voluntad privada, que conducirá a la creación del «negocio jurídico» como categoría jurídica por Savigny y a su elaboración total y absoluta por la Pandectística alemana, hasta llegarse a un momento actual, en que se habla de una crisis de la doctrina.

Ante una visión de tal amplitud no dejará de haber aspectos particulares, sobre los que se podrá opinar de distinta manera que el autor. Así, por ejemplo, sucede con el de una pretendida distinción en el lenguaje de los documentos de los siglos VIII a X entre «motivo» y «causa». Aunque el autor no atribuye a ese momento una neta y consciente diferenciación, lo apunta como intuiciones, y ello puede ser equivocado. Si ha podido existir, no se puede inducir de los documentos que comenta en el libro. En las relaciones jurídicas humanas, donde el número de posiciones diversas en su regulación no es posible que sea muy elevado, el simple empleo de términos que por su contenido filosófico o su sentido general recuerdan concepciones jurídicas, no es suficiente para su conexión si no están utilizados con este sentido jurídico preciso. No basta que en un documento aparezcan expresiones que hagan referencia al elemento psicológico de los protagonistas en el negocio, para que de ello pueda desprenderse la iniciación del proceso de diferenciación con el elemento objetivo generador del negocio, sobre todo si la aparición de ese elemento psicológico está justificada por el cumplimiento de otro fin o

destino, también jurídico. La carta luquesa del año 720 que colaciona el autor, no contiene una causa subjetiva en el *pro anime mee remedium*, pues éste no es un elemento indiferente para el negocio, que es lo que suele caracterizar el motivo frente a la causa, sino que es esencial para el fin de la donación, a la cual cualifica. Sin esa dedicación, el negocio sería totalmente distinto, y encajable en otra categoría jurídica. Es más, incluso puede determinar problemas de capacidad, pues como se sabe, es ese destino el que permite disponer en determinada cuantía de los bienes propios en detrimento de las expectativas jurídicas tan frecuentes en la Alta Edad Media. Es decir, el que el documento recoja el destino que se da al objeto del negocio no quiere decir que represente la aparición de algo que prelude el motivo, pues no aparece en base a consideraciones nuevas en torno a la causa, sino que es la persistencia de un elemento integrante de una determinada categoría jurídica. Igualmente, en la concesión del uso gratuito de un molino, hecho por el Obispo de Formia, en el año 830, el *propter bene factum et serbitium* no ofrece atisbos del futuro «motivo», en tanto el Obispo habla de «donare», y aquella expresión lo que hace es calificar la donación de «remuneratoria», lo que confirma con la expresión *recompensationem*. Si pudiera desaparecer sin que el negocio jurídico quedara alterado, podríamos pensar en la afloración del elemento psicológico como prelude de un elemento esencial e integrante de una categoría jurídica determinada. Por las mismas razones, aunque en un caso contrario, el *pro amorem et dilectione vestra* de una carta de Gaeta del año 921, no trata sino de calificar de «simple» la donación, excluyendo toda posible condición de remuneratoria.

Lo que llama más poderosamente la atención, sin embargo, es la utilización de una terminología propia de dogmáticas actuales, máxime si se tiene en cuenta que no se trata de un hecho accidental o en relación a una institución jurídica aislada, sino que el autor proclama que le impulsa a ello el deseo de prepararse a una experiencia mayor, que es a la que obligará la última parte de su obra «Medioévo del Diritto». Es decir, se trata de una manera o modo que pretende generalizar, y convertirlo, por tanto, en base de un sistema o postulado metodológico. Sin duda, por ello, ha escogido para el ensayo una de las instituciones más fuertemente elaboradas por las doctrinas actuales, y que si era posible referir al Derecho romano, en cuanto a éste se había concebido como el sistema jurídico más perfecto y generador de todos nuestros conceptos jurídicos actuales, nadie había intentado referirlo a los sistemas medievales o de la edad moderna, especialmente a aquéllos, considerados siempre como modelo de imprecisiones conceptuales. Descontando el valor del libro del profesor Calasso, que lo tiene y en sumo grado, la cuestión para el historiador español del Derecho es, si en realidad se ha conseguido el estudio histórico-jurídico del negocio jurídico, y, en consecuencia, si el método empleado debe ser el seguido.

Plantado en otros términos, puede preguntarse si saldrá satisfecho

de su curiosidad el que se acerque al libro atraído por su título, y en este sentido creo que habrá que contestar negativamente. Encontrará un estudio completo de la teoría de la causa; una descripción sutil y encantadora de la evolución que lleva a la victoria del negocio sustancial sobre el formal que le recubría; del privado de la voluntad a través, primero, de la doctrina canónica sobre los pactos, y de la escuela jusnaturalista después, con matización perfecta del sentido en una y otra corriente, etc., mas nada de ello representa el negocio jurídico. Aún el estudio de la hegemonía de la voluntad individual dentro del ordenamiento jurídico es antecedente inmediato de la creación del negocio jurídico, pero no así la teoría de la causa, independiente de la teoría del negocio jurídico, salvo la conexión a que obliga la unidad del Derecho. Esto es, incluso, más notorio desde el punto de vista histórico jurídico que desde el jurídico simple, pues es precisamente en la Historia donde puede apreciarse la enorme separación cronológica entre una teoría de la causa y una teoría del negocio jurídico, expresión, a su vez, de la lejanía conceptual.

