

## HISTORIOGRAFIA

### I

## EL ROMANO DE POMPEYO O *HIC SUNT LEONES*<sup>1</sup>

Para Marta, que nos reclamó discusiones

### E NASCA IL TUO TIMOR DAL MIO PERIGLIO

Corren tiempos de cambios y nuestro ANUARIO permanece sólidamente anclado en una tradición de indiferencia hacia los replanteamientos profesionales. Su ya dilatada historia ha conocido múltiples planes de estudio que afectan a la del Derecho (planes de 1928, 1931, 1944, 1953, especial de Sevilla y Valencia de 1965), pero sus no menos dilatadas páginas no han ofrecido sede a una discusión<sup>2</sup> que tampoco, sea dicho en descargo de los equipos redactores de la Revista, ha dejado demasiado rastro en otras publicaciones<sup>3</sup>. Se podría pensar que tratar de planes y

---

<sup>1</sup> Adapto, ya se verá por qué, el título de Michael STOLLEIS, «Aufgaben der neueren Rechtsgeschichte oder Hic sunt leones», en *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), 251-264. Y más adaptaciones. Los epígrafes proceden de Lorenzo DA PONTE (-Wolfgang A. MOZART), *Il dissoluto punito, o sia il D. Giovanni. Drame giocoso in due atti*, in Praga, di Schoenfeld, 1787 (rep. fasc. conmemorativa del bicentenario).

<sup>2</sup> Salvo error por mi parte, en la primera época de nuestra Revista (= *AHDE*) se registra el lamento por la pérdida de la Cátedra de Historia de la Literatura jurídica española, *AHDE* 7 (1930), 560-561, y la crónica de la Semana de Historia del Derecho español de Madrid-Salamanca (1933), con su petición de restablecimiento de dicha Cátedra (propuesta de Sánchez-Albornoz) y de división en dos cursos de la docencia de la Historia del Derecho (propuesta de Torres), *AHDE* 9 (1932), 487-494, particularmente la última. En la segunda época (*post bellum*), la breve nota aparecida en *AHDE* 15 (1944), 842-843 sobre el Plan de 1944, que daba realidad a la postura defendida por Torres en la Semana de 1933, y el escueto acuse de recibo del Plan de 1953 en *AHDE* 24 (1954), 777. En la tercera, Carlos PETIT, «Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial en la Universidad española (Algunas reflexiones ante la reforma de los estudios jurídicos)», *AHDE* 57 (1987), 789-803, y Fernando DE ARVIZU, «La enseñanza de la Historia del Derecho reflexiones en busca de una polémica», *AHDE* 58 (1988), 491-498.

<sup>3</sup> Tales las de José MARTÍNEZ GIJÓN, «La Historia del Derecho Mercantil español y el Derecho Indiano», en *Revista del Instituto de Historia del Derecho*

asignaturas es un género menor frente a behetrías, torturas y constituciones, pero admitamos, siquiera de momento, que nuestros trabajos sobre las unas y las otras sólo son posibles mediante la percepción de un salario que obtenemos en buena parte como docentes de Historia del Derecho. Aunque sólo se alegara el argumento de la subsistencia, los planes parecen antes que las behetrías.

No sólo por lo anterior preocupan nuestras discreciones, pues, al contrario que en otros territorios donde los debates fueron o son más animados <sup>4</sup>, en los españoles se ha consolidado el género de las memorias, ahora proyectos de docencia e investigación, para el acceso a la función pública de la enseñanza universitaria. Y no es que valga la ecuación que vincula calidad de la memoria o proyecto con el dato de su publicación, como, por supuesto, tampoco será posible identificar la mala memoria con la memoria inédita <sup>5</sup>; simplemente me permito recordar cuán poco se ha apro-

---

*Ricardo Levene*, 18 (1967), 72-80; más especialmente, «La historia de las instituciones administrativas y su enseñanza en las Facultades de Derecho de la Universidad española», en *Actas del I Symposium de Historia de la Administración* (1967), Madrid, Instituto de Estudios Administrativos, 1970, 73-97 Recientemente Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Historia del Derecho», en J. J. FERREIRO y otros, *La enseñanza del Derecho en España*, Madrid, Tecnos, 1987, 122-134 Y quede claro que me interesan en este punto las aportaciones inmediatamente conexas con la reforma de los estudios jurídicos; *infra* recojo los principales trabajos, digamos, metodológicos que se han publicado en las últimas décadas

<sup>4</sup> En defecto de la discusión, digamos también, nacional, estamos bien informados de lo que sucedió en Alemania, para cuyo supuesto de la reforma de los estudios jurídicos a finales de los años sesenta ya ofreció indicaciones Antonio MERCHÁN ALVAREZ, «La Historia del Derecho en Alemania. bibliografía general, centros de investigación y enseñanza de la disciplina en las Facultades de Derecho», *AHDE* 45 (1975), 641-686, o en Francia, pues en relación a los efectos de la reforma de 1954, base de la actual situación docente de la Historia del Derecho, ya escribió José MARTÍNEZ GIJÓN en su reseña a los primeros manuales nacidos del Plan, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, nueva serie, 3/2 (1958), 418-420, Bartolomé CLAVERO, «La historia del Derecho ante la historia social», en *Historia, Instituciones, Documentos* (= *HID*) 1 (1974), 239-261, y José María GARCÍA MARÍN, «Actitud metodológica e historia de las instituciones en Francia: una valoración de conjunto», *HID* 4 (1977), 49-107 Si de la información en España pasamos a la recapitulación extranjera, sólo puedo citar, para Alemania, Marcel SENN, *Rechtshistorisches Selbstverständnis im Wandel Ein Beitrag zur Wissenschaftstheorie und Wissenschaftsgeschichte der Rechtsgeschichte*, Zurich, Schulthess Polygraphischer Verlag, 1982, y Jacques PUMARÉDE, «Rechtshistorie in Frankreich. Ein Literatur- und Forschungsbericht», en *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* (= *ZNR*) 3 (1981), 50-63, para Francia. Y caben las combinaciones Francia desde Alemania en Johannes Michael SCHOLZ, «Historische Rechtshistorie. Reflexionen anhand französischer Historik», en J. M. SCHOLZ, *Vorstudien Zur Rechtshistorik*, Frankfurt am Main, V. Klostermann (= *Ius Commune*, Sonderhefte 6), 1977, 1-175, Alemania desde Francia en Olivier MOTTE, *Sur la genèse allemande d'un nouveau paradigme de l'histoire du droit*, Berne, Peter Lang, 1986

<sup>5</sup> Un ejemplo reciente. David TORRES SANZ, *Historia del Derecho Bases para un concepto*, Valladolid, Universidad (= Serie Derecho, 6), ¿1986?

vechado la ocasión que suponía el deber reglamentario de disertar sobre el concepto y los métodos, también docentes, de la Historia del Derecho, así como de sus programas, para una reflexión colectiva sobre qué hacemos, qué creemos se nos pide (y por parte de quién), a qué debemos aspirar.

Si estos hechos son incontrovertibles, ya no lo serán sus valoraciones. La mía no acepta la posibilidad, sin duda cierta en muchos supuestos concretos, de que el requisito de reglamento se agote en su mismo cumplimiento: la memoria como subgénero de nuestro quehacer literario, verdaderamente impublicable. Impenitente optimista, prefiero pensar que lo realizado con buenas dosis de profesión pasa a dormir el sueño de los justos, en una cultura aún gutenberguiana que identifica lo inédito con lo inexistente, por razones situadas más allá del contenido de estos escritos administrativos que interesan a la metodología.

Probablemente operan las mismas razones que convierten a este ANUARIO en bastión imbatido ante el asalto de las discusiones sobre planes de estudio, con lo que se cierra el círculo de la actual exposición. De su incomodidad para acoger cuestiones de método ya podía resultar sintomática la insistente publicación en diversos foros de aquellos escritos más innovadores producidos por la historiografía jurídica en España <sup>6</sup>: en uno (falta de refle-

<sup>6</sup> Y además de las reseñas de los casos extranjeros, donde es de lamentar la incomparecencia específica de Italia, corresponde (sin ánimo de exhaustividad) invocar los nombres de FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «Historia del Derecho e Historia», en *Once ensayos sobre la Historia*, Madrid, Fundación J. March, 1976, 161-181 (= *Boletín informativo de la Fundación Juan March*, febrero 1975, 3-18), del mismo, «La historiografía jurídica en la Europa continental, 1900-1975», *HID* 5 (1978), 431-467, que recoge intervención en un congreso nada menos que ultramarino, Jesús LALINDE ABADÍA, «Hacia una Historia paralógica del Derecho», *HID* 4 (1977), 317-353 (= *El primer año de Derecho Actas de las Jornadas de Profesores de Primer año de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Rábida (sic)*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia, 1978, 73-120, cfr. la reseña de Alvaro D'ORS, «Sobre las asignaturas histórico-jurídicas del primer curso de Derecho», en *AHDE* 48 (1978), 577-584), Salustiano DE DIOS, «El Derecho y la realidad social Reflexiones en torno a la Historia de las Instituciones», *HID* 3 (1976), 187-222; Bartolomé CLAVERO, «Historia, ciencia, política del Derecho», en *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno* (= *Quaderni fiorentini*), 8 (1978), 5-58 (= «Historia, ciencia, política del Derecho perspectivas en las últimas décadas», en *Revista de Historia del Derecho* 2/1 [1977-1978] 37-65); del mismo, «Historia y antropología Por una epistemología del derecho moderno», en Joaquín Cardá y Pablo Salvador (eds.), *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado. Nuevas técnicas de investigación*, Bellaterra (Barcelona), Universidad Autónoma y otros, 1985, 9-35 (= Bartolomé CLAVERO, *Tantas personas como estados Por una antropología de la historia europea*, Madrid, Tecnos-Fundación Luño Peña, 1986, 27-52). De otro alcance pero también interesante, Mariano y José Luis PESET, «Vicens Vives y la historiografía del Derecho en España», en Johannes Michael Scholz (Hrg.), *Vorstudien* cit., 176-262.

La insistencia en la doble publicación de muchos de estos trabajos, además de contrastar con la desidia en la estampación de las memorias, parece justificarse

xión sobre los planes y posición en ellos de la Historia jurídica) y otro (falta de reflexión sobre la metodología de esa Historia) caso, una cierta complacencia ante la actividad profesional asegurada por el dato de derecho positivo que presenta el plan viene marginando las controversias. Y de nuevo el repaso del ANUARIO ofrece sus síntomas: las pocas páginas últimamente publicadas en relación a la Historia del Derecho como asignatura delatan un prematuro temor corporativo ante la pérdida de troncalidad, o, si se prefiere, de la justificación simplemente normativa de nuestra presencia profesional en Facultades que enseñan Derecho <sup>7</sup>.

Bienvenido sea el temor si de ahí surgen las discusiones, pero quede bien claro que estas páginas no la plantean sobre base semejante, al menos porque nunca he considerado como peligro la (para otros) fatal pérdida de troncalidad. Salvada la *disciplina* por el derecho positivo <sup>8</sup>, el temor de algunos necesariamente se disipa; pero subsiste la conveniencia de debatir los contenidos, la función y, por tanto, el programa de las asignaturas histórico-jurídicas en unos planes de estudio de Derecho que, troncalidades respetadas, pronto comenzarán a elaborarse.

#### OSSERVATE, LEGGETE CON ME

Para adelantar el futuro ya ofrece datos el presente: el novísimo plan de la *Universitat Pompeu Fabra*, cuarta Universidad pública de Cataluña creada por Ley de su Parlamento <sup>9</sup>, que ha sido gestado cuando resultaba inminente la publicación por Decreto de las directrices para Derecho <sup>10</sup>. El Plan aprovecha la posibilidad de acortar la docencia jurídica en un año, articulando los estudios jurídicos en los dos obligados <sup>11</sup> ciclos, con la novedad

por un tácito empeño en suscitar debates que nunca han aflorado, memorias mediante, a la luz pública. Víctimas parecemos de nuestros signos de identidad. *Quod non est in Anuario non est in mundo!*

<sup>7</sup> Pienso en el trabajo, antes citado, de Fernando de Arvizu

<sup>8</sup> Real Decreto 1424/1990, de 26 de octubre (BOE de 20 de noviembre) sobre establecimiento del título universitario oficial de Licenciado en Derecho y aprobación de las directrices generales propias de los planes de estudios conducentes al mismo.

<sup>9</sup> Llei 11/1990, de 18 de juny, de la Universitat Pompeu Fabra (*Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya* de 22 de juny)

<sup>10</sup> Cfr. Resolución de 26 de septiembre de 1990, de la Universidad Pompeu Fabra, por la que se da publicidad al Plan de Estudios de la Licenciatura en Derecho (BOE de 25 de octubre)

<sup>11</sup> Por parte del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre, de directrices generales comunes (BOE de 14 de diciembre), artículo 3. Esta regulación se ha tachado de incongruente cfr. Manuel Ramón ALARCÓN, «Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en J. J. FERREIRO y otros, *La enseñanza del Derecho* cit., 206-215, particularmente págs. 211 y ss., para una crítica del «mito cíclico» que determina la estructura de los planes

sin embargo de la duración bianual del primero; en ese nuevo diseño las asignaturas históricas <sup>12</sup> (Historia del Derecho I, Historia del Derecho II) se sitúan decididamente en el segundo ciclo, aunque su ubicación en Tercero (curso final del primer ciclo en aquellas Universidades que mantengan la duración tradicional de cinco años para la Licenciatura en Derecho) tal vez permita salvar, cuando se plantee la acomodación del Plan a las Directrices, la dificultad que presenta el Decreto que las aprobó con su rígida e inmotivada previsión de una materia troncal de Historia del Derecho adscrita al ciclo primero. Y el carácter terminal de nuestra Historia se subraya analizando la previsión de asignaturas de Cuarto, pues allí figura una «Historia del Pensamiento Jurídico», a igual título obligatorio, de responsabilidad docente compartida por las áreas de Historia del Derecho y de las Instituciones y Filosofía del Derecho, Moral y Política.

Algo ha pasado para que, de inicial, la Historia del Derecho sea materia cronológicamente final. Y algo tendremos que decir para explicar su situación en el Plan, pues la tradicional justificación basada en el carácter propedéutico o iniciático de la Historia del Derecho respecto a la más general formación del jurista ha sido superada por las normas <sup>13</sup>. Afectando la explicación a los contenidos, no se trata de asunto intrascendente. También ahora los argumentos de futuro son orientaciones de presente: el Plan catalán, como por lo demás las Directrices generales, describe someramente la temática de sus asignaturas, resultando de la descripción una breve, pero de calado inusual, configuración de las llamadas «Historias del Derecho»: I, Historia e Instituciones de Derecho Romano; II, Instituciones modernas y contemporáneas. Las novedades no sólo pues de la ubicación de los cursos se derivan.

---

<sup>12</sup> Que tienen, como es regla en este Plan, una duración trimestral, lo que permite la impartición en el mismo curso de asignaturas diferentes, pero a cargo de especialistas de un mismo área de conocimiento; cfr. punto 3 de su Anexo

<sup>13</sup> Otro Plan, el de la Universidad Carlos III de Madrid, sitúa una Historia del Derecho en Segundo (cfr. Resolución de 28 de septiembre de 1989, de la Comisión Gestora de la Universidad Carlos III de Madrid, por la que se da publicidad al plan de estudios de la Licenciatura en Derecho, *BOE* de 3 de noviembre) Pero la opción seguida se mantiene en la concepción tradicional que coloca nuestra asignatura a comienzos del *curriculum* formativo de los juristas, si admitimos, como todo parece indicar, que la imposibilidad de contar con un historiador del Derecho en los momentos inaugurales de la Facultad obligó a desplazar a Segundo una materia que en otro caso seguiría en Primero. Ecos aparte de una acertada *vox populi*, la precipitación en la confección del Plan se deduce de la misma indicada Resolución se da publicidad tan sólo a los estudios que deben cursarse en los dos primeros años de la Licenciatura; las asignaturas de Tercero, Cuarto y Quinto? están por determinar, ignorándose, entre extremos que ahora no interesan, la suerte final de los estudios de Derecho Romano y la eventual aparición de otras asignaturas histórico-jurídicas

La Historia e Instituciones de Derecho Romano como contenido de «Historia del Derecho» (I) es una atrevida toma de posición sobre la naturaleza histórica de la vieja asignatura romanística que no puede dejarnos indiferentes. Porque puede ser, al menos en parte, asunto de nuestro quehacer inmediato: en el Plan la docencia de esa Historia queda atribuída a las áreas de conocimiento «Derecho Romano» e «Historia del Derecho y de las Instituciones», dándose así aplicación a las previsiones del Decreto que fijaba tales áreas y a ellas reconducía las anteriores titulaciones <sup>14</sup>.

Frente a tan radical novedad, las otras, la «Historia del Pensamiento Jurídico» que así aparece como asignatura por vez primera, los cometidos, modernos y contemporáneos, de la Historia del Derecho (II), que han de merecer desde luego atención y comentario, palidecen en importancia. Una aproximación entre *disciplinas* tan consolidadas como el Derecho Romano y la Historia del Derecho, que muchos veíamos imparable, ha sido operada por obra y gracia de la autonomía universitaria en materia de planes. Nos corresponde a los especialistas sacar las primeras consecuencias.

