

UNA «HISTORIA» PARA DESPUÉS DEL CÓDIGO*

Je ne me préoccupe point, répondit mon père,
de courir après le vent pour en faire des provisions,
car, si je le tiens immobile, le vent n'est plus.
A. de Saint-Exupéry, *Citadelle* (1939-1944), LXXIX

Sumario: 1. Introducción.—2. Tres estrategias fracasadas.—3. Una estrategia distinta.

1. *Introducción*

Pienso que sobre los historiadores del derecho, al menos sobre los que trabajan en una facultad de derecho —entre los cuales me incluyo—, gravitan ciertas amenazas. Cuando hablo de amenazas, aludo obviamente a todas esas situaciones en las que pensamos cuando hablamos de «crisis» de nuestra materia. Y que por desgracia caracterizan desde hace tiempo la parte de nuestra actividad que dedicamos a la enseñanza, es decir, a la formación de futuros juristas. Todos conocemos estas situaciones, las tememos y sufrimos, cada uno a su modo. Por eso no es necesario enumerarlas aquí: baste decir que documentan por desgracia la progresiva exclusión

* Estas páginas siguen más o menos fielmente el *iter* al que me he atenido durante la intervención oral del 22 de junio de 2006. Ocasionalmente precisan los conceptos, desarrollan alguna formulación aproximativa, eliminan alguna redundancia y añaden algún argumento. Mi (único) deseo es que todo esto pueda hacer más persuasivo el mensaje que ofrezco. Sobre los temas aquí desarrollados vengo reflexionando en público desde hace tiempo, casi siempre a través de la escritura. Por este motivo, pero también para no abusar de las citas, me remito con frecuencia a trabajos míos, donde quien me lea encontrará fácilmente —si quiere— explicaciones complementarias y sobre todo referencias bibliográficas actualizadas. De todas formas —pese a la apariencia, que me desagrada, pero por la que no me dejo condicionar—, sé muy bien que sólo soy un aprendiz entre aprendices, en paz con todos los maestros; con los vivos y con los desgraciadamente fallecidos.

de toda dimensión temporal en los planes de estudio, lo que provoca inevitablemente la supresión de cátedras, seminarios e institutos, con imaginables consecuencias desagradables incluso para la investigación.

Estando así las cosas, parece comprensible la reacción de los interesados. Es instintivamente *garantista*, es decir, dirigida a salvar lo salvable. E igualmente instintivamente deja para el futuro —pero a decir verdad nunca concretado— toda discusión de fondo sobre el sentido de la orientación histórica en la enseñanza. Táctica quizá comprensible, decía, pero nunca realmente satisfactoria.

Cuando intentamos convencer a nuestros (por otro lado pocos y generalmente fuertes) interlocutores, lo hacemos incluso con estadísticas que elaboramos sirviéndonos de comparaciones históricas. En concreto, de los distintos reglamentos y planes de estudios que se han sucedido en el tiempo, revisamos el número de horas dedicadas a la enseñanza de una vaga «historia del derecho». De ese modo, conseguimos datos que relacionamos y en el previsible resultado de esta operación —tan elemental como problemática— leemos la dimensión (inevitablemente «catastrófica») del declive que tanto nos angustia. De esta manera nos hartamos de números y de cifras, los sacamos de su «contexto», los liberamos de sus vínculos, los sometemos a un ejercicio digno de un *jongleur*, que podrán satisfacer a un contable, pero que en realidad humillan a un historiador. Y demostramos de tal manera la verdad de cuanto decía al comienzo, es decir, que las amenazas —al menos parcialmente¹— las fabricamos nosotros. Pero, ¿por qué?

Porque quizá no hemos entendido bien todavía (o no queremos entender del todo) que incluso la expresión «historia del derecho» es vaga y polisémica, como tantas otras que afloran en nuestros razonamientos y que, sin precisar, propician equívocos y malentendidos. ¿Algunos ejemplos? «Derecho romano», «derecho natural», «derecho común»: quien habla sin precisar el significado concreto

¹ Aunque aquí me dedico a razonar sobre los errores (y a veces sobre los excesos) imputables a los historiadores del derecho, no pienso que de tal modo se pueda explicar completamente el origen y desarrollo de la «crisis» de nuestra materia. Se trata la mía de una incursión *conscientemente parcial*, que no pretende explicar todo y menos aún impedir una evolución desagradable pero por desgracia posible.

que poco a poco se le ha dado a estos términos² con frecuencia se refiere a cosas distintas con el mismo nombre³, se adentra así en un laberinto, del cual salen —si es que salen— sólo los más expertos o afortunados. Concretamente: incluso el significado preciso de «historia del derecho» entendida como materia del plan de estudios de los juristas depende del contexto discursivo. Por ejemplo, decir que en Castilla, Toscana o Sajonia del siglo XVI la historia del derecho, entendida como incursión retrospectiva dirigida a recuperar y valorar (por no decir precisamente «reciclar») las experiencias del pasado, era elemento constitutivo de la educación jurídica, es una afirmación completamente distinta que sostener que lo es todavía hoy, al comienzo del tercer milenio, en España, Italia o Alemania. Aunque ambas afirmaciones correspondiesen a la realidad⁴, aunque en dos épocas tan distintas la historia fuese (o sea) concebida como irrenunciable por ser constitutiva, *ciertamente no lo es por los mismos motivos y del mismo modo*.