Claro está que el autor no pretende que el negocio jurídico, en el sentido en que le trata la dogmática moderna, haya existido en épocas pasadas. Esto sería atribuir un concepto grosero a un jurista que se distingue, precisamente, por la sutileza de su pensamiento. El profesor Callasso lo que hace es plantearse el problema que a todo historiador del Derecho angustia de si puede servirse o no de la dogmática moderna, pero se decide por la afirmativa en base a consideraciones que estimo no deben ser válidas. Ya principia por causar recelo el que condicione la utilización de la dogmática moderna, pues la Historia del Derecho no admite esta clase de condicionamientos, dado que por su carácter histórico se encuentra dentro del campo de «lo que es», y no de lo que «pueda» o «deba» ser, y así lo reconoció el más ardiente defensor del Derecho puro, Keisen, al incluirla dentro del «sein» y no del «sollen». Quiere decirse con ello que, teóricamente, sobre un fenómeno del siglo XIII, por ejemplo, debe ser el mismo el concepto que tenga un historiador del Derecho de nuestro tiempo, al que tenga un sucesor suyo del siglo XXV. El Catedrático de Roma condiciona la utilización del «negocio jurídico» a que se entienda como «instrumento» de trabajo, pero, precisamente, como no puede ser entendido es como «instrumento», ya que inmediatamente después viene a reconocer que es «objeto», cuando lo determina como fruto de una experiencia histórica. Si es fruto de una experiencia histórica sólo será posible su estudio dentro de ella, ya que como todo hecho histórico es diverso y no repetible, sin caer en la cuenta de que precisamente al jurista es al que le es lícito tratar de abstraer la realidad de su tiempo, y que es al historiador del Derecho al que no le es permitido transportar esa abstracción a épocas distintas. Sobre todo, hay que rechazar enérgicamente su conclusión de que sólo es correcto hablar de «negocios jurídicos» y no de «negocio jurídico», pues entonces no debiera

haber intitulado su libro en singular, y sobre todo, porque entonces se comete la inexactitud de hacer desaparecer una categoría jurídica que por su importancia en la vida del Derecho no puede ser escamoteada, y que además él mismo no trata de escamotear, pues en todo momento tiene presente la realidad de la categoría jurídica propia de la Pandectística alemana. El que el «negocio jurídico» sea de naturaleza más contingente de lo supuesto y querido por una Escuela determinada, es otro problema distinto. Sobre ello, precisamente, el profesor Calasso emite juicios inspiradísimos, tanto en lo que se refiere a la ilusión de las ciencias frente a las ideas generales con olvido de que son procesos mentales mutables por excelencia, como en lo que se refiere a cómo el conocimiento histórico quiebra la petrificación abstracta de la dogmática, término éste importado de la ciencia teológica, que es la única que realmente puede permitirse el dogma.

El profesor Calasso, sin embargo, ha jugado con un concepto singularmente atrayente, y es el de que al historiador le es lícito descomponer el negocio jurídico en sus elementos, y estudiar entonces aquél desde el punto de vista de éstos. Pese a su atracción, o quizá precisamente por ella misma, la postura es peligrosa. El negocio jurídico no es que sea solamente la síntesis de los elementos, sino que no es sino eso, y nada más que eso. Si no le estudia como síntesis, no se le estudia. Incluso ni se estudian sus precedentes, porque los precedentes de una síntesis no son sino los intentos de síntesis. Donde se dé un elemento aislado, sin intento de precipitación en el otro, no hay un precedente del negocio jurídico, pues, además, todo ello conduciría a hacer imposible la verdadera historia del negocio jurídico. ¿Por qué decir que «quando la categoria logica nasce, la storia finisce»? La historia no termina nunca, y precisamente cuando la categoría lógica nace es cuando nace la historia de la categoría lógica. El negocio jurídico viene ligado a una Escuela determinada del Derecho, la de la Pandectística, y a una época determinada, dentro de la cual nos hallamos aun cuando existan síntomas de crisis. Tiene ya una historia, desde el momento que es posible relatar su creación e incluso una parte de su evolución. Podrá decirse que todo esto es derecho actual, y que corresponde esta labor a los tratadistas de derecho civil, lo que es admisible, pero aun así eso no significaría sino que había que esperar a que se prolongara o ultimara su desarrollo para poder ser expuesta históricamente en debida forma. Si hoy ha empezado a ser historia, lo será definitivamente en el siglo xxiii o en siglo xxiv. De una manera u otra, en cada época histórica hay que reconocer sus categorías jurídicas propias.

Como podrá observarse por lo dicho, el presente libro no plantea problemas solamente desde el punto de vista intrínseco de su contenido, sino sobre todo por el postulado metodológico que establece, el cual su propio autor ya advierte ser extraño a la conciencia de sus compañeros de trabajo, lo que quiere decir que es un libro cuyo destino no se ha descartado que sea el de la polémica.

JESÚS LALINDE ABADÍA