#### CENTO IN FRANCIA...

Recuérdense unas cuantas circunstancias, todo lo accidentales que se quiera, mas indicativas de cuestiones de mayor fondo que también deben merecer, aunque luego, alguna consideración. Desde los años cincuenta y en la vecina Francia las conexiones entre Derecho Romano e Historia del Derecho, ambos entendidos como *disciplinas* académicas, se han multiplicado hasta desaparecer en la práctica las diferencias: unos mismos concursos de agregación para la cooptación del profesorado, a los que se accede desde la obtención de un Doctorado indistinto en razón de su materia romanística o histórica; una dedicación monográfica de los especialistas que se desarrolla tanto en relación a la experiencia jurídica romana como a la que corresponde a la medieval contemporánea <sup>15</sup>, y, en fin, unos mismos manuales donde se presenta la historia institucional —instituciones públicas <sup>16</sup> y pri-

<sup>14</sup> Real Decreto 1888/1984, de 26 de septiembre (BOE de 26 de octubre), con sus anexos.

<sup>15</sup> Viene a la mente de inmediato el nombre de Jean Gaudemet, pero más ilustrativo será recordar alguno menos conocido, como Romuald SZRAMKIEWICZ, autor de *Les régents et censeurs de la Banque de France nommés sous le consulat et l'Empire*, Genève-Paris, Droz, 1974, y de *Les gouverneurs de provinces à l'époque augustéenne Contribution à l'histoire administrative et sociale du Principat*, Paris, Nouvelles Editions Latines, I, 1975, II, 1976.

<sup>16</sup> Un mero ejemplo Jacques ELLUL, *Historia de las instituciones de la Anti-*

vadas <sup>17</sup>— garantizan la consolidación de asignaturas histórico-jurídicas sin margen para un «Droit Romain» fuera de una «Histoire du Droit» enseñada como «Histoire des institutions et des faits sociaux», eventualmente «de l'Antiquité» <sup>18</sup>. Y no deja de ser representativo el contenido y el título de la publicación periódica francesa de la *disciplina*: una llamada *Revue Historique de Droit Français et Étranger* cuyos orígenes la vinculan indefectiblemente a la mejor tradición romanística del siglo XIX<sup>19</sup> y cuya situación de presente combina argumentos de historiadores y romanistas, con mayor peso por lo común los segundos que los primeros en la sección principal de *étude*.

#### IN LAMAGNA DUECENTO, E TRENTUNA

Más circunstancias. La subsunción del «Derecho Romano» en la «Historia del Derecho» en Francia, por mucha admiración y protesta que causara por estos pagos en su momento <sup>20</sup>, ya se encontraba presente en la titulación de la más prestigiosa publicación periódica alemana de ambas especialidades: la *Zeitschrift* publicada por una *Savigny-Stiftung* que se decía, sin más, *für Rechtsgeschichte*. Ciertamente que la simultánea aparición de volúmenes correspondientes a unas respectivas secciones germanística y romanística ha levantado acta, con sus dos hermosas y venerables series, de las distancias disciplinares que median entre el Derecho Romano y la Historia del Derecho, identificada a estos

---

*guedad Instituciones griegas, romanas, bizantinas y francas* (1958), traducción (de la segunda edición: 1967) y notas de F. Tomás y Valiente, Madrid, Aguilar, 1970.

<sup>17</sup> Otro ejemplo Paul OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du Droit privé* 1 *Les Obligations*, Paris, Presses Universitaires de France, 2.<sup>a</sup> éd. mise à jour 1969, *Histoire du Droit privé* 2 *Les Biens*, ib. 2.<sup>a</sup> éd. mise à jour 1971, *Histoire du Droit privé* 3 *Le Droit familial*, ib., 1.<sup>a</sup> éd. 1968.

<sup>18</sup> Una reciente descripción de la organización académica de los estudios jurídicos en Francia se debe precisamente a un conocido historiador del Derecho: cfr. André GOURON, «La enseñanza del Derecho en Francia: organización de los estudios jurídicos en la Universidad de Montpellier-I», en J. J. FERREIRO y otros, *La enseñanza del Derecho* cit., 235-246. Sin detenerse en ello, no faltan las obligadas referencias a las materias histórico-jurídicas.

<sup>19</sup> Creada en 1855 cuando aún tardaría en quebrarse el monopolio intelectual de la Escuela Exegética en las Universidades, que sólo conocieron una asignatura histórica a partir de 1880, sus fundadores procedían de los seminarios berlineses de Savigny. Olivier MOTTE, *Savigny et la France*, Berne, Peter Lang, 1983, págs. 115 y ss. sobre Laboulaye.

<sup>20</sup> Cfr. Alejandro FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios de Derecho Romano en Francia después del Código de Napoleón*, Roma-Madrid, CSIC-Delegación de Roma (= Cuadernos del Instituto Jurídico Español, 22), 1970, y en versión resumida, «La suerte del mos Gallicus en la Francia contemporánea», *AHDE* 40 (1970), 109-138.

efectos con una *Deutsche Rechtsgeschichte* que es, por tradición académica aun sin las implicaciones que tuvo en su momento el adjetivo, *germanisch*<sup>21</sup>. Pero habrá de aceptarse pacíficamente que, así consolidada una dedicación de arranque o vocación unitarios (*für Rechtsgeschichte*) mediante manifestaciones disciplinares que son dobles (*germanistische, romanistische*)<sup>22</sup>, no faltan, como en Francia, las ocasiones de encuentro. Con sus vergonzosos orígenes en el Plan Eckhardt de 1935, confesadamente al servicio de la formación de una ¿ciencia? del Derecho nacional-socialista<sup>23</sup>, la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*<sup>24</sup> se encontra-

<sup>21</sup> Wolfgang FLIESS, *Die Begriffe Germanisches Recht und Deutsches Recht bei den Rechtshistorikern des 19 und 20 Jahrhunderts*, jur Dis Albert-Ludwigs-Universität, Freiburg im Brisgau, 1968

<sup>22</sup> Más tardía, y por lo mismo ahora irrelevante, una *kanonistische Abteilung* que, en el fondo, se apoyaba en un planteamiento *germanisch* la idea de una larga fase histórica de evolución del derecho canónico *coloris germani*, es decir, basada en el postulado historiográfico de las llamadas Iglesias nacionales; cfr Richard POTZ, «Recht und Christentum in der europäischen Rechtsgeschichte Zur Problematik der Periodisierungsversuche», en *Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht* 30 (1979), 509-535, en particular págs 515 y ss, con cita de padres fundadores (Sohm, Stutz) Así que, tal vez y *en passant*, no sean irreconciliables la general concepción que atribuye, a estas alturas me parece que con absoluta ausencia de malicia, a Manuel Torres López una decidida vocación germanística y la reivindicación de la dedicación canonística de tan ilustre maestro ahora realizada por su discípulo directo, José Manuel Pérez-Prendes y Muñoz de Arracó, cfr la nota necrológica «Manuel Torres López (1900-1987)», *AHDE* 57 (1987), 1112-1127, particularmente págs 1120 y ss.

<sup>23</sup> Cfr. Karl August ECKHARDT, *Das Studium der Rechtswissenschaft*, Hamburg, Hanseatische Verlagsanstalt, 1935, pág 7 «Die deutsche Rechtswissenschaft muss nationalsozialistisch werden», como máxima inaugural del discurso de presentación de unas «Richtlinien für das Studium der Rechtswissenschaft» que constituyeron el nuevo Plan Pronto de él se nos informó Luis DIEZ DEL CORRAL, «Reforma de los estudios jurídicos en Alemania», en *Revista de Derecho Privado* 22 (1935), 145-151, con ciertas distancias frente a la que se calificaba de «politiquización de la Universidad y de la Ciencia», y Eugen WOHLHAUPTER, «Bibliografía alemana de los años 1936-1939», en *AHDE* 13 (1936-1941), 464-488, por supuesto al servicio de un Plan cuyo balance se presentaba en la recepticia España posterior a la Guerra Civil No es ocasión la presente, aunque pese a quien suscribe, de entretenerse en aportaciones historiográficas, que caben por parte de la más académica «Historia del Derecho» y respecto al nacionalsocialismo es el punto de arranque de Dieter SIMON (- Michael STOLLEIS), «Vorurteile und Werturteile der rechtshistorischen Forschung zum Nationalsozialismus», en *NS-Recht in historischer Perspektive*, München-Wien, R. Oldenburg Verlag (= Kolloquien des Instituts für Zeitgeschichte), 1981, 13-51, págs. 33 y ss Permítaseme añadir que el Plan Eckhardt no sólo alteraba, con su valencia ideológica, contenidos y titulaciones suponía una radical innovación del sistema retributivo del profesorado, tradicionalmente basado en el total de alumnos asistentes a las lecciones y en el número de asignaturas a cargo de cada profesor, al introducir el principio salarial de la dedicación máxima de ocho horas semanales, los guiños del poder a la academia están por evaluar

<sup>24</sup> Diethelm KLIPPEL, «Entstehung und heutige Aufgabe der Privatrechtsgeschichte der Neuzeit», en Gerhard KÖBLER (hrsg.), *Wege europäischer Rechtsgeschichte Karl Kroeschell zum 60 Geburtstag dargelegt von Freunden, Schülern*



ba destinada a realizar un acercamiento entre el desprestigiado Derecho Romano, asombrosa víctima del programa del Partido Nacional-Socialista <sup>25</sup>, y la Historia del Derecho Germánico <sup>26</sup>, favorita por la posición militante de sus cultivadores. A la tal *Privatrechtsgeschichte* correspondía en el Plan el cometido de sustituir dos viejas asignaturas, *Deutsche Privatrecht* <sup>27</sup> y *Römisches Privatrecht*, desaparecidas ante la conveniencia de prestar atención conjunta, con conciencia del fenómeno de la Recepción, a la evolución del Derecho en Alemania desde finales de la Edad Media; lo de «privado» aplicado a esta *Rechtsgeschichte* encontraba como punto de obligada referencia una Historia de las Instituciones de corte tradicional (*Verfassungsgeschichte der Neuzeit*) que era oficialmente entendida a título de «Rechtsentwicklung der Neuzeit», sin suponer así aquel adjetivo el contenido que le era atribuido por la Dogmática <sup>28</sup>. La *Privatrechtsgeschi-*

---

*und Kollegen*, Frankfurt am Main etc., Peter Lang, 1987, 145-167, que no exonera de consultar la valoración contemporánea a cargo de Justus Wilhelm HEDEMANN, «Privatrechtsgeschichte der Neuzeit. Ein Versuch», en *Festschrift für Rudolf Hubner zum 70. Geburtstag*, Jena 1935, 5-18

<sup>25</sup> Cfr Alfred ROSEMBERG, *Das Parteiprogramm Wesen, Grundsätze und Ziele der NSDAP* (1922), hrg und erläutert von . . ., München, Zentralverlag der NSDAP (Franz Eher Nachf.), 25. Auflage 1943, págs 49-54 con glosa del famoso punto 19, «Wir fordern Ersatz für das der materialistischen Weltordnung dienende römische Recht durch ein deutsches Gemein-Recht», del mismo *Der Mythos des 20. Jahrhundert Eine Wertung der seelisch-geistigen Gestaltenkämpfe unserer Zeit*, München, Hoheneichen Verlag, 1941, págs 562-598 sobre el mitificado «Nordisch-deutsches Recht»

<sup>26</sup> Nada inocente la sustitución de lo alemán por lo germánico en el Plan de 1935 (cfr Karl A. ECKHARDT, *Das Studium* cit., pág. 9 y pág. 12, ahí con una más decidida apuesta por el adjetivo «germanisch» predicado de la «Rechtsgeschichte»), cuando se trataba, en palabras de Eugen WOHLHAUPTER, «Bibliografía» cit., págs 485 y ss., «de transmitir fundamentalmente la idea de la importancia mundial del Derecho Germánico», a ese fin «una historia del Derecho germánico que conozca su verdadero cometido, está obligada a proseguir el estudio de la supervivencia del Derecho germánico fuera de las fronteras del Reich». Lo más representativo de esta «politiquización» se debe a Heinrich MITTEIS, «Die germanischen Grundlagen des fränkischen Rechtes», en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (= SZ)*, germ. Abt. 63 (1943), 137-213, con el tácito *mea culpa* que representa, tras la derrota nazi, su *Vom Lebenswert der Rechtsgeschichte*, Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger, 1947, para la literatura germanística del derecho visigodo puede verse Jean BASTIER, «Droit wisigothique et droit germanique», en *Mélanges offertes à Jean Dauvillier*, Toulouse 1979, 47-64

<sup>27</sup> Sobre lo que interesará Hans SCHLOSSER, «Das wissenschaftliche Prinzip der germanistischen Privatrechtssysteme Bedeutungswandel und aktuelle Folgewirkung», en Gerd KLEINHEYER und Paul MIKAT, *Beiträge zur Rechtsgeschichte. Gedächtnisschrift für Hermann Conrad*, Paderborn etc., Ferdinand Schöningh, 1980, 491-514

<sup>28</sup> Karl August ECKHARDT, *Das Studium* cit., pág. 15, pág. 23 con la más rotunda declaración («Fallen muss meines Erachtens radikal der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht»), pág. 25. Téngase presente que el Plan rompía con la *summa divisio iuris*, clasificando las materias jurídicas bajo las más o menos pintorescas denominaciones «Geschichte» (Historia), «Volk» (Pue-

*chte* comenzó a atraer la participación indistinta de germanistas y romanistas, dedicados éstos por su parte a germanizar un Derecho Romano oficialmente proscrito por el Partido <sup>29</sup>; ya antes de la aparición del conocido tratado debido al romanista Franz Wieacker <sup>30</sup> una ambiciosa empresa de publicación de fuentes jurídicas bajomedievales y modernas certificó, mediante el equipo interdisciplinario de curadores, la aproximación de romanistas y germanistas <sup>31</sup>.

En la medida en que la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* ha sobrevivido al Plan que la convirtió en asignatura universitaria, el cauce iniciado para remontar la exclusiva dedicación *germanistisch* o *romanistisch* ha venido produciendo sus frutos <sup>32</sup>. No interesa tanto subrayar, como hizo Wolfgang Kunkel saludando las primeras obras de conjunto dedicadas a la nueva asignatura, la necesidad de aceptar como factores europeos el derecho romano (*römisches Recht*) y el pensamiento jurídico germánico (*germanisches Rechtsdenken*), para concluir sobre base semejante acerca de la conveniencia de romper con tradicionales divisiones académicas por exigencias del objeto en estudio <sup>33</sup>; mejor conviene

---

blo), «Stände (Estamentos), «Staat» (Estado), «Rechtsverkehr» (Tráfico jurídico), «Rechtsschutz» (Protección jurídica), «Ausserstaatliches Recht» (Derecho extraestatal), «Rechtsphilosophie» (Filosofía del Derecho), cfr págs. 9-11

<sup>29</sup> Pronto los romanistas hubieron de buscar un lugar bajo el sol en el terreno permitido, gracias a la simpleza terminológica del punto 19, de los derechos de la Antigüedad Hans KRELLER, «Die Bedeutung des römischen Rechts im neuen deutschen Hochschulunterricht», en *Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht* 3 (1936), 409-411 Por lo que hace a la «germanización» del derecho romano, cfr Michael STOLLEIS, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, Berlin, J. Schweitzer Verlag, 1974, págs 30 y ss, con el destacado ejemplo del entonces joven Max KASER y su trabajo *Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung*, 1939, y Paul KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht* (1947), München und Berlin, 1966, 4 unv Auflage 1966, págs 331-337, que cito sin perjuicio de manifestar desde ahora desacuerdo con su condena de la orientación «humanista» en la Romanística

<sup>30</sup> *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1952, como se sabe traducido en España Franz WIEACKER, *Historia del derecho privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957. Hay segunda edición alemana

<sup>31</sup> Me refiero a las *Quellen zur Neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands*, publicadas en Weimar y por Hermann Böhlau Nachf., desde 1936 con el concurso de Wolfgang Kunkel, Hans Thieme y Franz Beyerle La colaboración entre el romanista Kunkel y el germanista Beyerle les llevó, desde 1954, a figurar como primeros editores de la serie *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, sustituidos luego por Helmut Coing y Hans Thieme.

<sup>32</sup> Desconozco datos más recientes, pero en 1956 en las dos terceras partes de las Universidades alemanas (occidentales) la asignatura *Privatrechtsgeschichte* era impartida por germanistas: Hermann KRAUSE, «Die Vorlesungen Deutsches Privatrecht und Privatrechtsgeschichte der Neuzeit im gegenwertigen Studiengang Bericht über eine Umfrage», en *SZ germ. Abt.* 74 (1957), 471-472

<sup>33</sup> Cfr su reseña a Franz WIEACKER (*Privatrechtsgeschichte*, cit.), y a Gerhard

tomar en cuenta las declaraciones de los propios especialistas de la nueva asignatura histórica, singularmente Franz Wieacker, con su insistente testimonio de superación de unas avejentadas *Germanistik* y *Romanistik* <sup>34</sup>.