No se trata de un gran descubrimiento⁵, pero tampoco de algo

² Sean bienvenidos por ello los intentos de favorecer el rigor conceptual y terminológico enumerando por ejemplo los distintos significados de un mismo término. Resulta meritorio R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, pp. 9, 455 [trad. *Introducción al estudio del derecho romano*, Madrid 1997], para la expresión «derecho romano». Análogo ejercicio para la locución «derecho común» puede verse ahora en A. Daniel, *Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts*, Berlin 2003, pp. 37 ss.

³ Son los casos, como se dice cada vez más frecuentemente, de «falsa homologación».

⁴ Aunque toda lectora y todo lector saben perfectamente que las reservas relativas a la situación actual son más que obligadas.

⁵ Ya lo había comprendido con claridad meridiana el gran (aunque olvidado) romanista y laboralista alemán, Philipp Lotmar, en un memorable escrito de juventud. En *Kritische Studien in Sachen der Contravindication*, München 1878, p. 31, se expresa así: «Des Weiteren zeigen uns die Römer, dass die Bearbeitung und Kenntniss der Geschichte eines Rechts nicht unter allen Umständen, sicherlich nicht unter allen Umständen in gleichem Masse Vorbedingung oder nur Hülfsmittel für die Kenntniss und Pflege eines Rechts ist. Zwischen Geschichte und Dogmatik besteht kein von der Beschaffenheit der Quellen und des Stoffes unabhängiger, stets gleich nöthiger und gleich weit reichender Zusammenhang. Daraus folgt

obvio. Nos incita más bien a razonar sobre el *contexto* de las dos situaciones: sobre el social y el político, ciertamente, pero sobre todo sobre el *textual*, estrechamente ligado al sistema de fuentes. Porque a él reenvía inevitablemente todo discurso sobre las materias que forman el plan de estudios. Desde este punto de vista me parece lícito distinguir dos periodos:

- el *antiguo* conocía la primacía del derecho común y de la ciencia que, a partir del siglo XI, lo había elaborado pacientemente. Culminaba en la *interpretatio* sapiencial, a la que asignaba la tarea de poner en armonía las dispersas y concurrentes fuentes inherentes al sistema⁶;
- el *moderno* celebra por el contrario la primacía de la ley, en su forma codificada, que es aplicada y no interpretada como se dice a veces, quizá simplificando demasiado y empobreciendo así el discurso.

Resulta por ello con clara evidencia un hecho fundamental: la *codificación* del derecho (entendida aquí como procedimiento) y su resultado, el código, aparecen —también en este específico asunto, como en otros tantos— como un punto de flexión. Hay un antes y un después. Son dos vidas, dos regímenes, dos contextos, dos estructuras políticas y sociales⁷, y por eso, incluso necesariamente, dos

aber, dass der Betrieb der Rechtsgeschichte durch das Bedürfnis, das geltende Recht verständlich zu machen, nicht schlechthin begründet werden kann». Me remito a este precioso párrafo, con el respeto y la admiración debida a un célebre miembro de mi facultad bernesa, en P. Caroni, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers. Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005, pp. 136-137.

⁶ A pesar de los años son imprescindibles las páginas redactadas por C. Petit y J. Vallejo en *La categoria giuridica nella cultura europea del Medioevo*, en *Storia d'Europa, III, Il Medioevo*, edición de G. Ortalli, Torino 1994, pp. 721-760.

⁷ Se trata sin embargo de un hecho en el que no solemos pensar; así, los defensores del retorno al antiguo sistema de fuentes (de quienes deberé decir alguna cosa) o lo ignoran (pero casi no puedo creerlo) o lo olvidan. Sobre él habla, insistiendo con razón, A. Cavanna, «La codificazione del diritto nella Lombardia austriaca», en A. De Maddalena, E. Rotelli, G. Barbarisi (editores), *Economia, istituzioni, cultura in Lombardia nell'età di Maria Teresa*, vol. III, *Istituzioni e società*, Bologna 1982, pp. 611-657, espe-

distintos modos de enseñar y de estudiar el derecho. Y así dos distintas razones de acudir a la historia y dos distintos modos de utilizarla para enseñar y estudiar adecuadamente.

En el *sistema de fuentes del derecho común* todo parece obvio y natural. La orientación histórica es determinante, es decir, literalmente *constitutiva*⁸. El sistema asigna a la historia, es decir, a un planteamiento intencionalmente retrospectivo, la tarea —preliminar, pero igualmente fundante— de establecer qué y cuál parte del derecho pasado está vigente y vivo todavía y por eso se aplica. Que es como decir: sólo el examen histórico permite identificar y circunscribir el derecho que hoy llamaríamos *positivo*. Esta máxima impregna el sistema, lo caracteriza, porque se sirve *vis-à-vis* de todas las fuentes, es decir, no sólo de las romanas (que son tendencialmente sapienciales) sino también de las otras, las máximas de origen consuetudinario⁹.