Los cambios, desde luego, lo son de generación, y hoy puede afirmarse que el acercamiento de ambas *disciplinas* ha sido sancionado en algún caso por el ejercicio de docencia en Derecho Romano e Historia del Derecho, aprovechando la práctica de la *Fachkombination* habitual en las Universidades alemanas: poseemos incluso el inapreciable testimonio de uno de estos especímenes académicos, Hans Erich Troje, que oficialmente ejercen de historiadores y romanistas, aunque no quepa ir más allá del propio interesado considerando que la simple acumulación de *veniae legendi* basta para romper una bifurcación (*germanistisch, romanistisch*) enraizada en la Escuela Histórica <sup>35</sup>. Al menos, el acuerdo sobre la obsolescencia de esta separación académica entre los historiadores del Derecho es total, hablándose desde los años setenta de la necesidad de dar realidad a «una común especialidad histórico-jurídica, donde cada enseñante, al margen de sus específicos intereses de docencia e investigación, tendría que presentar la cualificación suficiente para asumir todos los compromisos del plan de su Facultad en relación a la Historia del Derecho» <sup>36</sup>. Y es que, al contrario que en Francia, no estamos ante una práctica generalizada, por más que centros de alta investigación, como el *Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte* (Francfort del Meno), creado en 1964 según el proyecto y bajo la inicial dirección del romanista (y discípulo de Kunkel y Genzmer) Helmut Coing <sup>37</sup>, actualmente en manos de Dieter Simon (también

WESENBERG (*Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr, Moritz Schauenburg, 1954), en *SZ rom* Abt 71 (1954), 509-539

<sup>34</sup> Franz WIEACKER, «Der gegenwärtige Stand der Disziplin der Neueren Privatrechtsgeschichte», en *Erantion in honorem Georgii S. Maridakis qui in fungendo professoris munere annos iam XXXV docendo consumpsit*, I, Athenis MCMLXIII, 339-366, pág. 348, conclusiva sobre la apreciación de «ein Ende der alten Antithese Romanistik-Germanistik, das heute nicht nur in Deutschland fühlbar, ist, sondern auch in Ländern wie in Italien und Spanien, deren nationale Rechtsgeschichte einst durch die deutsche Germanistik beeinflusst war». Del mismo, «Zum heutigen Stand der Rezeptionsforschung», en Erich FRIES (Hrg.), *Festschrift für Josef Klein zum 70. Geburtstag*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1967, 181-201, págs. 188 y ss. Por eso, la división tradicional figura ya entre los objetos de la historiografía. Gerhard DILCHER/Bernd-Rudiger KERN, «Die juristische Germanistik des 19. Jahrhundert und die Fachtradition der Deutschen Rechtsgeschichte», en *SZ germ.* Abt 101 (1984), 1-46.

<sup>35</sup> Hans ERICH TROJE, «Rechtsgeschichte. Was können wir tun?», en *Recht und Politik*, 1 (1974), 10-17

<sup>36</sup> Dieter SIMON, «Rechtsgeschichte», en Axel GÖRLITZ (Hrg.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Hamburg, Rowohlt, 1974, 314-318, págs. 317-318.

<sup>37</sup> Y que realizó su tesis sobre asunto que interesa a la historia de la Recepción

discípulo de Kunkel y romanista *von Hause aus*)<sup>38</sup>, ofrezcan lazos institucionales poderosos para vincular las *disciplinas* en una sola especialidad<sup>39</sup>.

Vengo presentando, insisto, circunstancias: las que componen un cuadro referencial donde se inserta y cobra sentido la opción realizada por el Plan de estudios de la novísima Universidad catalana Pompeu Fabra. A igual título circunstancial, la consideración de la experiencia de Troje, con su saldo final de insatisfacción por la reluctancia a la extinción de unas *disciplinas*, entendidas ambas como «*rechtsgeschichtliche Teilschulen*» y con su momento de catarsis colectiva (i.e., de una «*Vereinigung deutscher Rechtshistoriker*» que agrupa a romanistas y germanistas) en un único «*Deutscher Rechtshistorikertag*», da pie sin embargo para recordar al lector español que la nutrida discusión metodológica localizada en Alemania la unanimidad de germanistas y romanistas a la hora de adscribir su quehacer a la enciclopedia de los saberes no conoce fisuras, y se ha resuelto a beneficio de la Historia. Soslayo ahora recoger el superado planteamiento de una concepción de la historia jurídica en términos de historia especial o de ciencia del Derecho<sup>40</sup>, limitándome a esgrimir la principal conclusión del balance efectuado no hace mucho por Marcel Senn: la conciencia de aislamiento que sacudía a los historiadores juristas llevó —eso sí, por vías varias— a propugnar una búsqueda de identidad en la Historia<sup>41</sup>. O a buscar, si se prefiere, una parcela propia —*die Provinz der Rechtsgeschichte*— marcando los límites de la Historia del Derecho, por ejemplo Romano, respecto a la Historia de, igualmente por ejemplo, la Antigüedad, la Arqueología o la Filología, siempre en nuestro ejemplo Clásica: todo lo aislada que se quiera frente a un largo catálogo de *Nachbarwissenschaften* en cualquier caso históricas, la provincia de la Historia del Derecho es territorio común de romanistas y ger-

---

cuando se aprobaba el Plan Eckhardt. *Die Frankfurter Reformation von 1573 und das Gemeine Recht ihrer Zeit Eine Studie zum Privatrecht der Rezeptionszeit*, Weimar 1935. Tres años después se habilitó tratando argumento semejante *Die Rezeption des römischen Rechts in Frankfurt am Main Ein Beitrag zur Rezeptionsgeschichte*, Frankfurt am Main 1939.

<sup>38</sup> Habilitado con unas *Untersuchungen zur Justinianischen Zivilprozess*, München, Beck (= *Munchener Beiträge zur Papyrusforschung und antiken Rechtsgeschichte*, 54 Heft), 1969, ya han quedado recogidas sus significativas opiniones sobre la suerte académica del Derecho Romano y la Historia del Derecho.

<sup>39</sup> Aunque el camino no se haya transitado hacia una colaboración más estrecha entre las torres ebúrneas disciplinares, erguidas en las Universidades: Hans ERICH TROJE, «Was können wir tun?» cit., págs. 13-14.

<sup>40</sup> Falso debate oportunamente cancelado aquí por Bartolomé CLAVERO, «Historia, ciencia, política del Derecho» cit.

<sup>41</sup> *Rechtshistorisches Selbstverständnis* cit., cfr. págs. 9-19 sobre el «Paradigmawechsel im Wissenschaftsdisziplinären Umfeld».

manistas, con ausencia de controversias sobre una ulterior parcelación <sup>42</sup>.

Las circunstancias de Alemania han podido interesar no sólo por ser(me) mejor conocidas: componen el modelo de relaciones de las dos *disciplinas* en causa, Historia del Derecho y Derecho Romano, en un panorama académico que, frente a Francia, no ha contado para su fusión en especialidad única con la fuerza coactiva de las normas. Asignaturas de responsabilidad común, instituciones que son lugar de encuentro intelectual de germanistas y romanistas, profesionales de la docencia acreditados *in utraque historia*, comunidad de entendimiento sobre la naturaleza historiográfica de su ejercicio, son unos pocos mas significativos elementos que revelan una aproximación.

El lector avisado podrá objetar que estamos ante golondrinas que no anuncian el verano, quedando demostrada la solidez de las *disciplinas*, junto a una práctica universitaria aún mayoritaria, por la impenitente publicación de secciones autónomas en la *Savigny-Zeitschrift*. Si ello es cierto también lo es que un expreso deseo de superar el punto muerto en que se encuentra tan prestigiosa Revista <sup>43</sup> está detrás de la publicación de un nuevo periódico, a estas alturas felizmente consolidado: una *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, donde la atención por el derecho moderno no arrastra servidumbres fundacionales <sup>44</sup>. Me permito añadir *pro domo mea* la autoridad de Otto Brunner: en el fondo, un mayor rigor puramente filológico en el quehacer histórico-jurídico ha venido a destruir la mitificada historia de *un* elemento germánico y *un* elemento romano en la configuración del Derecho de Alemania <sup>45</sup> —¡si es que para ello no bastara la adopción de un punto de partida menos, se diría con Calasso, naturalístico!— faltando así una base sólida para las distinciones de orientación y formación. Ya podía servir de toque de atención la consolidación de una *Kanonistik* que reclamó atención al margen de las anquilosadas divisiones <sup>46</sup>.

<sup>42</sup> Franz WIEACKER, «Die Provinz der Rechtsgeschichte», en Heinz HUBNER y otros (Hrg.), *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln, Peter Hanstein, 1975, 220-230

<sup>43</sup> Y no han faltado, por cierto, voces en pro de reemplazar la clásica distinción material de las tres Abteilungen mediante cortes impuestos por la cronología Michael STOLLEIS, «Hic sunt leones», pág. 262

<sup>44</sup> Cfr. Wilhelm BRAUNLDER y otros, «Vorwort der Herausgeber», *ZNR* 1 (1979), 1-2, pág. 1, sobre «die Überwindung der überkommenen Isolierung der rechtsgeschichtlichen Forschungsarbeiten in Teildisziplinen der Romanistik, Germanistik und Kanonistik».

<sup>45</sup> Otto BRUNNER, «Die Historiker und die Geschichte von Verfassung und Recht», en *Historische Zeitschrift*, 209 (1969), 1-66, pág. 11

<sup>46</sup> Además de Brunner, cfr. Hans SCHLOSSER, *Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte*, Heidelberg/Karlsruhe, C. F. Müller (= UTB, 882), 3. Auf. 1979, pág. 144

## IN ITALIA SEICENTO, E QUARANTA

De nuevo más circunstancias, las que se pueden rastrear en la siempre vecina Italia. Derecho Romano e Historia del Derecho presentan como *disciplinas*, en primer lugar, una salud envidiable, con una indiscutible proyección docente en varios cursos —una «Storia del Diritto Romano», más un curso de «Istituzioni di Diritto Romano» y, simplemente, dos años de «Diritto Romano»; una «Storia del Diritto Italiano», que es «biennale», un «Diritto Comune»— a cargo de profesores integrados en escalafones («raggruppamenti», equivalentes a nuestras áreas de conocimiento) distintos y tradicionales, sin mencionar numerosas enseñanzas optativas —desde la «Esegesi delle fonti» al «Diritto penale romano», pasando por la «Papirologia Giuridica»— dotadas de las cátedras correspondientes. A este fuerte componente histórico y romanístico de los planes jurídicos, corresponde, por supuesto, unos distintos órganos de publicación —la *Rivista di storia del Diritto Italiano*, *Quaderni Fiorentini* y la muy reciente *Rivista Internazionale di diritto comune*; el *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, *Labeo*, *Index* y *Studia et Documenta Historiae et Iuris*—, con su lógica secuela de monografías, romanísticas e históricas, que no se registra en otros países.

En Italia soplan, sin embargo, fuertes vientos de reforma <sup>47</sup>, que afectan precisamente a la importante carga histórica y romanística de unas Facultades donde es posible, hoy por hoy, invertir más de la cuarta parte del *curriculum* en estas venerables materias. A esta situación se ha llegado desde el prestigio de un Derecho Romano elevado en la Universidad del siglo XIX a la categoría de una Ciencia de Pandectas, reclamando para sí la quintaesencia de lo jurídico <sup>48</sup>, aunque conviene recordar también que la actual situación data de 1938, esto es, de un momento de exaltación fascio-nacionalista de la herencia de Roma en el que la hipertrofia de los estudios romanísticos encontraba sentido político concreto.

<sup>47</sup> Un rápido informe sobre los planes tradicionales y algunas líneas de reforma ofrece Joaquín TORNOS, «La enseñanza del Derecho en Italia», en J. J. FERREIRO y otros, *La enseñanza del Derecho en España* cit., 247-253. Pero, como siempre, más interés reservan las fuentes. ANTONIO PADOA SCHIOPPA, «La facoltà di giurisprudenza. problemi e proposte», en *Il Foro Italiano*, 108 (1985), 325-337, con la propuesta del grupo de decanos de Facultades jurídicas como apéndice, también «Facoltà di giurisprudenza. proposta di riforma della tabella didattica», *ibid.* 109 (1986), 245-258, con el documento de la comisión ministerial para la reforma de los planes —en la que figuraban destacados historiadores y romanistas (Paolo Grossi, Antonio Padoa Schioppa, Mario Talamanca)— y unas valoraciones de urgencia de varios especialistas, entre ellos Mario Bretone y Giovanni Tarello. Estos y otros materiales se irán citando.

<sup>48</sup> VICENZO DI CATALDO, «Appunti per una riforma della Facoltà di giurisprudenza», en *Il Foro Italiano*, 110 (1987), 104-124, col. 109.

Un *Römisches Recht* absurdamente condenado en Alemania por razones igualmente absurdas obtenía en Italia posición de privilegio. No se trata de hacer valoraciones: basta dejar hablar a los protagonistas de los acontecimientos. Pues poseemos el testimonio valioso de Biondo Biondi, quien, antes de relacionar *Cristianesimo y Diritto Romano*, se ocupó de sentar cátedra sobre *Romanità e Fascismo*: «Se tutta la tradizione romana è costante affermazione di forza e di potenza, è ben naturale come fossero lontani dallo spirito latino quei concetti di ugualianza e di legalità, che ci ha tramandato la rivoluzione francese ... Altri aspetti ed altre manifestazioni della mentalità giuridica latina potrei ancora mettere in rilievo ... Ma chi ha avuto la grande compiacenza da ascoltarmi avrà ... già accertato quanta parta della Romanità sia risorta nei Fasces italiani del secolo XX ... Le stimmate del Genio latino sono così profonde ed indelebili che si perpetuano nei secoli»<sup>49</sup>. Lejos de mi ánimo achacar indiscriminadamente a la Romanística italiana del momento determinadas posiciones políticas, que siempre existen muestras de todo los botones<sup>50</sup>; pretendía solamente situar la *tabella* de materias aún en vigor en el contexto en que fue fijada.

La profusión de cursos de Derecho Romano en Italia ha depurado elevados rendimientos intelectuales, pero desde el punto de vista estrictamente docente incluso los más recalcitrantes se ven en la necesidad de admitir un acortamiento de su tradicional triple dimensión académica (como *Storia*, como *Istituzioni*, como *Pandette*)<sup>51</sup>, por más que también resulta claro que no se trata simplemente de un problema cuantitativo<sup>52</sup>.

Los vectores de una reforma que jamás llega a realizarse apuntan a la subsistencia de un curso de Derecho Romano, inicialmente concebido como de «*Istituzioni*» pero con futuro probable contenido de «*Storia*»<sup>53</sup>, y dos cursos más, de «insegnamento

<sup>49</sup> Biondo BIONDI, *Romanità e Fascismo*, Catania, Officina Grafica Moderna, 1929, discurso inaugural del año académico 1928-1929 que en vano se buscará en los cuatro densos volúmenes de sus *Scritti Giuridici*, Milano, Giuffrè, 1965.

<sup>50</sup> Giovanni PUGLIESE, «Vicenzo Arangio-Ruiz nel centenario della sua nascita», en *Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano*, 25-26 (1984), 1-15

<sup>51</sup> Pienso, por supuesto, en los propios afectados (Antonio GUARINO), «Labeo» (nota de la Redacción), en *Labeo Rassegna di diritto romano (= Labeo)*, 33 (1987), 5-6, o sus prójimos Umberto SANTARELLI, «L'insegnamento della storia nelle facoltà di giurisprudenza *ovverosia* La pulce nell'orecchio», en *Il Foro Italiano*, 110 (1987), 439-444, col 440.

<sup>52</sup> Mario BRETONE, «Le discipline romanistiche e il riordinamento degli studi giuridici», en *Il Foro Italiano*, 109 (1986), 250-252, Giovanni TARELLO, «Osservazioni», *ibid* 257-258

<sup>53</sup> Así Mario Bretone y Giovanni Tarello *cits*, más Vincenzo DI CATALDO, «Appunti» *cit*, col 110, *cfr.* Alberto BURDESE, «Sul'insegnamento romanistico in Spagna, in Italia e in Germania», en *Studia et Documenta Historiae et Iuris (= SDHI)* 55 (1989), 438-444, de poco interés a nuestro efecto pese al título, pág 439 El documento de la comisión ministerial *cit*, col 249, describía el

necessariamente attivato»<sup>54</sup>, de «Diritto Romano» y de «Storia del diritto romano»; la «Storia del Diritto Italiano» pierde, «grazie a Dio»<sup>55</sup>, denominación nacional y se convierte en una «Storia de diritto medievale e moderno», aunque a limar aristas contribuirá la activación necesaria de la docencia de un «Diritto Comune» y de una «Storia delle costituzioni e delle codificazioni moderne». Prescindo de las consecuencias que estas propuestas tendrán para la reorganización de la *disciplina* romanística<sup>56</sup>; en cualquier caso todo lo anterior compone un cuadro donde las asignaturas histórico-jurídicas —Derecho Romano, Historia del Derecho— mantienen su convencional separación.

Aunque ese cuadro, manierista, reserve sorpresas en sus sombras: desvelemos algunas. En la multicientenaria Universidad de Bolonia, donde se encontraba vacante la cátedra de «Storia del Diritto Italiano», ejerce las pertinentes enseñanzas —por traslado y con cambio de *raggruppamento*— el antes Ordinario de Historia del Derecho Romano, Roberto Bonini, quien viene últimamente combinando —*hélas*— su antigua dedicación al derecho justiniano con un creciente interés por la Ilustración jurídica y la codificación liberal en Italia<sup>57</sup>. También en Bolonia, la vieja cátedra de «Diritto Comune» ha sido hace poco cubierta por traslado de un ... romanista (Gualandi). Otro, y bien ilustre, al debatirse sobre la estructura departamental de las Facultades italianas sostenía la conveniencia de un «dipartimento di storia del diritto» abierto a historiadores y romanistas, con el consiguiente rechazo de otras posibilidades<sup>58</sup>, por cierto las preferidas en las páginas de este ANUARIO<sup>59</sup>. Vías de aproximación entre las *disciplinas*, como vemos, no faltan; una sólida tradición de investigadores de obra inclasificable desde los estrechos parámetros que de aquéllas se derivan<sup>60</sup> se encuentra, para justificarlo, detrás de todo ello.

---

contenido de las «Istituzioni di diritto romano» como «Storia e sistema del diritto privato romano»

<sup>54</sup> La expresión es ambigua aún para los colegas italianos Giuseppe PERA, «Sul progetto di riforma della facoltà giuridica», en *Il Foro Italiano*, 109 (1986), 346-351

<sup>55</sup> Las da Umberto SANTARELLI, «La pulce nell'orecchio» cit , col 440 Son asuntos que merecen, aquí mismo, nuevo repaso

<sup>56</sup> Se anuncian medidas quirúrgicas así, literalmente, Giuseppe PERA, «Sul progetto» cit , col 347, Vincenzo DI CATALDO, «Appunti» cit , col 111

<sup>57</sup> Roberto BONINI, *Disegno storico del diritto privato italiano (Dal Codice Civile del 1865 al Codice Civile del 1942)*, Bologna, Pàtron, 1982, *Crisi del diritto romano, consolidazioni e codificazioni nel Settecento europeo*, Bologna, Pàtron, 2ª ed., ampliata 1988, *Appunti di storia delle codificazioni*, Bologna, Pàtron, 1987.

<sup>58</sup> Gian Gualberto ARCHI, «Sui Dipartimenti di Storia del Diritto (Lettera aperta ad Antonio Guarino)», en *Labeo*, 29 (1983), 25-32

<sup>59</sup> Alvaro D'ORS, «Sobre historiografía jurídica», *AHDE* 47 (1977), 799-811, pág. 810 y n. 31

<sup>60</sup> Basta alegar el ejemplo de Giulio VISMARA, sobre quien puede ahora con-



## ME LO DICE LA BONTA'

Así se nos presenta una cuestión capital que merece más detenida consideración. No sólo importa el soporte institucional de una separación de especialidades históricas relacionadas con el estudio del Derecho: habrá de atenderse también al talante de sus cultivadores y a la orientación de los cursos. Se ha opinado en general que en materia romanística «l'indirizzo degli studi ha assunto un carattere sempre piú storico», de manera que el curso de Instituciones, «anche se nella disposizione degli argomenti si suole seguire un ordine sistematico», presenta «un carattere spiccatamente storico», en tanto en la enseñanza de «Diritto Romano» y frente su privatismo tradicional, «oggi si sviluppa sempre piú la tendenza (e la necessità) di fare rientrare ... la storia della tradizione romanistica, della sua formazione e dei diversi metodi di studio. Ciò non perché questa sia, del diritto romano, una prosecuzione, ma perché la sua conoscenza è opportuna e sovente indispensabile a comprendere ... il modo in cui il diritto romano storico è stato fino a noi visto (e anche frainteso)». Son palabras, cómo no, de Riccardo Orestano<sup>61</sup>, que no todos tienen necesariamente que compartir<sup>62</sup>, pero que presentan todo el mérito logrado por quien, mediante un esfuerzo reflexivo sin parangones y superando posiciones dogmáticas convencionales<sup>63</sup>, ha realizado una coherente defensa de la historicidad como carácter sustancial de lo jurídico<sup>64</sup>. La mejor ciencia romanística —o, simplemente, jurídica— italiana, representada por este autor, ha sido así capaz

---

sultarse Adriano CAVANNA, «Il castello delle Sette Torri (A proposito dei sette volumi di *Scritti di storia giuridica* di Giulio VISMARA)», *SDHI* 55 (1989), 321-348, pero puede además recordarse Guido ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano, Giuffrè, 1941, o Antonio PADOA-SHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano, Giuffrè, 1967.

<sup>61</sup> «Postille Sull'attuale didattica romanistica in Italia» (1978), en «*Diritto*». *Incontri e scontri*, Bologna, Il Mulino, 1981, 251-256.

<sup>62</sup> Muy últimamente y en ocasión académica Arnaldo BISCARDI, «El derecho y la ciencia del derecho en los umbrales del año 2000», en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano, I (Cuestiones de jurisprudencia y proceso)*, Madrid, Facultad de Derecho-Seminario de Derecho Romano «Ursicino Alvarez», 1990, 7-20, pág. 18, con admirable condena de los intérpretes interesados de Orestano. Ya antes, del mismo, «Contro l'autolesionismo romanistico», en *Labeo*, 35 (1989), 185-189. el grupo de masoquistas estaría representado por Bonini, Schiavone y Bretonne (pág. 187, n. 14). A su manera (distinguiendo el plano de la investigación del plano, forzosamente realista, de la práctica docente) sostiene la misma posición Antonio GUARINO, «Cinquant'anni della *Krise*», en *Labeo*, 34 (1988), 43-56.

<sup>63</sup> Cfr. su bellísima lección «Lasciando la cattedra», en «*Diritto*» cit., 45-63, págs. 49-50.

<sup>64</sup> Por singularizar páginas precisas en toda una obra «Storiografia e coscienza della storicità del diritto», 339-347, «Della esperienza giuridica vista da un giurista», 487-562, en «*Diritto*» cit.

de producir una monumental *Introduzione allo studio del diritto romano*, cuya pura orientación historiográfica ha llevado a sacrificar, falsa paradoja, el adjetivo *storico* que venía acarreado su título <sup>65</sup>.

#### MA IN ISPAGNA SON GIA MILLE E TRE

¿Y España? *Grosso modo* estamos como en Italia: unas enseñanzas históricas en las Facultades de Derecho divididas irremisiblemente entre romanistas e historiadores juristas, cada gremio con sus propios escalafones y previos concursos. Pero es una constatación muy *grosso modo*: en Italia, donde las *Istituzioni* y la *Storia del Diritto Romano* son materias de primero, los cursos históricos y romanísticos se concentran a partir de segundo; carecen, en una palabra, de la vocación propedeutica que les condena en España —y de ahí la novedad que aporta el Plan de la Pompeu Fabra— a convertirse en umbral de la formación jurídica <sup>66</sup>. Se carece por aquí además y desde siempre de una publicación especializada en Derecho Romano; durante largos años un conocido romanista, Alvaro D'Ors, figuró como redactor del ANUARIO y sus páginas se llenaron de estudios procedentes de la *disciplina*, mas se trataba de productos dogmáticos, carentes de sensibilidad histórica <sup>67</sup>: nunca condujeron pues a la comunicabilidad de quehaceres ni saberes. La presencia de romanistas en los antiguos tribunales de oposición a plazas de Historia del Derecho tampoco supuso un atentado institucional contra la separación. Y el caso es que, otra vez frente a la práctica de Italia, los cursos de Historia del Derecho comenzaban, y aún suelen hacerlo, con la romanización jurídica de España, ofreciendo una cierta base de interés por la que se asume como época fundacional del futuro derecho español <sup>68</sup>; pero nos encontramos ante un simple signo de identidad

<sup>65</sup> Riccardo ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, que es versión absolutamente reelaborada, sin pleonasmos (cfr «Premesse dell'editore»), de su conocido curso *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1953, con ediciones posteriores. El hecho, desapercibido por los romanistas, ha sido festejado por historiadores Paolo GROSSI, «Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistiche (A proposito della rinnovata e definitiva "Introduzione allo studio del diritto romano" di Riccardo Orestano)», en *Quaderni fiorentini* 17 (1988), 535-550

<sup>66</sup> Y parecen unánimes los romanistas en defender el carácter iniciático de su asignatura cfr Alvaro D'ORS, «Sobre las asignaturas histórico-jurídicas» cit.

<sup>67</sup> Cfr el juicio de Mariano Peset en su prólogo a ANTONIO PÉREZ MARTÍN/Johannes Michael SCHOLZ, *Legislación y jurisprudencia en la España del Antiguo Régimen*, Valencia, Publicaciones de la Universidad, 1978, VII-XX, que falta en algunos ejemplares, con respuesta de Alvaro D'ORS, «El Derecho Romano en el Anuario», *AHDE* 48 (1978), 761-763

<sup>68</sup> A veces con la calidad y la extensión que le otorga Aquilino IGLESIA

de la *disciplina*<sup>69</sup> y no con una vocación romanística de los historiadores profesionales, si bien existen excepciones<sup>70</sup> que encuentran en los estudios históricos de algunos romanistas su justo paralelo<sup>71</sup>.

#### AH TI RITROVO ANCOR PERFIDO MOSTRO?

De entrada, la falta de unanimidad en la fijación de *Aufgaben* y utilización de *Methoden* por parte de historiadores del Derecho y romanistas españoles contribuye a enervar los elementos para una posible colaboración. Si los primeros han aportado algunos escritos metodológicos, acreditando una cierta preocupación por problematizar su actividad profesional y estar informados de las discusiones foráneas, los segundos parecen consumirse en el cultivo de un género apologético —con perdón de Paradisi<sup>72</sup>— que conduce de la identificación de una «crisis» a la encendida «defensa de los estudios romanísticos» como asignatura universitaria: horizontes<sup>73</sup>, valores<sup>74</sup>, espíritus<sup>75</sup> y presencias<sup>76</sup> comparecen en un debate que se resuelve finalmente en la reafirmación de la vieja orientación dogmática. Formalmente se trata del conocido planteamiento de Koschaker, según el cual la crisis de la Romanística es debida a su pérdida de contacto con el derecho actual<sup>77</sup>,

FERREIRÓS, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español. Lecciones*, I, Barcelona, Gráficas Signo, 1ª reimp., 1989, págs. 329-460

<sup>69</sup> Al respecto fiel a Eduardo de HINOJOSA; cfr. su *Historia del derecho español*, I, Madrid 1887.

<sup>70</sup> Permítaseme deponer en causa propia: Carlos PETIT, *Fiadores y fianzas en derecho romanovisigodo*, Sevilla, Universidad, 1983, que mereció además la atención de un romanista y en la *romanistische Abteilung* (cfr. reseña de Teresa GIMÉNEZ-CANDELA en *SZ rom. Abt.* 103 [1986], 570-575)

<sup>71</sup> Por ejemplo Juan Antonio ARIAS BONET, «La responsabilidad del comodatario en Partidas 5,2,2-4», *AHDE* 31 (1961), 473-486, «Estipulaciones a favor de tercero en los glosadores y en las Partidas», *AHDE* 34 (1964), 235-248, «El Códice Silense de la Primera Partida», *AHDE* 40 (1980), 609-611.

<sup>72</sup> Cuya conocida *Apologia della storia giuridica*, Bologna, Il Mulino, 1973, mereció aquí la severa atención del romanista Alvaro D'ORS, «Sobre historiografía jurídica» cit.

<sup>73</sup> Ursicino ALVAREZ, *Horizonte actual del Derecho Romano*, Madrid, CSIC-Instituto «Francisco de Vitoria», 1944

<sup>74</sup> Angel LATORRE, *Valor actual del Derecho Romano*, Barcelona, Diresa, 1977.

<sup>75</sup> Juan IGLESIAS, *Espíritu del Derecho Romano*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 1980, que fue discurso de ingreso contestado por Ursicino Alvarez

<sup>76</sup> Germán SIERRA RICO, *Presencia histórica y actual del derecho romano*, *jur. Dis.* (dirigida por J. Iglesias Santos), Madrid, Universidad Complutense, 1983

<sup>77</sup> *Europa und das romische Recht* cit., págs. 337 y ss. Se ha llegado entre nosotros a adaptaciones del título: Fernando REINOSO, «España y el Derecho Romano actual», en *Labeo* 32 (1986), 310-317, con su admirable tesis de la

pero es más que probable que para comprender las reacciones la autoridad de Koschaker en pro de la Dogmática deba ceder el paso al análisis de Foucault sobre las *disciplinas* científicas <sup>78</sup>.

En efecto. En las aguas agitadas de la reforma del plan de las Facultades de Derecho hemos asistido a interpelaciones parlamentarias, artículos de prensa y solemnes declaraciones institucionales <sup>79</sup> que han desembocado, no hace falta recordarlo, en la concesión de troncalidad a la asignatura romanística <sup>80</sup>. En este movido contexto la figura de un Orestano predicando la naturaleza histórica del Derecho (Romano) y la consecuente necesidad de convertir en histórica una asignatura dogmática <sup>81</sup> carece de equivalente, y lo cierto es que los historiadores <sup>82</sup> han sido más receptivos a sus enseñanzas que los romanistas <sup>83</sup>. Las afirmaciones que realizó Alvaro D'Ors hace unos años pueden así, considerarse indicativas de una opinión generalizada: «Los romanistas ... no pueden ser tomados sin más como historiadores del derecho ... No somos historiadores más que en la medida en que hacemos Historia —es decir, historia de los textos— del Derecho Romano, pero no ya cuando, una vez fijados los textos —el “Derecho Romano” es ante todo privado, es decir, derecho propiamente dicho—, nos aplicamos a revivir el pensamiento de los juristas romanos en orden a la solución de hipótesis casuísticas ... En esto consiste la complejidad especial de la labor del romanista: en que debe tratar históricamente los textos para luego construir un sistema jurídico sobre ellos. Esta segunda actividad hace que la primera, la propiamente histórica, no sea tan desinteresada como la de los historiadores del derecho a los que la construcción

---

vigencia del Derecho Romano como derecho positivo que, eso sí, jamás osó defender Paul KOSCHAKER

<sup>78</sup> Michel FOUCAULT, *El orden del discurso* (1970), trad. de Alberto GONZÁLEZ TROYANO, Barcelona, Tusquets, 2.ª ed., 1980

<sup>79</sup> La mejor antología la ofrece el *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, 6 (noviembre-diciembre 1987), 7-145, con los resultados de una «Encuesta sobre el Derecho Romano» y un conjunto de «Artículos doctrinales sobre Derecho Romano», cuyo tenor general viene indicado por el anuncio de la portada «En defensa del Derecho Romano»

<sup>80</sup> Para la historia de la troncalidad del Derecho Romano y a título de exponente de las reflexiones metodológicas de la romanística española, el opúsculo de Ricardo PANERO, *El Derecho Romano y la formación del jurista (Experiencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona)*, Barcelona, PPU, 1988.

<sup>81</sup> Por más que no deje de prestarse en los programas una cierta atención a la «Historia del Derecho Romano», aquí nunca convertida en asignatura *a se stante*, para cuya impartición hay atendibles manuales Juan MIQUEL, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona, PPU, 2.ª ed., 1990

<sup>82</sup> Sobre todo Bartolomé CLAVERO, «Historia, ciencia, política del Derecho», cit

<sup>83</sup> De nuevo valga como exponente de nuestra Romanística Ricardo PANERO, *El Derecho Romano y la formación del jurista* cit.; sólo veo invocado el nombre de Orestano en pág. 19 y al objeto de una rápida desautorización

de un sistema conceptual para poder resolver casos no interesa directamente. El historiador puede permitirse que de sus textos no resulte un sistema total y congruente, en tanto el romanista no puede dejar de buscar soluciones para casos jurídicos imaginables .... En esa función, el romanista es, ante todo, jurista»<sup>84</sup>.

Las consecuencias de esta convicción sobre la naturaleza no histórica del cultivo científico del Derecho Romano determinan, en conclusión, una situación diferente a la que representa la Romanística italiana. Se prefiere en general compartir con los privatistas los Departamentos universitarios, aunque la artificialidad de esta nueva estructura tampoco impide la cohabitación de historiadores y romanistas sin asaltos a sus respectivas conciencias de especialidad<sup>85</sup>. Se defiende el valor del Derecho Romano desde el punto de vista instrumental, es decir, como la mejor introducción posible al estudio del derecho actual<sup>86</sup>, cuando no se llega a demostrar, como Reinoso, que su vigencia de presente obliga a mantener la tradicional asignatura. Se abandona la Revista histórica para atender a los periódicos jurídicos<sup>87</sup>. En una palabra: está claro que si partimos de la positividad del Derecho Romano o, al menos, de la ancilaridad de su estudio como rito iniciático al conocimiento del Derecho los lazos profesionales más inmediatos se establecen con dogmáticos y no con historiadores, al margen ahora la cuestión, antes evocada sobre la autoridad de Orestano, de la identidad de conocimiento histórico y conocimiento científico del Derecho.