En el *actual sistema de fuentes* todo —incluso el papel de la historia— es menos evidente y nítido. El derecho positivo no se verifica por una investigación histórica, sino que se sanciona oficialmente por la autoridad política. Está dominado por la ley. Sostenida ésta por la sanción política, se enfrenta *de otra manera* con la historia. Si parece desautorizarla, no lo hace por una decisión previa, sino sólo como consecuencia de una opción constitucional. No es cierto que corte inevitablemente (*estructuralmente*) el hilo que hasta ahora la ligaba con el pasado. A su modo (es decir, menos visiblemente) lo reclama, quizá incluso lo revive. Y abre, de esta manera, un nudo de comunicación, en el cual todos todavía estamos atrapados, todos buscamos todavía una vía de salida. Nace precisamente así —como nos hemos

cialmente pp. 620, 629, 631. Del mismo modo P. Caroni, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano 1998, pp. 24-25, 56 ss., 108-109, 138-139 [libro que recoge entre otros trabajos las *Lecciones catalanas sobre historia de la codificación*, Madrid 1996].

⁸ P. Caroni, *Einsamkeit*, cit., pp. 135 ss.

⁹ He reflexionado sobre las consecuencias concretas de esta última afirmación en «*Sogar wenn Löwen sprechen könnten...*». *Überlegungen zur Einführung*, texto preliminar a una recopilación de intervenciones en un seminario bernés sobre *Gewohnheitsrecht und seine Vergangenheit*, Akten eines im Wintersemesters 1998-1999 durchgeführten Seminars, Bern 2000, pp. 1-11. Cito este texto, pero subrayo al mismo tiempo su carácter provisional y casi episódico.

habitado a llamarla— la *crisis* de la historia del derecho: de este comportamiento de la ley codificada con el pasado, tanto el remoto como el próximo. De este discreto *backward look* ni prioritario (como hasta ahora), ni excluido se evidencian dos hechos: que la época caracterizada por el dominio indiscutible del *método histórico* ha sido superada; que esto no prejuzga nada, y en absoluto sanciona una clausura drástica y definitiva. A nosotros nos ha tocado, una vez percibida la radicalidad del cambio ¹⁰, elaborar, favorecer nuevas soluciones, proponer nuevos vínculos. Sin embargo nos hemos quedado cruzados de brazos, hemos esperado que, a pesar de todo, fuese posible continuar como hasta ahora, predicando las mismas, cómodas certezas, repitiendo más o menos las mismas fórmulas e insistiendo —aquí radicaba la única novedad— sobre la *incidencia cultural* del conocimiento histórico ¹¹. Hoy, me parece, ya nadie nos cree. Finalmente se intentan nuevas estrategias. Las que conozco, y a las que aludo, son muy distintas entre sí, pero tienen algo en común. Todas han fracasado ¹². Es decir, ninguna ha conseguido bloquear la hemorragia de la materia, combatir eficazmente su marginación. Intentemos ahora, si es posible, comprender por qué.

2. *Tres estrategias fracasadas*

Estas nuevas estrategias tienen una matriz común, por eso las analizo en el mismo capítulo. Las tres nacen en respuesta al mismo interrogante. Que puede enunciarse así: *codificatur ut innoveatur?* Es decir: ¿qué relación crea (o tolera) el código con el pasado jurídico? ¿Lo confirma o reniega de él? La pregunta es tan antigua como elemental. Nunca ha perdido actualidad, cada generación la descubre y la replantea. Si todavía nos enfrentamos a ella con tanto empeño ¹³ es porque hemos percibido, poco a poco, su radicalidad.

¹⁰ Radicalidad que no permite realizar comparaciones demasiado formales con situaciones lejanas en el tiempo y que desaconseja elaborar estadísticas y deducir argumentos de peso.

¹¹ Resumen tales justificaciones en *Einsamkeit*, pp. 8 ss.

¹² Aunque no por los mismos motivos, lo que nos obliga a examinarlas separadamente.

¹³ Entre los que todavía niegan drásticamente el impacto innovador de los códigos cito, escogiendo entre muchos estos tres: H. Honsell, «Die

No es casual que debamos enfrentarnos a ella *también* cuando reflexionamos sobre cómo resolver la crisis de la historia jurídica.

a) La estrategia anticuaria

Quien vio en el código la voluntad de romper rotundamente todo vínculo con el pasado, una voluntad documentada incluso por el estatismo que manifiesta la ley, interpretó la transición —que fue larga, laboriosa y finalmente controvertida¹⁴— como la conclusión de un ciclo, el caracterizado por el valor instrumental de la historia. Libre ahora de la obligación de interpretarla desde la óptica del derecho positivo, *rechazado* en este sentido por el legislador, se dedicó (¿finalmente?) a investigaciones *puramente* históricas, es decir, como se decía habitualmente, *anticuarias*, retomando así un término ya usado por Savigny, que infundía un innegable escepticismo ante esta elección, comprendida en realidad como una desviación¹⁵.

Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik», en J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte. Hans Hatzenhauer zum 8. September 2001*, Heidelberg 2003, pp. 245-258; R. Zimmermann, «Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht», en R. Zimmermann (ed.), *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Hans Hermann Seiler zum 24. Dezember 1999*, Heidelberg 1999, pp. 1-39; H. Kooiker, *Lex scripta abrogata. De derde renaissance van het Romeinse Recht*, I, *De uitwendige Ontwikkeling*, Nijmegen 1996. Por el contrario, lo admiten sin reservas, por ejemplo, P. Caroni, «Quando si esaurisce il ciclo delle redazioni: l'emersione del codice nel XIX secolo», en A. Iglesia Ferreirós (ed.), *El dret comú i Catalunya*, Actes del XI Simposi Internacional Barcelona, 20-22 maig 2004, Barcelona 2005, pp. 283-301; P. Grossi, «Code civil: Una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica», en *Il bicentenario del Codice napoleonico*, Roma 20 dicembre 2004, Atti dei convegni Lincei 221, Roma 2006, p. 19-42.

¹⁴ He intentado reconstruir y comentar este *iter*, más bien largo y tormentoso, que abarca el problema de la enseñanza, como se debería deducir de este escrito, en *Saggi*, cit., pp. 165-199.

¹⁵ P. Caroni, «Il codice rinvitato. Resistenze europee all'elaborazione e alla diffusione del modello codicistico», en P. Cappellini-B. Sordi (eds.), *Codici. Una riflessione di fine millennio*, Atti dell'incontro di studio Firenze 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, pp. 263-307, en concreto pp. 279-280; Ídem, *Einsamkeit*, cit., pp. 129-130.

Así reaccionaron en Alemania con la entrada en vigor del BGB, es decir, después de 1900, afamados romanistas como Ludwig Mitteis, Leopold Wenger o Paul Koschaker¹⁶. Sus investigaciones, sobre todo las encaminadas a descubrir los restos de la presencia romanista en las provincias orientales del Imperio, continúan siendo memorables en la historiografía jurídica. *Salvaron* la investigación científica, le garantizaron un futuro. Pero tocaban un ámbito especializado, lejano a las aulas académicas. Si parece por ello un pretexto responsabilizar a estos maestros de una crisis abierta en realidad por los códigos —como desgraciadamente se hace, sin matizar adecuadamente¹⁷— al menos se puede contestar que, moviéndose en un plano totalmente extraño a las expectativas de los *prácticos*, condenaron sus investigaciones a la irrelevancia académica¹⁸.

b) La estrategia minimalista

Otros historiadores, quizá la mayoría, vivieron de manera menos traumática la transición. No negaron la realidad de la ruptura, pero tampoco vieron en el código una puerta herméticamente cerrada al pasado. Reivindicaron por ello para la historia, también dentro del nuevo sistema, un valor no solo decorativo o cultural, sino *también* práctico, y a su modo *operativo*: si ya no constitutiva, como sucedía en el sistema del derecho común, al menos auxiliar, o *subordinada*. Y se lanzaron a la investigación de casos concretos, en los que el código parecía dejar espacio a divagaciones históricas. Los tradicionales inventarios de estas situaciones¹⁹ han sido ampliamente superados por una colección de estudios preparada recientemente en Alemania y publicada con un título más que convincente: «La uti-

¹⁶ Sobre ellos, últimamente, sin ocultar la admiración que todavía tiene por sus obras, R. Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, cit., pp. 17-29.

¹⁷ Una nota crítica sobre esta orientación, que estimo unilateral, en *Saggi*, cit., pp. 170 ss. y *Einsamkeit*, cit., pp. 139 ss

¹⁸ Al menos sobre este detalle coincido con E. Bucher, «Rechtsüberlieferung und heutiges Recht», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* 8 (2000), pp. 394-543, en concreto p. 527.

¹⁹ Reunidos por ejemplo en P. Caroni, *Einsamkeit*, cit., pp. 8 ss

lidad práctica de la historia del derecho»²⁰. Las respuestas allí dadas a nuestras preguntas por conocidos autores pueden ser resumidas así: parece útil, hasta inevitable, acudir a una exploración histórica en *tres casos concretos*: en el ámbito de la interpretación histórica, para aclarar la voluntad hipotética del legislador; en el de la denominada reserva transitoria, de la que disfrutaban instituciones conocidas por el viejo derecho pero extrañas al codificado y por ello (sólo) provisionalmente toleradas; y finalmente, allí donde el derecho codificado renuncia a la unificación y remite a ordenamientos locales, con frecuencia consuetudinarios.

Dan ganas de decir: no es gran cosa. Se trata más bien de casos raros y excepcionales, donde a la historia sólo se le pide que facilite el conocimiento de una norma oculta que vegeta quizá fuera del ámbito legislativo pero que —todavía vigente— es aplicable. El problema es entonces el del saber si tal recurso esporádico a las luces del pasado basta para documentar la utilidad, justifica todavía la colocación de la historia entre las materias irrenunciables del plan de estudios jurídico. Hay quien duda²¹, y es difícil esta vez rechazar su juicio. Parece por eso lícito retener que los numerosos seguidores de esta *estrategia minimalista* se han resignado a obrar en la penumbra y casi justifican —actuando así— la invasión penalizante de quien concibe la historia como una materia tendencialmente obsoleta.

c) La estrategia maximalista

A muchos historiadores les disgusta esta resignación. No se contentan con ella, rechazan una presencia esporádica y casi humi-

²⁰ Se trata de la recopilación de escritos en honor de H. Hattenhauer, editada por el llorado colega J. Eckert y publicada en 2003 con el título *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*. La he reseñado detalladamente en un ensayo titulado: *Nutzlos, nützlich, notwendig. Welches Prädikat für das «problematische» Lehrfach?*, que será publicado en el primer fascículo de *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 29 (2007).