Las circunstancias expuestas en relación a Francia, Italia o Alemania hacían prever un acercamiento disciplinar entre Historia del Derecho y Derecho Romano que, por las también expuestas circunstancias españolas, es de temer no sea bien recibido por nuestras latitudes. La presencia de cursos de Derecho Romano a título de Historia del Derecho en el Plan catalán parece, tras lo

<sup>84</sup> Alvaro D'ORS, «Sobre historiografía jurídica» cit , págs 810-811

<sup>85</sup> Algunas Universidades que conozco, como la Autónoma de Barcelona y las de Barcelona y Sevilla optaron por esta fórmula, pero en ninguna existe un Departamento exclusivo para romanistas e historiadores, lo es por el título, mas no por su contenido, pues allí se encuentran también adscritos los canonistas, en la Universidad de Barcelona

<sup>86</sup> Operándose, de paso, con la ecuación que iguala Derecho y Derecho Privado, cuya Dogmática se convierte así en la Dogmática Jurídica. Frente a esta idea habrá que oponer la importante novedad de 1978: desde la Constitución, qué sea Derecho y cuáles sus fuentes interesa al Derecho Constitucional, no al Privado. O mejor es asunto que afecta a la plena capacidad docente e investigadora de publicistas y no a los privatistas.

<sup>87</sup> La obra citada de Ricardo PANERO fue concebida como artículo para la *Revista de Derecho Privado*, de la que sólo salió por problemas de calendario: *El Derecho Romano y la formación del jurista*, pág 5. Otro significativo ejemplo Federico F. DE BUJÁN, «*Regulae iuris* a propósito del *mandatum* en las fuentes romanas», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 262 (1987), 13-69

anterior, tan irreprochable desde la experiencia académica de los países que constituyen referencia de nuestra cultura jurídica como previsiblemente mal aceptada por una Romanística radicalmente insensible a la dimensión histórica de su objeto. La «lucha» del Derecho Romano por la troncalidad, según ha sido llamada por alguno de sus épicos defensores<sup>88</sup>, se presenta de tal modo como reacción corporativa ante novedades de derecho positivo que pueden poner en peligro una asignatura que se arrastra entre crisis, valores y horizontes, sin llegar a dignificar realmente el objeto de su estudio; los mismos argumentos que han sido exhibidos en esa «lucha» probablemente se esgrimirán ahora para mantener la parcela académica sin veleidades ni contaminaciones historicistas; dicho más crudamente, para rescatar una denominación, aunque no un contenido, que se ha perdido. Es un punto, en definitiva, de afrancesamiento del Plan de la Universidad Pompeu Fabra, que algunos combatirán, como en Francia, relacionando inexorablemente la pérdida de las denominaciones con una caída en los rendimientos científicos de la especialidad ignominada<sup>89</sup>. Y el caso es que alguna de la mejor producción romanística que se registra por aquí encaja antes en una *historia fontium* de vocación, al menos por heurística, historiográfica que en los esquemas desgastados de un *mos italicus* rechazado ya en los más inquietos círculos de Italia<sup>90</sup>, aunque el peaje debido a la Dogmática se devengue en el momento del concurso<sup>91</sup>.

<sup>88</sup> José María MARTÍNEZ DEL VAL, «Encuesta sobre Derecho Romano», en *Boletín cit*, 7-8, pág. 8. «La defensa del Derecho Romano es una trinchera, en la "lucha por el Derecho", que no se puede abandonar ni perder»

<sup>89</sup> Tal viene a ser la conclusión de Alejandrino FERNÁNDEZ-BARREIRO, *Los estudios de Derecho Romano cit*, págs. 117 y ss. Pero cabría retorcer el argumento analizando, por ejemplo con referencia a España, si la presencia disciplinar del Derecho Romano se traduce en una producción intelectual rigurosa y estimada en el seno de la que Gaudemet llamaba «Internationale des Romanistes»

<sup>90</sup> Significativa la nota (de Luigi Labruna) de presentación de la revista *Index Quaderni camerti di studi romanistici*, 1 (1970), IX-X: « . In Italia è la presenza stessa delle materie romanistiche nella didattica universitaria che sembra entrare in una crisi profonda. Che è crisi di metodi e contenuti del loro insegnamento, senza dubbio . ma riflette (e profila) anche una crisi della cultura giuridica contemporanea, pericolosamente incapace in certe sue sempre più frequenti manifestazioni di disancorarsi da un dogmatismo che il nostro tempo rifiuta, e destinata, quindi, a sempre meno comprendere il senso e il valore della storicità del fenomeno giuridico» Y, desde luego, *Index* se destaca en el panorama de los periódicos romanísticos por su apertura a experiencias docentes (así sus volúmenes 4 y 6, con materiales sobre la enseñanza del Derecho Romano en América Latina, o el 12, atendiendo a los «Paesi socialisti») y su vocación interdisciplinar, que no sacrifica sin embargo la investigación jurídica. Cfr. además Giuliano CRIFÒ, «Indispensabilità e inutilità della Romanistica attuale», en *SDHI* 55 (1989), 445-461.

<sup>91</sup> Pienso en los trabajos, originariamente tesis de doctorado, de Carmen TORT-MARTORELL, *Tradición textual del Codex Iustinianus. Un estudio del Libro 2*, Frankfurt am Main, V. Klostermann (= *Ius Commune*, Sonderhefte 45), 1989,

## CALMATE QUELLA COLLERA . LASCIATEMI PARLAR

Pero el Plan de la Universidad Pompeu Fabra, con su «Historia del Derecho» (I), no sólo interesa a los romanistas; al menos por titulación, los historiadores de profesión no podemos escatimar reflexiones. Ofrecida indistintamente a unos y otros, la «Historia e Instituciones de Derecho Romano» no será orientada en mi opinión con preocupaciones dogmáticas ni, por supuesto, en los límites estrechos que en nuestros cursos presentaban la romanización de España: el tracto que conduce a un Derecho español simplemente no interesa a tales efectos, pues se trata de estudiar y enseñar Derecho Romano. De sus posibles acepciones interesa, evidentemente, al menos ese «diritto romano storico» de que hablaba Orestano<sup>92</sup>, para referirse al «suo svolgimento dalle origini a quella compilazione giustiniana che ... viene ora considerata il suo punto d'arrivo»; pero cabría también ocuparse de un Derecho Romano entendido como «tradizione romanistica» («come svolgimento ulteriore della storia giuridica europea») y aún de un «diritto comune, cioè quella particolare formazione storica di valore dapprima italiano e poi europeo, che senza limitazioni temporali e territoriali ben definite venne componendo un corpo di dottrine basate sul *Corpus iuris*», pues el contenido previsto para la «Historia del Derecho» (II), «Instituciones modernas y contemporáneas», hace pensar en la inclusión de las experiencias jurídicas medievales entre las materias cubiertas por la «Historia e Instituciones de Derecho Romano».

## MI TREMA UN POCO IL COR

Y aquí empiezan los problemas. De una parte, porque las «Instituciones modernas» del segundo curso de Historia no pueden ser entendidas al margen de ese «diritto comune» de génesis, mas no de desarrollo, localizada en la Edad Media: no hará falta invocar de nuevo el nombre de Clavero y sus propuestas de

y Encarnació RICART MARTÍ, «La tradición manuscrita del Digesto en el Occidente medieval, a través del estudio de las variantes textuales», en *AHDE* 57 (1987), 5-206; una y otra presentaron como lección para el segundo ejercicio del concurso a plazas de profesor titular sendos trabajos dogmáticos (el legado de renta periódica y el *constitutum*, respectivamente). Y no puede olvidarse que son tesis dirigidas por Juan MIQUEL, cuyas aportaciones sobre «Mechanische Fehler in der Ueberlieferung der Digesten», *SZ rom. Abt.*, 80 (1963), 233-286, siempre serán recordadas con preferencia a las páginas, por supuesto del rigor al que nos tiene acostumbrados, sobre «El rango hipotecario en Derecho Romano», *AHDE* 29 (1959), 229-316

<sup>92</sup> Riccardo ORESTANO, «Verso una nuova romanistica» (1969), en «*Diritto*» cit., 193-250, pág. 194

valoración de un derecho, efectivamente *común*, para dar cuenta de la antropología de la sociedad europea moderna, aunque tal vez tenga interés recordar la obra investigadora de António M. Hespanha como el mejor ejemplo de aprovechamiento de la doctrina común en la factura de una Historia de las Instituciones<sup>93</sup>. De otra, porque el *ius commune* moderno que debe forzosamente comparecer en un curso de «Instituciones modernas (y contemporáneas)» es, en el fondo, un episodio más de la «tradizione romanistica» que también tiene capítulos medievales. Y, en fin y en tercer lugar, porque la eventual atención a la «tradizione romanistica» y al «diritto comune», junto al inexcusable «diritto romano storico», como programa de «Historia e Instituciones de Derecho Romano» le dotaría de contenidos difícilmente abarcables en los términos previstos en el Plan<sup>94</sup>.

Desde luego, si el corte entre la «Historia del Derecho» (I) y la «Historia del Derecho» (II) es puramente cronológico —y entenderlo así ayuda como veremos la previsión de contenido de la segunda asignatura— no habría ninguna dificultad teórica en tratar de un «Derecho Romano» que también es «tradizione romanistica» y «diritto comune», manteniéndonos en los límites convencionales de la Edad Media. Subsistirían, eso sí, los problemas prácticos derivados del número de horas disponibles, que no seré yo quien magnifique ciertamente, y la más seria dificultad de organizar unas enseñanzas donde la triple atención al «diritto romano storico», a la «tradizione romanistica» y al «diritto comune» sea respetuosa con los dos principales términos del sintagma «*Historia e Instituciones de Derecho Romano*» en que se resuelve la «Historia del Derecho» (I). Pues si no es inhabitual la proyección mediaval (y moderna) de una *Storia del Diritto Romano* que así se solaparía con importantes capítulos de la *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* wiackeriana<sup>95</sup>, ya es menos frecuente un estudio de *Istituzioni di Diritto Romano*, no sólo alejado del Dogmatismo, sino sensibilizado además por la «tradizione romanistica» y el «diritto comune». Las opciones de Wieacker al orientar su obra se concentraron, como es notorio, en la ciencia

<sup>93</sup> Singularmente sus *Vísperas del Leviatán Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, versión castellana de Fernando J. Bouza Alvarez, Madrid, Taurus, 1989. Sobre la Historia de las Instituciones se insiste *infra*.

<sup>94</sup> Que se mantiene en el mínimo de troncalidad establecido en las Directrices para el Derecho Romano —un total de seis créditos, es decir, 60 horas (cuarenta teóricas y veinte prácticas)

<sup>95</sup> Y hasta existen manuales, debidos a romanistas de profesión: Carlo Augusto CANNATA, *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea I. La giurisprudenza romana e il passaggio dall'antichità al medioevo*, Torino, Giappichelli, 2ª ed., 1976; Carlo Augusto CANNATA-ANTONIO GAMBARO, *Lineamenti II. Dal medioevo all'epoca moderna*, Torino, Giappichelli, 4ª ed., 1989, con su atención aquí a la familia jurídica angloamericana.



jurídica, soslayando un tratamiento institucional <sup>96</sup>, pero el problema no se deriva tanto de la ausencia de exposiciones de conjunto, que alguna hay <sup>97</sup>, cuanto de la inconveniencia epistemológica de dar entrada, por esta vía de las necesidades docentes, a una *Dogmengeschichte* que, a pesar de su implantación, desde la crisis de la Dogmática como orientación exclusiva de una Civilística que se convierte a grandes pasos a las consignas del *Legal Realism*, debe considerarse actualmente superada <sup>98</sup>. Lo mismo cabe advertir, a pesar de la unanimidad dogmática de nuestra Romanística como ya sabemos, respecto de aquella parte del programa de Instituciones directamente referida al «diritto romano storico»: conviene una vez más atender a las propuestas de Orestano y concebir las lecciones institucionales, donde más fácil resulta caer en las redes de la Dogmática <sup>99</sup>, como exposiciones históricas, es decir, preocupadas por mostrar las realidades jurídicas bajo el prisma de la sociedad que las engendró y en las que debían cobrar sentido. La presencia de la asignatura entre las de Tercero contribuye, si no obliga, a una emancipación de la Dogmática: su concepción como didascalia histórica del derecho actual carece sencillamente de sentido en ese curso.

Por lo que hace a la «tradizione» del Medioevo, trabajos como los de Paolo Grossi hace ya tiempo mostraron el camino correcto <sup>100</sup>; los más inquietos colegas italianos vienen, así, produciendo *corsi* de historia institucional de excelente factura y orientación <sup>101</sup>, que es la que aquí se reclama. Ya existen materiales

<sup>96</sup> Ya lo advertía Wolfgang KUNKEL en su reseña cit., pág. 514

<sup>97</sup> En este sentido la obra, también reseñada en su primera edición por Kunkel, de Gerhard WESENBERG/Gunter WESENER, *Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung*, Lahr/Schwarzwald, Moritz Sachuenburg, 3 erw. Auf. 1976, y recientemente Helmut COING, *Europäisches Privatrecht*, München, Beck, I *Aelteres Gemeines Recht (1500-1800)*, 1985 (cfr. reseña de Carlo Augusto CANNATA, «Usus modernus Pandectarum e diritto europeo», en *SDHI* 52 [1986], 435-442), II *19. Jahrhundert*, 1989

<sup>98</sup> Uno estaría tentado a profetizar sobre la fortuna del que se ha llamado *inter amicos* «Derecho Civil light», que representa entre nosotros, por ejemplo, la obra de Encarna ROCA o Pablo SALVADOR, y un «Derecho Civil heavy», que sería el propugnado por Ferrán BADOSA, lo es físicamente al menos, de este autor, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, Colegio de España (= *Studia Albornotiana*, 51), 1987, con su insólito recurso a la Historia

<sup>99</sup> Dicho sea muy *grosso modo*: que caben dogmatismos en la más tradicional «Storia» lo demostraría la aparición del importante curso, no dogmático ni siquiera por índice, de Mario BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, Laterza, 1987, con la reacción conservadora de Tomasz GIARO, «Betrachtungen eines trotzigen Konservativen über ein neues Buch von Mario Bretone», en *Rechtshistorisches Journal* 7 (1988), 13-29, y la teatral defensa de M(arie) T(hérèse).

F(OEGEN), «Première ohne Publikum», *ibid.* 30-37.

<sup>100</sup> Paolo GROSSI, *Le situazioni reali nella esperienza giuridica medievale*, *Corso di Storia del Diritto*, Padova, CEDAM, 1968

<sup>101</sup> Otro ejemplo Umberto SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, *Lezioni di Storia del Diritto*, Torino, Giappichelli, 1984, con el complemento

tendencialmente equivalentes en el ámbito de la *Storia del Diritto Romano*<sup>102</sup>, pero hay que reconocer que fallan, como viene advirtiéndose en la avezada Italia<sup>103</sup>, tratándose de *Istituzioni*<sup>104</sup>. Probablemente de los esfuerzos académicos que nazcan a partir de una concepción, digamos, histórica se seguirán trabajos no dogmáticos y ahí estribará uno de los posibles éxitos de la reforma supuesta por el Plan; sin embargo hoy por hoy el cartógrafo de nuestra especialidad tendría que reproducir al respecto aquel «Hic sunt leones» con que la Geografía medieval, limitada en sus conocimientos a la costa africana, despachaba el desconocido interior del Continente<sup>105</sup>.

#### DA MIEI TORMENTI IMPARA

¿Podremos expulsar los leones de la *incognita terra* donde se localizan las «Instituciones de Derecho Romano»? Como me confieso optimista, adelanto una respuesta afirmativa, pero no es posible desconocer las dificultades que rodean el empeño. Un romanista que ha comparecido ya en estas páginas, Dieter Simon, detectó no hace mucho un «Untergang des römischen Rechts», cuyas causas estarían en la crisis del modelo cultural clasicista con pérdida de los rudimentos filológicos absolutamente requeridos para un cultivo científico del derecho romano, la también crítica situación de la Civilística Dogmática a cuyo servicio surgió históricamente la dedicación romanística y, en fin, la pérdida de valor de lo histórico como categoría necesaria en la moderna

---

que ofrece Paolo GROSSI, «Sulla "natura" del contrato (Qualche nota sul "mestiere" di storico del diritto, a proposito di un recente "corso" di lezioni)», en *Quaderni fiorentini* 15 (1986), 593-619

<sup>102</sup> Así Mario BRETONE, *Storia* cit

<sup>103</sup> Así Vincenzo DI CASTALDO, «Appunti», cit., col 110

<sup>104</sup> Interesarán los artículos aparecidos en *Index* 18 (1990) sobre «insegnare *Istituzioni*» Por lo demás, la complacencia ante un estudio dogmático del Derecho Romano no es patrimonio nacional, véase Andreas WACKE, «Accidentes de deporte y juego según el Derecho Romano y el vigente Derecho Alemán», en *AHDE* 59 (1989), 551-579, con su representativo «Final» «El Derecho romano no es un depósito de curiosidades, ni un gabinete de objetos raros, cubierto por el polvo de los siglos; se trata, al contrario, de problemas fundamentales de la dogmática jurídica, que rebasan una época concreta con su carácter atemporal y tienen su base en la historia de la cultura » Desde esta posición se emparejan manteos en la Bética, el Pelele de Goya y las andanzas de Sancho al salir de la venta (Wacke, pág 576), aunque la conclusión de la comparación ucrónica es algo paradójica, pues la costumbre del manteo, que así se acreditaría como invariante castiza española, resulta también habitual entre los esquimales (Wacke, págs 576-577) *Il faut se démerder*, que diría Arangio (cfr Antonio GUARINO, «La Ferrari Testarossa», en *Index*, cit , 71-81, pp 74-75).