²¹ R. Zimmermann, «Gemeines Recht heute: Das Kreuz des Südens», en J. Eckert (ed.), *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, cit., pp. 601-627, en concreto p. 626. Comparte esta valoración G. Lingelbach, «Rechtsgeschichte als Immunschutz vor (allzu) Aktuellem», en la recopilación apenas citada, pp. 319-330, especialmente p. 329.

llante. Reivindican más bien que sea continua, sistemática, *estructural*. Sólo ésta puede aspirar a estar incluida *d'emblée* entre las materias canónicas del plan de estudios jurídico.

¿Quiénes son estos historiadores? Son aquellos a quienes, hace algunos años —suscitando la ira— llamé neopadectistas²². Numerosos y eficientes, rechazan las discusiones teóricas porque las consideran banales²³; pero en contrapartida ocupan una cátedra tras otra. Así, sin acertar demasiado. La premisa de su estrategia, que llamaré *maximalista*, deja al menos atónito: niega radicalmente la autonomía de los códigos, rechaza su carga innovadora, los considera como una etapa más del largo e ininterrumpido curso del viejo sistema de fuentes. Llenos como están de materiales históricos y sobre todo de máximas romanistas, los códigos —según ellos— remiten al concepto de *ius proprium*, es decir, de aquel derecho que el viejo sistema exigía interpretar, corregir y completar *según el derecho común*. Esta certeza permite a los neopandectistas recuperar *en conjunto* la vieja y célebre tradición sapiencial, valorarla en toda su extensión. Lo que significa elevarla a la categoría de una ciencia jurídica feliz de retomar, de ese modo, su papel de primera dama. Y en sustancia, reorganizar la enseñanza de la historia de conformidad con estas opciones, sobre el modelo —pienso— de cuanto Savigny enseñaba a sus estudiantes berlineses. ¿Qué opinar sobre ello?²⁴.

²² P. Caroni, *Einsamkeit*, cit., pp. 43 ss.

²³ Las llaman, eufemísticamente, «combates de trinchera». Las evitan, ya que advierten en ellas un descrédito para la disciplina. Mi respuesta a estas afirmaciones pueden leerse en *Einsamkeit*, cit., p. 170.

²⁴ Consideraciones críticas sobre este programa pueden verse, por ejemplo, en A. Mazzacane, «Il leone fuggito dal circo: pandettistica e diritto comune europeo», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 29 (2001), pp. 97-111; L. Lacchè, «Europa una et diversa. A proposito di ius commune europaeum e tradizioni costituzionali comuni», en *Teoria del diritto e dello Stato. Rivista europea di cultura e scienza giuridica*, 2003, pp. 40-71; J. Rückert, «Privatrechtsgeschichte und Traditionsbildung», *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), pp. 122-144; W. Wiegand, «Back to the future?», *Rechtshistorisches Journal* 12 (1993), pp. 277-284; Ed. Picker, «Rechtsgeschichte und Rechtsgeschichte», *Archiv für die civilistische Praxis* 201 (2001), pp. 763-859, en concreto pp. 851-859; G. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari 2000, pp. 307-312; A. Somma, *Temi e problemi di diritto comparato. II. Tecniche e valori nella ricerca comparatistica*, Torino 2005, pp. 119 ss. No faltan críticas desde el frente roma-

Hay que matizar. Hay que subrayar que muchas contribuciones de inspiración neopandectista merecen toda nuestra admiración por la vivacidad de las descripciones, por la construcción lógica de los argumentos, incluso por su elegancia formal. Ya lo he recordado otras veces²⁵, y hoy, pasados varios años, lo confirmo. En segundo lugar, no debemos detenernos en las exageraciones, contradicciones y deformaciones, en las que todos podemos incurrir²⁶. Dicho esto, debo afirmar —con la misma franqueza— que considero la premisa de todo el razonamiento al menos temeraria e inaceptable. Y esto, en mi opinión, condiciona sin remedio las perspectivas del programa didáctico que se nos reclama, por una serie de perplejidades y dudas que, con toda la buena voluntad, no alcanzo a eliminar. Intento resumirlas²⁷.

Para empezar: reconocer en los códigos sólo los elementos «históricos», que obviamente existen y que nadie rechaza; considerar-

nista: véase por ejemplo A. Guarino, en *Labeo. Rassegna di diritto romano* 44 (1998), pp. 253-255; Ídem, *Trucioli di bottega*, IX, Napoli 2003, pp. 28 ss., además de la intervención de Mario Bretone, que se citará. Interesa finalmente una documentadísima reflexión *ante literam* de R. Orestano, *Introduzione*, cit., pp. 455-511.

²⁵ P. Caroni, *Einsamkeit*, cit., pp. 44-45.