<sup>105</sup> La expresión ha servido a Michael STOLLEIS, «Hic sunt leones» cit , para titular un agudo trabajo donde se levanta acta de las carencias que arrastra la investigación histórico-jurídica en Alemania

sociedad industrial <sup>106</sup>. Cuando tal es la situación en Alemania <sup>107</sup>, sólo un insobornable optimismo lleva a confiar en las aportaciones de España, pero a veces la falta de tradición (la inexistencia de *Fachkombinationen*, *Habilitationsschriften* <sup>108</sup> y *germanistische* o *romanistische Abteilungen*), con la oportuna apertura hacia Italia (Orestano), puede jugar a favor de los descubridores de tierras desconocidas, que necesariamente son, ya lo sabemos, cazadores de leones.

\* \* \*

#### IL CATALOGO E QUESTO

Ese deseo serviría como punto final de las presentes observaciones si no fuera porque las mismas quedarían muy incompletas de no aprovechar la ocasión que brindaba la comparecencia del Derecho Romano en el nuevo Plan para desarrollar algunas ideas sobre el resto de las materias histórico-jurídicas que aquél contempla. Vigente ya el Decreto de Directrices parece igualmente oportuno prestarles alguna atención, pues la vocación historiográfica del Consejo de Universidades aparece al definir como contenido de los cursos (¡troncales!) de Derecho Romano «el Derecho en Roma y su recepción en Europa», aunque mal servicio se rinde a la Historia al ordenar a continuación la inclusión en los futuros planes de una «Historia del Derecho Español» destinada a enseñar las «estructuras básicas y evolución del Derecho español». De los demás aspectos histórico-jurídicos del Plan catalán y de estas Directrices tratarán pues la páginas siguientes.

Algo se ha dicho a propósito de la «Historia del Derecho» (II) y de su contenido institucional moderno y contemporáneo. Por las razones indicadas, *de lege ferenda* y pensando en la adaptación del Plan a las Directrices, sería sin duda deseable eliminar, junto a la referencia a las «Instituciones», el adjetivo «moderno» para singularizar una experiencia jurídica que debe tener tratamiento docente. La dedicación a la gestación y desarrollo del derecho contemporáneo sería argumento más que su-

<sup>106</sup> Dieter SIMON, «Aufgabe der Rechtsgeschichte», en *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), 265-268, que es comentario del artículo de Stolleis cit

<sup>107</sup> Donde no han faltado pintorescas propuestas para salir de la atonía Theo MAYER-MALY, «Anmerkungen zu Versuchen, über die Aufgaben der Rechtsgeschichte nachzudenken», en *Rechtshistorisches Journal* 4 (1985), 268-271, a propósito de Stolleis y Simon, esgrímia el ilustre precedente de Otto Lenel y su palíngenesia del Edicto Perpetuo para apoyar la convocatoria de concursos de investigaciones sobre argumento determinado, con premios tentadores

<sup>108</sup> Sólo dando un sentido inusitado al término podrá entenderse, como hace su prologuista, Juan Miquel, que el trabajo de Ricardo PANERO, *Deponere y reddere en la actio depositi in factum*, Barcelona, PPU, 1989, se sitúa dentro de esta práctica académica alemana cfr pág IX

ficiente para sus cometidos, bastando entonces concebir el curso de «Historia del Derecho» (II) a título, sin más, de «Historia del Derecho Español». Estas afirmaciones requieren algún tratamiento, pero permítaseme concluir, como propuesta para salir airoso al paso de las restricciones impuestas *de lege lata*, que aún en su estado actual el Plan tendría cumplimiento destinando la mayor parte de los seis créditos de la asignatura a esa deseada «Historia»; las «Instituciones modernas» se presentarían brevemente como el marco jurídico del Antiguo Régimen cuya superación revolucionaria está en la génesis del derecho contemporáneo. Que quepan en ello combinaciones es el argumento de los párrafos que siguen.

#### CRUDELE! SE SAPESTE ...

Se nos habla, en primer lugar, de «Instituciones», lo que evoca de inmediato la tradicional contraposición de una historia de las fuentes jurídicas, que no sería la prevista en el Plan catalán, y una historia institucional (moderna y contemporánea), atributo de la «Historia del Derecho» (II). Lejos de mí defender ahora la descripción de las fuentes, que además van entendidas en el sentido de instrumento para el conocimiento histórico y no en el de *fontes iuris*, como tarea primordial, cuando no la única posible <sup>109</sup>, del historiador del Derecho, pero la superación de posiciones anticuadas alcanza también a la historia institucional que late en el Plan, al menos si la entendemos, según ha sido habitual entre nosotros, como una «Historia de las Instituciones políticas y administrativas», que si «es Historia del Derecho público y, como ciencia independiente, una rama desgajada de la Historia del Derecho, se distingue, sin embargo, por su propio carácter, en cuanto ... considera, sobre todo, la sucesión de las normas reguladoras de la estructura y funcionamiento de la constitución política en su estrecha relación con los fundamentos económicos y sociales de esa constitución» <sup>110</sup>. No hará falta justificar demasiado que, aun reconociendo todos sus méritos a la historia institucional así concebida <sup>111</sup>, nos encontramos ante un planteamiento superado. Pues la delimitación de lo político-administrativo, y

<sup>109</sup> Rafael GIBERT, «La historia del derecho como historia de los libros jurídicos», en Joaquín CERDÁ-Pablo SALVADOR, *I Seminario de Historia del Derecho y Derecho Privado* cit., 61-92, que es versión afortunadamente muy revisada de su exposición oral

<sup>110</sup> Son palabras de LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones españolas De los orígenes al final de la Edad Media* (1968), Madrid, Revista de Occidente, 3ª ed. cor. y aum., 1973, págs. 98-99

<sup>111</sup> Y no es el menor la apertura hacia la historia social y la historia económica que acredita la primera época de este ANUARIO.

con ello el objeto mismo de la historia institucional, suele responder a la simple proyección de lo que se entiende por tal en la experiencia jurídica actual o burguesa, cuya *Konstitution* serviría así para enmascarar la *Verfassung* que se pretende historiar<sup>112</sup>; el riesgo de presentar esta historia como sucesión de sistemas<sup>113</sup>, que no es más que una variante de la orientación dogmática aplicada a los estudios históricos, y la limitación «constitucional» de su contenido con un talante de apertura al *reale* socio-económico que no pasa de ofrecer una mal integrada combinación de elementos diversos, poco o nada valorados en el verdadero estudio de la experiencia jurídica, suponen, frente a lo primero, consecuencias negativas de tono menor que pesan en contra de la orientación clásica de una «Historia de las instituciones».

Y no cabe soslayar un segundo peligro que asalta cuando se habla de historia institucional. Precisamente por sus orientaciones de origen, el cultivo académico de dicha historia se ha ejercido por juristas mancomunadamente con historiadores, con un creciente complejo de los primeros y la explicable pretensión de ser considerados colegas por los segundos. No hace aún demasiado se afirmaba la identidad científica de la Historia del Derecho como saber histórico de carácter especial, como si las discusiones de métodos tratándose de acercamientos a tan peculiar objeto cual es lo jurídico pudieran resolverse en permutaciones de tres elementos —la Historia, el Derecho, la Sociedad— tomados de dos en dos. Ha de quedar bien claro que la elaboración jurídica que ahora se reclama no ha de sufrir los complejos de una cierta historiografía jurídica proclive a disolverse como historia especial<sup>114</sup>. Expuesto muy groseramente y usando una reducción al absurdo: si es pacífico que la sociedad europea antes de las revoluciones burguesas se define en términos jurídicos, también lo resultará que la pretendida historia especial se convierte en general cuando trata precisamente de esa sociedad concebida y representada por conceptos de Derecho. La esencial historicidad de lo jurídico impide la alegre conversión al gremio de historiadores, por muy buena voluntad que se acredite en el empeño; quien lo

<sup>112</sup> OTTOBRUNNER, *Terra e potere. Strutture pre-statali e pre-moderne nella storia costituzionale dell'Austria medievale* (1939), trad. de la 5.ª ed., reel. (1965) por Giuliana Nobili Schiera y Claudio Tommasi, Milano, Giuffrè (= *Arcana Imperii*, 3), 1983, págs. 169 y ss.

<sup>113</sup> Así, confesadamente, el mismo LUIS GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso* cit., pág. 97: «La Historia de las Instituciones políticas y administrativas es la historia del suceder del sistema de normas que regulan la estructura y funcionamiento de la constitución política, ordenada en diversas instituciones fundamentales».

<sup>114</sup> Será de interés, conocidas ya otras aportaciones de ambos autores, repasar António M. HESPANHA, «Entrevista con Bartolomé Clavero», en *Penélope Fazer e desfazer a história*, 1 (1988), 96-109.

sea del Derecho es, ante todo, un jurista y jurídica debe ser su aproximación intelectual, su exposición docente también, a la experiencia jurídica pretérita.

No veo necesario extenderme en descalificaciones de una historia institucional reclusa en la contemplación y descripción de los datos jurídicos, pues ya estamos bien advertidos de sus objetivos y sus miserias <sup>115</sup> y creo, sinceramente, haber predicado con el ejemplo <sup>116</sup>. Los servicios que esta historia debe prestar al conocimiento del pasado son considerables, cuando, como es el caso tratándose del momento moderno del Curso, la sociedad toda pretérita sólo puede categorizarse descubriendo el papel de su derecho. Pero el público de ese Curso viene constituido por juristas y a ellos habremos de dirigirnos —por supuesto con superación de la vieja servidumbre a la Dogmática, expediente tradicional de legitimación que ya sólo puede interesarnos como materia de estudio— mediante un correcto diseño de la asignatura. Y no es problema simplemente de estrategia académica: precisamente los servicios profesionales que hemos de asumir en relación al pantanoso gremio de los historiadores «generalistas» pasan por una previa asunción de la esencia del objeto de estudio, el Derecho, sin desvíos ni concesiones a la idea de «especialidad» historiográfica.

#### FINGERO DI NON CAPIR

Sortear estos riesgos es principal objetivo, mas subsiste aún la tarea de diseñar un contenido aceptable para la nueva asignatura. Pudiera pensarse en una adaptación de la *Verfassungsgeschichte der Neuzeit* existente en Alemania <sup>117</sup>, aunque, aparte escrúpulos de método que no se limitan a la Edad Media y peligro de leones especialmente feroces a su respecto <sup>118</sup>, resulta difícil comenzar por la historia de las instituciones careciéndose de una más general historia jurídica. La aplicación analógica de lo establecido para la «Historia del Derecho» (I) nos llevaría a una combinación de *Storia e Istituzioni*, para la que se cuenta con un

<sup>115</sup> António M. HESPANHA, *La história do direito na história social*, Lisboa, Livros Horizonte, 1978

<sup>116</sup> Al menos siempre me preocupó como objetivo al estudiar «*De negotis causarum*», I, *AHDE* 55 (1985), 151-251; II, *AHDE* 56 (1986), 5-165

<sup>117</sup> Y cabe recordar alguno de sus manuales más utilizados: Ernst FORSTHOFF, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit Ein Abriss* (1940), Stuttgart etc., W Kohlhammer, 4 Auf 1972, donde poco acceso tienen las tradicionales consideraciones de historia económica y social que, no obstante su improcedencia desde otros parámetros, ofrecían lo mejor del género

<sup>118</sup> Michael STOLLEIS, «Hic sunt leones», págs. 259-260 Y es autor que también sabe predicar con el ejemplo. *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, 1600-1800*, München, Beck, 1988

aventajado modelo: el curso elaborado por António M. Hespanha<sup>119</sup>, donde, según ha afirmado un crítico autorizado, «no se trata del usual catálogo de instituciones pretéritas, mejor o peor caracterizadas, sino de un esfuerzo por reconstruir su orden y su engarce, la forma como en su conjunto se establecen —las fuentes, de otro modo— y la estructura que las sustenta o por la que se mantienen —las mismas instituciones, de manera no menos diversa—»<sup>120</sup>. Fuentes e instituciones, historia de unas y otras, o si, se prefiere, aproximación jurídica al conocimiento de la sociedad moderna, y siempre dialogando con juristas.

Es un proyecto erizado de dificultades —los peligros no sólo de los leones se derivan: también las serpientes venenosas de una metodología viciada acechan en bosques, que son invisibles a causa de los árboles— para el que no me atrevo a proponer recetas, menos aún magistrales. Una cosa parece clara: las «Instituciones modernas (y contemporáneas)», o «Historia del Derecho» (II) como sabemos, no compondrán necesariamente un curso «institucional», es decir, una colección reducida de elementalidades. Considerando la posición terminal de la asignatura en el Plan, cabe proponer para sus capítulos modernos una orientación monográfica, que es la que mejor puede mostrar a los juristas la dimensión histórica de la experiencia jurídica. Me sitúo así en las antípodas de una concepción docente que subraya lo propedéutico o lo cultural de la asignatura histórico-jurídica, porque es una vía muerta donde perece lo mejor de la especialidad que cultivamos. Rechazando esta dimensión académica de la historia jurídica, la reciente oferta de Santarelli consiste, precisamente, en la rentabilización monográfica de los cursos cuyo objetivo final debe ser la enseñanza de la *interpretatio iuris* y no la *digna*, mas improcedente, *notitia rerum praeteritarum*<sup>121</sup>. El mismo Santarelli ha presentado no hace mucho un ejemplo: sus lecciones sobre *Mercanti e società tra mercanti*, marginando ahora observaciones y puntos de vista que sólo interesan en sede de reseña dirigida a especialistas, permiten al estudiante de Derecho comprender, perfectamente a mi juicio, las distancias que median entre la actual experiencia jurídica del derecho mercantil codificado y la experiencia jurídica medieval, con el peso de sus estructuras corporativas (familiares, profesionales, ciudadanas, religiosas) en el complejo mundo del comercio<sup>122</sup>. Y lo monográfico

<sup>119</sup> *História das Instituições Épocas medieval e moderna*, Coimbra, Livraria Almedina, 1982

<sup>120</sup> Bartolomé CLAVERO, «Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia», en *Quaderni fiorentini* 13 (1984), 561-577, pág. 562.

<sup>121</sup> Umberto SANTARELLI, «La pulce nell'orecchio» cit., cols. 442-443

<sup>122</sup> Umberto SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1989

no supone, por supuesto, lo residual: cuando está en causa la explicación del sistema del derecho mercantil codificado (págs. 10 y ss.), la tipología moderna de las sociedades (págs. 117 y ss.), la confusión de aspectos patrimoniales y penales en la quiebra (págs. 59 y ss.) se trata de una aportación didáctica con la dimensión suficiente para plantear y resolver problemas jurídicos que son centrales. Para recrear, desde la atención particular, el universo de la experiencia jurídica en estudio.

Pues el problema, claro está, es de dimensiones (o de abusos académicos, si se prefiere). Si nos situamos en la que sabe dar Santarelli a sus cursos queda soslayado el peligro de convertir la propuesta monográfica de la asignatura en la repetida explicación del trabajo doctoral del enseñante, riesgo que conocemos bien —dicho sea con todas las salvedades— al repasar algunos catálogos de cursos ofrecidos en las Facultades de Historia y sobre cuya vigencia en Derecho se ha advertido poco ha en Italia <sup>123</sup>. No cabe perder de vista, desde luego, que allí y aquí la enseñanza universitaria es un servicio público, en cuya prestación debería evitarse el apoderamiento de horas lectivas por parte de profesores que las consumen en lo que más les agrada <sup>124</sup>, pero tampoco se pueden confundir los planos del abuso y del mejor ejercicio de la prestación docente, que, cuando se rechaza la borrosa justificación formativa que aún lastra las asignaturas de historia jurídica, sólo pasa en mi opinión por la monografía <sup>125</sup>.

<sup>123</sup> VICENZO DI CATALDO, «Appunti», cols 112-113

<sup>124</sup> VICENZO DI CATALDO, «Appunti», cols 114

<sup>125</sup> Correspondió a Santarelli contestar a Di Cataldo, pero no me resisto a recordar al segundo que la llamada a respetar unas reglas de juego comúnmente aceptadas por los especialistas en derecho positivo, a saber, la preparación de programas docentes de contenido institucional o universal, claro que del universo que compone la asignatura, según hace este autor (cfr VICENZO DI CATALDO, «Appunti» cit., col 114), no resulta de recibo. En primer lugar porque la desviación o el abuso no puede contar a la hora de establecer la regla: abusos caben bajo cualquier régimen que imaginemos. En segundo término porque las opciones en juego responden a concepciones determinadas sobre la metodología de la historia del Derecho y no a simples criterios de economía docente. Y, en fin, porque la experiencia española, más cercana al modelo propuesto en estos momentos de reforma que la que viene aplicándose en Italia, al suponer precisamente la impartición de cursos generales —de Tartessos al Código civil— no ha conducido, salvo error involuntario por mi parte, a una mejor investigación y docencia que la tradicional italiana: los mejores ejemplos de rentabilidad de una sana práctica docente se relacionan con las opciones monográficas de aquellos cursos histórico-jurídicos de contenido especial que permitían los Planes de Sevilla y Valencia (cfr CARLOS PETIT, «Asignaturas histórico-jurídicas de contenido especial» cit., págs. 794-795).



## NOTTE E GIORNO FATICAR

Razones prácticas, secundarias en este nivel de discusión pero inevitablemente presentes, apoyan también tal opción. La duración del Curso, contenida en sesenta horas, no permite fantasías, sobre todo cuando se quiere dar cumplimiento al segundo adjetivo cronológico utilizado en la definición de la materia: instituciones *contemporáneas*. Veámoslo.

Al comienzo de estas reflexiones sobre la «Historia del Derecho» (II) propuse resolver la referencia *moderna* de la historia institucional en el marco necesario para la comprensión de unas *instituciones contemporáneas* que bien podrían componer el núcleo sustancial del Curso. Desde esta perspectiva, y hasta que no se aceptara una —sin más— «Historia del Derecho Español» o en su defecto, la presentación monográfica cobra todo su sentido. Pero se propone, insisto, una selección de *specimina* que permita pasar de la concreta solución institucional al conocimiento de la experiencia jurídica (del *ius commune* vigente en la sociedad) moderna, pues caeríamos en otro caso en aquellas indeseables perturbaciones del servicio público que más arriba se denunciaron.

Los mismos especímenes pueden orientar la segunda parte del Curso, destinada al derecho contemporáneo. No se me acuse de incongruencia: parto del principio de la no continuidad en la historia del Derecho, pero considero que la negación de un atemporal universo de figuras jurídicas, localizables de acá para allá según leyes de reencarnación <sup>126</sup>, no impide la utilización del mismo ejemplo institucional antes (moderno) y después (contemporáneo) de la Revolución (burguesa, liberal, jurídica; menos específicamente, industrial). De una parte, porque el único diálogo posible con el pasado pasa por la formulación de nuestras preguntas —las que, a los efectos presentes, suministra la experiencia jurídica contemporánea— para recibir sus respuestas <sup>127</sup>, lo que nada tiene que ver con la peligrosa utilización de anacronismos, licencias a veces inevitables para entendernos <sup>128</sup>. De otra, porque la idea de una Revolución de efectos cataclísmicos, que guillotina con sus llamativos episodios políticos el sistema jurídico de Antiguo Régimen, se encuentra justamente denuncia-

<sup>126</sup> En el fondo (y en la forma véase su particular referencia al pensamiento asiático) es lo que propuso un reconocido romanista Theo MAYER-MALY, «Die Wiederkehr von Rechtsfiguren», en *Juristenzeitung*, 26 (1971), 1-3

<sup>127</sup> Pocos diálogos tan fructíferos como el de Arón GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval* (1984), versión castellana de Helena S. Kriúkova y Vicente Cazarra, Madrid, Taurus, 1990, pág. 14

<sup>128</sup> Margaret LESLIE, «In Defence of Anachronism», en *Political Studies*, 18 (1970), 433-447, que agradezco a Jesús Vallejo

da, operándose ahora con el modelo de un complejo de procesos revolucionarios de ritmo y efectos diversos, coexistentes en el tiempo <sup>129</sup>, por lo que no conviene apresurarse en apreciar discontinuidades. La selección del espécimen institucional bien serviría ya para mostrarlo.

#### NO NO, CH'IO NON MI PENTO

Más posibilidades caben. En defecto de una deseable «Historia del Derecho Español», que nos ocupará en breve, el Plan catalán permitiría realizar una elemental exposición de la codificación y la historia constitucional española como contenido concreto de esas «Instituciones contemporáneas» que promete la «Historia del Derecho» (II). La referencia comparada puede esgrimirse de nuevo: estaríamos ante esa «Storia delle costituzioni e delle codificazioni moderne» que se propuso en Italia, donde ya existen asignaturas de ese o similar título y contenido <sup>130</sup>. La cuestión, sin embargo, es superar la dimensión propedéutica, empobrecedora, que podría alcanzar tal empeño. En este sentido la aproximación monográfica defendida sigue pareciéndome preferible, considerando aun razones prácticas: una «Storia delle costituzioni e delle codificazioni» sólo *prima facie* encaja en el reducido horario disponible; la profundidad que habría de recibir la exposición ante alumnos que ya cursan Tercero recomienda la selección institucional, sobre todo pensando en la lectura de obras de interés amplio, pocas pero ya entre nosotros existentes <sup>131</sup>, para obtener los conocimientos básicos exigibles a todo jurista en general y a los alumnos que participan en el curso de contenido monográfico especialmente.

#### M'INVITASTI, E SON VENUTO

Estamos siempre a vueltas con la tensión entre lo general y lo particular, sólo legítimo como opción docente si funge de observatorio de toda una constelación jurídica. La misma tensión

<sup>129</sup> António M. HESPANHA, «La Revolución y los mecanismos del poder (1820-1851)», en Carlos PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1990, 15-52

<sup>130</sup> Y los correspondientes manuales, o que hacen sus veces Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, Laterza, 1985, como exponente de las obras sobre el asunto que demos a este autor

<sup>131</sup> No como manual, ni parecido, pero sí a título de colección de trabajos que han ido abriendo camino, FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, *Códigos y Constituciones (1800-1978)*, Madrid, Alianza, 1989. Por el suyo particular, habrá que recomendar Bartolomé CLAVERO, «Codificación y Constitución paradigmas de un binomio», en *Quaderni fiorentini* 18 (1989), 79-145; autor además de un *Manual de historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1.ª reim., 1990

se detecta a propósito de la «Historia del Pensamiento Jurídico» que el Plan vigente en la Universidad Pompeu Fabra contempla entre las asignaturas obligatorias del Cuarto y último año. La concurrencia de *disciplinas* propias de «Historia del Derecho» (I) ahora reaparece: aquella «Historia» es lugar de encuentro de historiadores y de filósofos del Derecho (de la moral, de la política).

Nos encontramos ante una novedad que también lo es en el contexto de nuestros puntos de referencia franceses, alemanes o italianos. De alguna propuesta en Italia y de un curso portugués, la *História do Pensamiento Jurídico*, de Nuno J. Espinosa Gomes da Silva, tenemos noticias <sup>132</sup>. Pero se carece de una asignatura consolidada de «Historia del Pensamiento», sobre todo cuando el pensamiento lo es referido al Derecho. Existe, y ahí estriba un primer punto de duda que conviene cuanto antes resolver, tanto una tradicional «Filosofía del Derecho», que también por tradición se entiende como «Historia», como una «Historia de las Ideas Políticas», no recluida, en Francia al menos y por ejemplo <sup>133</sup>, en la enseñanza de la Ciencia Política.

Poco me extenderé en considerar este segundo antecedente, porque la definición de especialidades («áreas de conocimiento») impide la interferencia. Preocupa, por el contrario, desvanecer la incógnita que representa la colaboración con filósofos del Derecho (etc.) acostumbrados a impartir cursos de «(Historia de la) Filosofía del Derecho». Yo mismo, llamando la atención sobre un manual que resalta asombrosamente en el panorama académico de la *disciplina* en España, la *Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea* de Rafael Hernández Marín, hube de advertir que, no obstante su título, no se trataba de una exposición histórica <sup>134</sup>; lo que aún circula en el mercado <sup>135</sup>, bien es verdad que en librerías de lance la mayor parte de las veces, magnífica simplemente las deficiencias.

Hago gracia al lector de su relación para limitarme a destacar la principal de ellas: la falta de historicidad en la exposición, que obedece a la del interés con que la materia recibe tratamiento, se completa con la selección convencional del «pensamiento» cuya historia interesa. Más que el Derecho, y seguramente por incuria

<sup>132</sup> Paolo GROSSI, «Sulla storia del pensiero giuridico (A propósito de N. J. Espinosa Gomes da Silva, *História do Pensamiento Jurídico*)», en *Quaderni fiorentini*, 11/12 (1982-1983), 1147-1150.

<sup>133</sup> André GOURON, «La enseñanza del Derecho en Francia» cit., pág. 241.

<sup>134</sup> Rafael HERNÁNDEZ MARÍN, *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea*, Madrid, Tecnos, 1986. Cfr. mi nota en *AHDE* 56 (1986), 1130-1131.

<sup>135</sup> Enrique LUÑO PEÑA, *Historia de la Filosofía del Derecho* (1948), Barcelona, 3.ª ed. 1962, FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA, *Tratado de filosofía del derecho*, I, Sevilla, Universidad, 1974. Aún en uso académico, José María RODRÍGUEZ PANIAGUA, *Historia del pensamiento jurídico* (1971-1974), Madrid, Universidad Complutense, 3.ª ed. 1977.

o incapacidad del gremio de sus historiadores que no hemos sabido reaccionar, es la historia de la filosofía *tout court* la que suministra la genealogía de pensadores: ideas jurídicas de tal o cual ilustre filósofo, de los Presocráticos a Kant y Hegel con inferior representación de los más recientes y énfasis particular en la Escolástica, omitiendo por lo común referencias a una jurisprudencia de profesión y de vigencia social, como si se tratara de prácticos carentes de pensamiento. En un tal contexto, las reflexiones sobre lo jurídico de los grandes personajes se analizan como fenómeno externo al Derecho —una manifestación más de sus filosofías—, con lo que, inevitablemente, nunca se llega a conectar la empiria jurídica histórica con las ideas universales de los pensadores.

Desde esas coordenadas la pretendida «Historia» carece de toda vocación historiográfica: lo impide un desconocimiento de los fenómenos jurídicos, que no pueden reducirse a meras ideas de Derecho. Un conocido especialista que acumula títulos para ejercer con autoridad en materia de «Storia del Pensiero Giuridico» no hace mucho puntualizó que «se è vero che il pensiero giuridico, quale pensiero e cioè quale indubbia percezione dell'universale, tende a superare la diaspora del particolare e attinge anche ai fastigi supremi delle idealità e delle ideologie, è anche vero che è perennemente percorso da una intima tensione a incarnarsi, a ordinare esperienze, a diventare storia; è fatto sì di principii fondanti di natura etica o politica, ma anche e soprattutto di vendite e di donazioni, di testamenti e di cambiali, di servitù prediali e di regolamenti di confini, armature tecniche di episodi minimi di questa o quella esistenza individuale ma base, supporto e condizione per ulteriori e generali e maggiori invenzioni teoriche»<sup>136</sup>.

La conclusión de política académica es clara: «senza voler nulla togliere ai meriti dello storico della filosofia del diritto, il personaggio professionalmente più vocato a comprendere il divenire del pensiero giuridico ci appare lo storico del diritto»<sup>137</sup>. Algo de ello han comprendido los autores del Plan catalán cuando convocan, junto a los filósofos, a historiadores de profesión para hacerse cargo de la nueva asignatura: incluso entre nosotros, visiones de conjunto ya no faltan<sup>138</sup>.

En su articulación no ayuda la descripción oficial de contenidos, que repite en este punto la denominación «Historia del Pen-

<sup>136</sup> Paolo GROSSI, «Sulla storia del pensiero giuridico» cit , pág 1148

<sup>137</sup> *Ibid* , pág 1149. Cfr. Paolo GROSSI, «Pensiero giuridico (Appunti per una "voce" enciclopédica)», en *Quaderni fiorentini* 17 (1988), 263-269.

<sup>138</sup> FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE, «El pensamiento jurídico», en Miguel ARTOLA (dir.), *Enciclopedia de Historia de España, III Iglesia, Pensamiento, Cultura*, Madrid, Alianza, 1988, 327-408

samiento Jurídico». ¿Cómo, pues, delimitarla? El manual portugués referido, obra por cierto de un conocido historiador del derecho, arrancaba del sistema jurídico romano para llegar a la Codificación, en un largo recorrido de siglos y experiencias; es una opción posible, pero de nuevo el riesgo de convertir la materia histórica, esencial en la formación jurista, en la estéril *notitia rerum praeteritarum* que antes aconsejaba cursos de índole monográfica vuelve a hacerse presente. Una selección, desde luego no arbitraria, se impone.

Se impone también aprovechar los datos que suministra el mismo Plan: tener en cuenta, en una palabra, otras asignaturas en él previstas, cuyas lecciones necesariamente se interfieren. Así la «Historia del Derecho» (I), en lo que ha de tener de «Historia» jurídica de la experiencia romana, ya puede liberar de contenidos la «Historia del Pensamiento», perfectamente haciéndola dando a Roma por supuesta. La «tradizione romanistica» y el «diritto comune» entran, en cambio, de lleno en la «Historia del Pensamiento»: en primer término porque no toda aquella tradición ni ese derecho son de vigencia medieval, como sabemos, escapando de tal forma al arco cronológico que el Plan tácitamente señala a la «Historia del Derecho» (I); pero en segundo lugar, sobre todo, porque su carga docente, muy comprometida con el tratamiento inexcusable del «diritto romano storico» que se cierra con Justiniano, no permite demasiadas combinaciones ni añadidos que interesen a la «Historia del Pensamiento».

Las mismas razones prácticas juegan en el caso de la «Historia del Derecho» (II). Sabemos que es asignatura descrita en términos de historia institucional y a su respecto parece poco útil detenerse en «Historia del Pensamiento». Y no porque se parta del divorcio entre pensamiento y realidad, frecuente en cursos de «Historia de la Filosofía del Derecho»: las instituciones jurídicas, teñidas de realidad histórica, ofrecen los elementos para articular una reflexión teórica, un «pensamiento» así inescindiblemente unido a los datos empíricos; mas la dedicación docente otra vez pasa factura: las aspiraciones modernas y contemporáneas de esta «Historia», tanto si, como se propuso, se le dota de un cuestionario monográfico cuanto, y entonces con mayor motivo, se le convierte en un curso general, impedirán un mínimo de atención a la elaboración intelectual de los elementos jurídicos, aunque es deseable e inevitable que la exposición de éstos permita el diseño de aquélla.

Diseño que debe ocupar en un segundo momento: el que ofrece en el Plan la «Historia del Pensamiento» de Cuarto. Por las razones de economía ya expuestas, a las que pudiera agregarse la consideración excluyente de aquellas experiencias jurídicas pasadas donde no se produce una elaboración intelectual de los

datos jurídicos <sup>139</sup>, el arco que abarca de la Baja Edad Media al sistema jurídico actual compondría el marco cronológico de esta «Historia». En él, la selección de unos cuantos nombres ofrecería la base monográfica desde la que recrear las categorías intelectuales jurídicas de cada experiencia: Bártolo o Baldo, Doneau o Bodin, Pufendorf o Pothier, Windscheid o Ihering ... son algunos de los posibles «pensadores», por supuesto convocados a título de juristas, que permitirían estructurar el Curso. Para encarnar con ejemplos los propósitos, el hermoso estudio de Paolo Grossi sobre la concepción de la propiedad en la obra de Pothier <sup>140</sup> es buena prueba de lo que juristas en formación han de esperar de una «Historia del Pensamiento» localizada en Facultades que enseñan Derecho y realizada desde el más solvente ejercicio de la profesión de historiador.

El contenido contemporáneo del Curso, que, censurada a satisfacción una Dogmática histórica, se resolverá en una Historia de la Dogmática <sup>141</sup>, tal vez sea el terreno ideal para la participación de filósofos del Derecho. A juzgar por los argumentos que les preocupan <sup>142</sup> creo que la experiencia contemporánea les será más familiar, requiriendo además sus técnicas de historiador el aprovechamiento de las obras de los juristas del *ius commune*; respecto de éstos nuestra participación parece irrenunciable.

\* \* \*

#### TUTTO IL MIO SDEGNO SFOGAR IO VO

Mucho es lo que ha cambiado en el panorama académico de la «Historia del Derecho y de las Instituciones», que es nuestro área de conocimiento. Nuevas titulaciones, también nuevos contenidos y colaboraciones con otros especialistas —algunos tan cercanos como quienes cultivan Derecho Romano— son un futuro profesional que comienza ya a ser presente.

<sup>139</sup> Se trataría, es evidente, de la Alta Edad Media, aunque no cabe identificar ausencia de profesiones y saberes específicamente jurídicos con ausencia de un «pensamiento» relacionado con el Derecho, sobre todo cuando nuestros conocimientos sobre lo jurídico como «categoría» de la cultura medieval han progresado tanto últimamente. Arón GURIÉVICH, *Las categorías de la cultura medieval* cit., págs. 181 y ss.

<sup>140</sup> Paolo GROSSI, «Un paradiso per Pothier (Robert-Joseph Pothier e la proprietà "moderna")», en *Quaderni fiorentini*, 14 (1985), 401-456. Del mismo, otro ejemplo. «Gradus in dominio. (Zasius e la teorica del dominio diviso)», *ibid*, 373-399.