²⁶ A pesar de todo tienen el mérito de hacernos sonreír: así la interminable secuencia de *renaissances* y recepciones del derecho romano (que recuerdan a su modo al obstinado e incorregible ánade goethiano, sobre el cual ha razonado recientemente S.A. Fusco, «Continuità e discontinuità nell'esperienza giuridica romana», *Diritto romano attuale. Storia, metodo, cultura nella scienza giuridica*, 1 [1999], pp. 29-49), como también la simpática (pero quizá prematura) colocación de un brillante autor, como verdaderamente es Reinhard Zimmermann, en el elenco de los *zivilrechtliche Entdecker*. Véase en este sentido S. Mittelsten Scheid, «Reinhard Zimmermann und das römisch-kanonische Recht als Grundlage einer europäischen Zivilrechtsordnung», en Th. Hoeren (ed.), *Zivilrechtliche Entdecker*, München 2001, pp. 411-442 (incluso existieron romanistas que alimentaron dudas, véase C. Cascione, *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 30 [2002], p. 477). Las contradicciones, al menos las heredadas de Savigny, las admite muy honestamente incluso R. Zimmermann, *Heutiges Recht, Römisches Recht und heutiges Römisches Recht*, cit., pp. 10-14.

²⁷ He resumido los puntos fundamentales del diseño neopandectístico y he elencado los motivos de mi disenso, que sobre este punto es total, en *Einsamkeit*, pp. 43 ss., 117 ss., 149 ss.

los como la prueba de la pertenencia del código al área del derecho común. Todo esto me parece siempre y todavía una deformación gratuita e inútil, una visión paralizante «par une hypertrophie de la mémoire»²⁸ que además niega la evidencia, oscurece la incontestable novedad que aparece tras el código para quien no sólo mira, sino que también quiere ver.

En segundo lugar, me resulta muy difícil compartir el culto a la continuidad al que se dedica el neopandectismo. Sobre todo si la continuidad se queda (como sucede en muchos casos) únicamente en *correspondencias de palabras*. Y me molesta la consiguiente concepción de la historia jurídica como *comparación vertical*²⁹. Porque el pasado me resulta más bien tierra extranjera³⁰. Por este motivo — pido excusas— incluso cuando los historiadores del derecho se dan por satisfechos con ser «tireurs de conséquences»³¹, tomo distancia.

Por no entrar, *en tercer lugar*, en el hecho de que la sistemática referencia al pasado y sobre todo su *indiscriminada* valoración para colmar las lagunas del presente pueden incluso desagradar ya que denotan grave insensibilidad histórica³² y desvelan generalmente sin

²⁸ Así se expresa J. Carbonnier, «Le Code civil», en P. Nora (ed.), *Les lieux de mémoire*, II, *La nation*, Paris 1986, pp. 293-315, la cita está en la p. 313, nota 6.

²⁹ La practican con desenvoltura algunos autores en *Der praktische Nutzen der Rechtsgeschichte*, cit., pp. 124, 157, 158, etc.

³⁰ He intentado documentar esta convicción mía (que concretamente aparece en el título de la reciente novela de G. Carofiglio, *Il passato è una terra straniera*, 2004) en *Einsamkeit*, pp. 163 ss.

³¹ E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de droit naturel appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Paris 1830, I, § 114.

³² Quien considera el pasado una mina de la que se extrae a conveniencia, y sin demasiados escrúpulos, todo cuando se estima útil para el presente (como hace por ejemplo E. Bucher, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, cit., pp. 516, 526, 533, por otro lado emblemáticamente orgulloso de este «encuentro» con la tradición), no hace ciertamente obra de historiador. Lo han recordado, entre otros: M. Bretone, «La "coscienza ironica" della romanistica», ahora en *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 2004, pp. 235-251; J. Rückert, «Norm und Tradition. Ein Schlussbericht und einige Fragen», en P. Caroni-G. Dilcher (eds.), *Norm und Tradition. Welche Geschichtlichkeit für die Rechtsgeschichte?*, Köln-Weimar-Wien 1998, pp. 21-32, especialmente 24-25. La crítica a la desenvoltura con la que el pasado que le es útil resulta desmantelado, está resumida en el

piedad el carácter originario de la historiografía jurídica, el de haber nacido «al servicio de la legitimación del derecho oficial»³³.

Todo sería *finalmente* excusable y quizá incluso enmendable, si estas bellas teorías no oscurecieran —como lo hacen— una verdad incontestable. Hela aquí: que frente a todas las continuidades de este mundo, el silencioso transcurrir del tiempo de por sí cambia (también) el derecho, incluyendo el vigente. El tiempo deja poso cuando «transcurre» (y con mayor razón cuando «concluye»). Y lo hace sin llamar previamente a la puerta del legislador, sin pedirle permiso. «Transcurre» y cambia. No explicarlo a nuestros estudiantes, ocultarlo invocando continuidades imaginarias, describiéndoles el pasado como una ininterrumpida secuencia de renacimientos, esto en mi opinión destruye la credibilidad pedagógica del programa. Es imperdonable y condena sin más esta tercera estrategia.

Resumiendo: ninguna de las estrategias evocadas convence, por eso las he denominado fracasadas. Si las dos primeras no justifican una enseñanza orgánica de la materia, la última lo haría únicamente como hemos visto construyendo sobre la arena. Mejor dejarla pasar.

Y entonces, ¿qué hacer? ¿Resignarnos? ¿O por el contrario, ensayar, recorrer (si existen) otros caminos, descubrir nuevas estrategias? Quien esté dispuesto a responder afirmativamente a estas preguntas, debe darse prisa. Porque el tiempo concluye. Cuanto más nos alejamos de la entrada en vigor del nuevo sistema de fuentes que ha conferido al Estado en exclusividad la tarea de concretar el ámbito y las fuentes del derecho positivo, menos se toleran estrategias que —como hemos visto— ofrecen un flanco a las críticas (por otro lado justificadas). Urgen nuevas propuestas, capaces de resistir a la presión de las materias básicas. Pero ¿cuáles?