<sup>141</sup> Para lo que tampoco faltan ejemplos: Walter WILHELM, *La Metodología Jurídica en el siglo XIX* (1958), trad. de Rolf Bethmann, Madrid, EDERSA, 1980.

<sup>142</sup> Pienso en el trabajo doctoral, dirigido por Rafael Hernández Marín y en prensa actualmente, de Josep Joan MORESO, *La teoría del Derecho de Jeremy Bentham*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1988.

Las que anteceden son reflexiones nacidas de la consideración —en el contexto amplio que les otorga sentido— del Plan de la Universidad catalana Pompeu Fabra, pero la reciente aprobación de las Directrices para planes de estudios de Derecho ha aportado más elementos. Permítaseme alargar estas páginas considerándolos.

Hay que advertir, en primer lugar, que al tratarse de directrices queda un cierto margen de autonomía para la elaboración de los planes, que ocasionalmente puede llevar a la aceptación de asignaturas iguales o semejantes a las que ya son derecho en vigor en la regulación de los estudios de la Pompeu Fabra. La «Historia del Pensamiento Jurídico» estaría en esa circunstancia, pero lo mismo cabe decir respecto de los más convencionales cursos de Derecho Romano e Historia del Derecho, de obligatoria inclusión, con sesenta horas lectivas, en los planes y cuyo contenido bien cabe orientar según las propuestas más arriba realizadas.

Desde luego estas propuestas tienen como pie forzado la descripción que de las denominaciones realizan las Directrices: el «Derecho Romano» deberá tratar «el Derecho en Roma y su recepción en Europa»; la «Historia del Derecho Español», las «estructuras básicas y evolución del Derecho español». Forzada también la programación de estas materias en el (mal) llamado primer ciclo de la licenciatura, normalmente los tres primeros cursos de una carrera universitaria que, a lo que parece, seguirá mayoritariamente articulada en cinco años.

En lo que hace a la ubicación de las asignaturas históricas en los *curricula*, de cuanto antecede habrá quedado clara mi posición: conviene retrasar al máximo el momento de impartición de «Derecho Romano» e «Historia del Derecho», pues su justificación como introducciones o genealogías del derecho actual carece ya de función. Con rango de troncal existirá una «Teoría del Derecho», cuyo contenido será filosófico a juzgar por la previsión de especialistas que deben ejercer su enseñanza; la inclusión de esta asignatura basta para liberar, y pienso en «Derecho Romano» particularmente, las materias históricas de la propedéutica jurídica como finalidad a cumplir en el plan. Y correlativamente: su localización en Tercero (puesto que no es posible en Cuarto o Quinto) permite enseñar *interpretatio iuris*, con preferencia a la simple *notitia rerum praeteritarum* que solía entretenernos como docentes.

Una segunda observación. «Derecho Romano» e «Historia del Derecho Español» son las *denominaciones* de las materias troncales que nos interesan, pero conviene dejar claro que no se trata sin más, salvo opción en tal sentido de las Universidades al elaborar sus planes, de *asignaturas*. La regla tercera del Anexo I establece en efecto que «las Universidades asignarán la docencia

de las materias troncales y/o las correspondientes disciplinas o asignaturas ... a Departamentos»; en qué asignaturas se conviertan tales materias y bajo qué designación son asuntos del plan y, por su vía, de lo que los especialistas seamos capaces de proponer y defender. La responsabilidad colectiva no desaparece así por el mero dato de la troncalidad.

Estos filtros aplicados a las Directrices permitirán otorgar sentido a unos contenidos improprios dentro de su vaguedad, que son los establecidos por el legislador. Cuando los colegas italianos dan gracias al Cielo por la caída del adjetivo nacional en el nombre oficial de la asignatura, para nosotros, que en buena parte ya lo habíamos perdido <sup>143</sup>, resucita mediante la previsión troncal. Pero una «delimitación nacional de la historia del derecho» y al margen filosofías sólo es posible aceptar desde 1812: desde la definición con efectos jurídicos de una nación española, que produce y vive según Derecho español. La «Historia del Derecho español» es necesariamente una historia del derecho contemporáneo, que desde luego la tiene, aunque nuevamente nos movamos en tierra de leones.

La afirmación anterior merece algún desarrollo, pues se entiende, y bien legítimamente, que la tradicional delimitación nacional proyectada en un curso de historia jurídica supone simplemente la identificación de la línea evolutiva que conduce al derecho (nacional) en vigor. En este sentido se ha afirmado «que el derecho español sólo puede ser concebido como el resultado de la particular asimilación y recreación del derecho romano en el particular ambiente de la/s socieda/es peninsular/es que han conducido a la codificación» <sup>144</sup>, con lo que, además de situarse inevitablemente el derecho romano (más como «tradizione romanistica» que como «diritto romano storico») en el centro de la atención, se pretende retrotraer *docendi causa* la experiencia jurídica española actual para abarcar un anchuroso pasado lleno de episodios que hoy sabemos indiferentes en la formación de tal experiencia. Así entendido «lo español» como adjetivo de la «Historia del Derecho», la larga presencia musulmana o la conquista de América carecen de interés a efectos de nuestros cursos, por más que ocho siglos de vigencia del derecho musulmán en territorio que luego fue marco geográfico de la Nación española o la aventura del llamado «Derecho Indiano», en buena medida producido desde Castilla, suelen estar aún presentes en los manuales de la asignatura.

Eliminar lo musulmán o lo indiano de sus programas ya es

<sup>143</sup> Un ejemplo Plan vigente en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona, aprobado por orden de 12 de diciembre de 1984 (BOE de 4 de febrero de 1985)

<sup>144</sup> Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del Derecho* cit., I, pág. 65



un rendimiento positivo de la descrita «delimitación nacional», pero cabe todavía operar con criterios más rigurosos, sobre todo cuando el rigor viene reclamado por el Derecho. No hace mucho, en una reunión de historiadores hispanoportugueses convocada por colegas italianos se discutía sobre una «Hispania» y sus «derechos», de los «propios» a los «nacionales»<sup>145</sup>: ni el uso del latín para acotar una geografía política inaprensible ni la predilección por los plurales fueron fruto de la improvisación. Pues España, en términos jurídicos, tiene una muy reciente historia: como espacio con vocación de sujeto ha estado sometido a una particular evolución, que forzosamente resulta constitucional<sup>146</sup>; y todavía los datos del derecho positivo vigente, en particular la disposición adicional primera de la Constitución con su desarrollo estatutario, nos presentan a ese sujeto rodeado de peculiaridades.

No nos han de entretener tales peculiaridades, pues basta con subrayar que el proyecto subjetivo de España es la base mínima desde la que afirmar la existencia de un derecho español: los gentilicios tienen un sustantivo como referencia, que siempre les precede. España como realidad jurídica es el presupuesto de su Derecho.

En este punto de la argumentación habría que preguntarse si la intención de los autores de las Directrices ha sido en realidad reducir el contenido troncal de la historia jurídica a una historia del derecho de los siglos XIX y XX, pero conviene, antes de formular y dar respuesta a esa duda, plantearse la viabilidad científica de una historia con semejante contenido. Entre nosotros lo ha hecho Aquilino Iglesia, confesando, al iniciar uno de sus interesantes trabajos, no estar en condiciones de acometer el conocimiento del pasado cuando éste no es pasado, sino presente<sup>147</sup>, y no hace mucho se ha abordado la misma cuestión, con respuesta diferente, en relación al estudio del Derecho (alemán), público y privado, de la República de Weimar<sup>148</sup> y de la Dictadura nacionalsocialista<sup>149</sup>. Los escrúpulos de Iglesia se reducen, en definitiva, a un conocido postulado de la investigación en las llamadas Ciencias del Espíritu (Ortega hablaba más elegantemente de Hu-

<sup>145</sup> Cfr. Paolo GROSSI y otros (eds.), *Hispania. De los derechos propios a los derechos nacionales*, Milano, Giuffrè (= Per la storia del pensiero giuridico moderno, 34-35), 1990.

<sup>146</sup> Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional* cit., pág. 14.

<sup>147</sup> Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El Código civil (español) y el (llamado) derecho (foral) gallego», en Carlos PETIT (coord.), *Derecho privado y revolución burguesa* cit., 271-359, pág. 272.

<sup>148</sup> Dietmar WILLOWEIT, «Is eine Verfassungsgeschichte der Weimarer Republik als Rechtsgeschichte möglich?», *ZNR* 12 (1990), 186-197; Karl OTTO SCHERNER, «Gibt es eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Zeit?», *ibid.*, 198-204.

<sup>149</sup> Michael STOLLEIS (-Dieter Simon), «Vorurteile und Werturteile» cit., págs. 20 y ss.

manidades), cual es el distanciamiento del investigador en relación a su objeto, pero entender este postulado de forma radical conduce a resultados paradójicos, pues en el caso de Iglesia aparece formulado en un estudio monográfico de gran rigor que demuestra con su propia existencia la posibilidad de realizar una historia del derecho contemporáneo.

Si parece pacífico hoy el cultivo científico de la *juristische Zeitgeschichte*<sup>150</sup>, que sería por cierto una de las tierras desconocidas surcadas por leones<sup>151</sup>, ello se debe a la conciencia de la historicidad de las instituciones contemporáneas, de cuya génesis nos encontramos ahora temporalmente separados, aunque permanecemos inmersos en la experiencia jurídica nacida de la Revolución. Con referencia al caso de la historia constitucional, que para esa experiencia es definitorio, ha sido subrayado que «las categorías definitivamente constitucionales no han sido invariables. Las propias instituciones que pueden conservar una misma designación, como la Monarquía o como las Cortes... sufren transformaciones sustantivas a lo largo de esta historia. Ni la división de poderes las define: tampoco es constante ni siquiera como principio... La historia habrá incluso de guiarnos en cuanto a los contenidos de unos capítulos. Los mismos conceptos deberá introducirlos ella, cuidándonos de no anticiparlos ni retrotraerlos»<sup>152</sup>. La idea misma de una «evolución del constitucionalismo», que es «histórica», ya se sustenta en una periodización o determinación de modelos constitucionales con lógica y ser propios.

Cabe, pues, una «Historia del Derecho Español» entendida como historia jurídica de los siglos XIX y XX, que es desde luego lo que la exacta utilización del gentilicio sabemos exige. Ahora bien, ¿ha sido objetivo del legislador universitario introducir su docencia en los nuevos planes? La pregunta no es retórica, pues en Italia se ha defendido la conveniencia de destinar el mínimo obligatorio de enseñanzas históricas en planes de Derecho a «dar conto degli ultimi due-tre secoli di storia, fermando la propria attenzione su momenti cruciali ... ad esempio, la codificazione, la scuola storica, il ruolo delle dottrine francese e tedesca sullo sviluppo del diritto italiano dello Stato unitario»<sup>153</sup>, a lo que sin duda ya presta importante apoyo la vigencia académica de una

<sup>150</sup> Lo admitía incluso Hans THIEME, «Rechtsgeschichte und Zeitgeschichte», en *Discordia concors. Festgabe für Edgar Gonjour zu seinem siebzigsten Geburtstag am 21 August 1968*, I, Basel-Stuttgart, Helbing & Lichtenhahn, 1968, 225-238. Cfr. ahora Diethelm KLIPPEL, *Juristische Zeitgeschichte Die Bedeutung der Rechtsgeschichte für die Zivilrechtswissenschaft*, Gießen, Brühlscher, 1985.

<sup>151</sup> Michael STOLLEIS, «Hic sunt leones», págs. 258-259

<sup>152</sup> Bartolomé CLAVERO, *Manual de historia constitucional* cit., pág. 14

<sup>153</sup> Vincenzo DI CATALDO, «Appunti» cit., col. 113

«Storia delle costituzioni e delle codificazioni» con sus pertinentes materiales.

Mucho me temo que la respuesta sea negativa. En lugar de un uso riguroso del adjetivo «español» las Directrices han consagrado el tradicional, convertido antes en criterio espacial de determinación de las fuentes históricas del especialista que en acotación material de la experiencia jurídica de cuya historia se versa. La consagración inmotivada de las áreas de conocimiento vigentes al comienzo de la reforma tras el documento final, con la episódica desaparición del rango de materias troncales de «Derecho Romano», «Historia del Derecho y de las Instituciones» y «Derecho Eclesiástico del Estado» (nada digo de la «Economía Política»), apunta a una decidida voluntad de no cambiar demasiado la estructura de *disciplinas* de la academia jurídica.

Se niega así cualquier potencialidad reformadora a la reforma, aunque la necesidad de pronunciarse las Universidades sobre la ubicación de la(s) asignatura(s) histórico-jurídica(s) en la arquitectura del plan es un reducto para introducir novedades. En la misma sede decisoria se habrá de optar por otorgar un contenido contemporáneo a la «Historia del Derecho Español» o por cumplir bajo mínimos la exigencia de troncalidad situando ese contenido entre los que cubran las enseñanzas de historia jurídica, según viene haciéndose actualmente y sugieren los índices de los manuales al uso. Nadie, me parece, exigirá el respeto a una terminología probablemente usada abusivamente.

Si no deja de crear equívocos la «delimitación nacional» de la «Historia del Derecho» de cara a los futuros planes, tampoco su descripción material («estructuras básicas y evolución del Derecho español») ayuda a deshacerlos. Un punto se presenta como seguro: los autores de las Directrices han concebido la «Historia» bajo el signo cultural introductorio o propedéutico contra el que vengo argumentando. Las «estructuras» supongo se trata de las «instituciones»; pero han de ser las «básicas», lo que, pleonasmos aparte y unido a la exigencia de docencia de la «evolución», nos sitúa irremisiblemente ante un curso entendido como explicación elemental de las fuentes y las más importantes instituciones (las «jurídico-públicas», que son las que permiten ser expuestas junto a las fuentes y dan cuenta además de la producción de normas jurídicas). Lo ya sabido: ante la falta de estímulo institucional, sólo el sentido de la responsabilidad del docente y su compromiso para con la idea de renovación de nuestros vetustos programas deparará innovaciones.

No mucho más halagüeña es la comparecencia del «Derecho Romano» en las Directrices. De la descripción oficial de contenidos, «El Derecho en Roma y su recepción en Europa», resulta indiscutible que el legislador piensa en el «diritto romano storico»

de la luminosa clasificación de Riccardo Orestano y nada hay que objetar, salvo el silencio sobre la orientación histórica o institucional de la(s) futura(s) asignatura(s); sería asunto poco concluyente, pues en la tradición académica española se abordan «Historia e Instituciones», si no fuese porque la misteriosa referencia a la «recepción en Europa» apunta a un contenido, digamos, historicista del «Derecho Romano». La combinación de «Instituciones» («el Derecho en Roma») e «Historia» («su recepción en Europa») es una rebuscada posibilidad, de previsible nula incidencia práctica.

En parte «tradizione romanistica» y en parte, pero sólo en parte, «diritto comune», el estudio de la Recepción queda confiada a los romanistas, considerando su incidencia indiferente desde el punto de vista de la «evolución del Derecho español», encargada a otros especialistas (los historiadores del derecho). No hará falta recoger ahora el testimonio de Michael Stolleis, según el cual ningún romanista, salvo Franz Wieacker y Helmut Coing, puede aspirar a dominar toda la historia del derecho romano, desde la Ley de las Doce Tablas hasta el BGB<sup>154</sup>, porque, además de introducir matizaciones, en este contexto se convoca al especialista capaz de realizar una digna prestación docente y no al experto con conocimiento pleno de la larga *historia iuris romani*, condición que, hoy por hoy, con todos mis respetos a Coing, sólo ostenta Wieacker<sup>155</sup>. Ahora bien, si tenemos en cuenta la autodefinición de los romanistas españoles como dogmáticos habrá que concluir que la historia de la Recepción no será enfocada por ellos históricamente, pues lo que interesa al romanista es depurar los datos a partir de unos textos y proceder a plantearse y solucionar problemas jurídicos con base semejante. Podría pensarse en un curso de «formazione dei dogmi del diritto privato nel diritto comune», por recordar el viejo título de Emilio Bussi, pero me confieso muy escéptico ante posibilidad semejante.

No conviene multiplicar esta suerte de observaciones, que simplemente suponen la reducción al absurdo de los elementos de derecho positivo que costreñirán nuestro quehacer profesional en el futuro próximo. El desarrollo lógico de las Directrices al absurdo conduce, sobre todo si se proyectan sobre la realidad académica española. ¿Quién, además, controlará efectivamente el cumplimiento de los contenidos establecidos por el legislador? Ante una norma *minus quam perfecta* confíese al menos en la buena voluntad de los cazadores de leones.

CARLOS PETIT

<sup>154</sup> Michael STOLLEIS, «Hic sunt leones», pág. 263

<sup>155</sup> Autor, además de la *Privatrechtsgeschichte* cit., de una monumental y reciente *Römische Rechtsgeschichte Quellenkunde, Rechtsbildung, Jurisprudenz und Rechtsliteratur. Erster Abschnitt Einleitung, Quellenkunde, Frühzeit und Republik*, München, Beck, 1988