3. *Una estrategia distinta*

Para la óptica garantista, dirigida a la conservación de las estructuras actuales³⁴, lo que intento proponer resulta ciertamente poco

título de mis primeras anotaciones sobre el neopandectismo, publicadas en 1994: «Il naufragio della storicità», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994), p. 85.

³³ Así M. Sbriccoli en su intervención en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari,*

recomendable. Es mejor decirlo enseguida, para evitar equívocos. Me guía el deseo de incidir sobre la formación de los juristas, de liberarla de cualquier condicionamiento incómodo e injustificado, de hacerla más ágil y más atenta a las grandes fuerzas externas a la construcción dogmática. Con la esperanza de que en un futuro no demasiado lejano se aprecie al fin la contribución que a todo esto puede proporcionar la *docencia*.

Por eso era inevitable que, antes o después, esta elección mía chocase con la situación actual, sobre todo con la tradicional división de tareas entre historiadores: los romanistas por una parte, que se ocupan de la historia del derecho común, y los cultivadores de la historia jurídica nacional por otra, que elaboran la del relativo *ius proprium* (español, alemán, italiano, etc.). Una división que, como todos sabemos, se refleja en un número considerable de cátedras, de personal, de grupos de investigación, etc. Si mis propuestas miran a la enseñanza e ignoran tendencialmente el deseo de conservar *à tout prix* un orden tácitamente transmitido de generación en generación, pero nunca puesto en discusión en serio, las horas de este «dualismo» están contadas. Nunca lo pensamos, pero la evolución legislativa lo desaprueba. El derecho, *al codificarse*, ha terminado implícitamente con la contraposición histórica entre *ius proprium* y *ius commune*. ¿Por qué ignorarlo, como aún se hace? ¿Por qué no escribir finalmente la historia de esta etapa, como se ha propuesto tan frecuentemente como en vano³⁵?

prospettive, Atti dell'incontro di studio Firenze 6-7 novembre 1992, Milano 1993, pp. 117-133, la cita en p. 128. Otra prueba de lo discutible de la elección. Los ojos del neopandectista se fijan instintivamente en *aquellas* reglas del pasado que sirven «zur historischen Einordnung und Abstützung des von ihm anzuwendenden heutigen Rechts» (como augura explícitamente E. Bucher, *Rechtsüberlieferung und heutiges Recht*, cit., p. 527). Otros aspectos sobre este combatido argumento en *Einsamkeit*, cit., pp. 142 ss.

³⁴ Y que lo hace, hay que añadir, por motivos que merecen todo nuestro respeto.

³⁵ P. Caroni, *Saggi*, cit., pp. 191-199; Ídem, *Einsamkeit*, cit., pp. 70-71, 142 ss. Recientemente, en sentido análogo, L. Pahlow, «Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft. Zur Einführung», en L. Pahlow (ed.), *Die zeitliche Dimension des Rechts. Historische Rechtsforschung und geschichtliche Rechtswissenschaft*, Paderborn-München-Wien-Zürich 2005, pp. 9-24, especialmente 10-11. Si después los romanistas, que *de todas maneras* no renuncian a la tesis de la continuidad del modelo

De nuevo nuestro itinerario se cruza con la codificación. No es casual. Significa, si acierto en el análisis, que toda nueva propuesta docente tiene que enfrentarse con el concepto de código, apurar la estructura y las opciones de fondo, el impacto social, la carga innovadora. Sólo teniendo en cuenta todo esto —las respuestas que poco a poco sabremos dar a todos estos interrogantes— podremos avanzar propuestas válidas³⁶. Por mi parte me conformo con fijar algunos puntos esenciales³⁷.

a) Todo el derecho, incluido el positivo, es siempre «histórico»

Quién lo afirma sabe que el derecho no puede percibirse en sí mismo, en estado puro y absoluto, sino siempre y necesariamente en su dimensión temporal. El tiempo no es su contexto, es más bien algo connatural. En el tiempo se expresa, al tiempo está sometido, por el tiempo viene caracterizado, al tiempo viene confiado, al tiempo debemos referirnos para comprenderlo, debemos finalmente tener el tiempo en cuenta cuando intentamos concretar su mensaje. A todo esto se alude cuando se afirma que el derecho es por naturaleza «histórico». No en la acepción corriente de este predicado, es decir, porque sea remoto en el tiempo, quizá irremediabilmente obsoleto y, por ello, abandonado. Ni menos aún porque sea algo único, irrepetible o excepcional, como cuando se afirma que la llegada a la Luna fue un evento histórico. «Histórico», por el contrario, porque la temporalidad le es inherente, porque a través de ella se expresa³⁸.

romanista (así por ejemplo Th. Mayer-Maly, «Resultate, Probleme und Aufgaben der rechtsgeschichtlichen Arbeit im deutschen Sprachraum», en *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 62 [1994], pp. 47-59, en concreto p. 58), formulan la propuesta de terminar finalmente con este dualismo la cosa parece ligeramente contradictoria (y, comprensiblemente, carece de seguidores).

³⁶ He intentado comprender en qué dirección hay que mirar para entrever *el* concepto de código —del que me sirvo hoy para formular mis propuestas— en *Einsamkeit*, cit., pp. 154 ss. y sobre todo en el ensayo de 2005 ya citado en la nota 13.

³⁷ P. Caroni, *Saggi*, cit., pp. 187 ss., 197-199 e *Einsamkeit*, cit., pp. 158 ss.

³⁸ P. Caroni, *Einsamkeit*, cit., pp. 79 ss.

Entonces, ¿cómo no concluir que la historicidad del derecho, *in primis* la del derecho positivo, *debe* ser enseñada precisamente a quien se prepara para gestionarlo profesionalmente? Aunque hacerlo no es prerrogativa indiscutible del historiador, a él toca hacerse cargo especialmente de ello, máxime en ausencia de activas colaboraciones (posibles e incluso deseables, pero por desgracia escasas) de los colegas que se ocupan exclusivamente del derecho vigente.

b) Los dos significados de la historicidad del derecho positivo

«Historicidad» es un término ambiguo. Sirve incluso para caracterizar situaciones difícilmente compatibles³⁹. Como voy no obstante a utilizarlo, debo precisarlo. Para mí historicidad es *inherente a temporalidad*. Referida al derecho —que es nuestro caso— tiene un doble valor. En primer lugar la concibo como:

- *historicidad vertical* (es decir, diacrónica), ligada al hecho de que todo el derecho vigente viene confirmado por un pasado, por un *ayer* próximo o remoto. Es siempre un mensaje que llega del más allá, que envuelve y transforma a todos los destinatarios, haciendo de todos «hombres del pasado»⁴⁰. Este derecho positivo conlleva en sí el paso del tiempo, siempre está «actualizándose». Resulta ingenuo e imperdonable suponer que se nos confía como fue promulgado. Lo contrario es cierto (y obvio): el paso del tiempo —ya lo hemos visto— lo modifica. Puede suceder que, cuando nos alcance, sea irreconocible, como suce-

³⁹ Quien, por ejemplo, la utiliza para dibujar la continuidad romanística presumiblemente presente en las reglas de los códigos (a lo que tiende por ejemplo el razonamiento de H. Honsell, *Die Bedeutung des römischen Rechts für die moderne Zivilrechtsdogmatik*, cit., pp. 247, 249, donde se repiten textualmente locuciones aparecidas en un ensayo de 1986-1987, véase D. Simon [ed.], *Akten des 26. Deutschen Rechtshistorikertages von 1986 in Frankfurt a.M.*, Frankfurt a.M. 1987, pp. 299-310), disiente necesariamente del significado que estas páginas dan al término «historicidad».

⁴⁰ Así llama G. Husserl (*Recht und Zeit. Fünf rechtsphilosophische Essays*, Frankfurt a.M. 1955, pp. 58 ss.) a los jueces, «administradores» de los correspondientes mensajes. Pero nada impide extender el apelativo a todos los destinatarios de las reglas jurídicas.

de con un mensaje cifrado. Para descifrarlo debo razonar sobre su itinerario, sobre lo que le ha ocurrido durante su vigencia. Es decir: debo explorar el pasado. Al menos el que lo envuelve. A este primer aspecto se añade otro, más centrado en la

— *historicidad horizontal* (es decir, sincrónica), o sea, al contexto social, político, económico, cultural, al cual el derecho se refiere y del cual extrae su valor específico. Podría incluso decir: la historicidad horizontal incita a tomar en serio el *carácter social* del derecho⁴¹, muestra por ello que sería ilusorio querer determinar el significado concreto (es decir, actual) sin referirse a la red de esos valores a los que está constantemente sometido. Si después el mensaje, sobre cuya interpretación se discute, queda encerrado en una codificación *burguesa*, esta enseñanza se convierte en mandato. Para convencerse basta con reflexionar sobre todo lo que el legislador burgués aspiraba a alcanzar con la codificación del derecho. Frente al sofocante espacio de derechos-deberes del viejo derecho privado, intentó crear un espacio sustancialmente libre, donde las voluntades autónomas de los sujetos jurídicos actuaban prestando o no su consentimiento en la búsqueda de logros «compartidos» por todos los contendientes. Para lograrlo bastaba con atenerse a las pocas cosas realmente comunes a todos los destinatarios del mensaje codificador. Bastaba con separarlas preliminarmente de todos los aspectos (innumerables) no comunes que marcaban las diferencias. Solo estructurándose así el código podía, de verdad, dirigirse uniformemente a la «nación». Esto explica cómo la igualdad formal —el único aspecto imputable a todos por igual— se convirtió en la piedra angular de un código obviamente «igualitario». De una ley que, contrariamente a cuanto hacía el viejo derecho privado, ya no contemplaba, sino que se deshacía ahora de todo «el resto», es decir, de todas las situaciones que reflejaban la desigualdad entre los sujetos jurídicos. ¿Cómo? Elegantemente, casi imperceptiblemente, es decir, prescindiendo, haciendo simples abstracciones. Si los códigos burgueses se conforman con poco —como se dice con frecuencia— es precisamente porque son el fruto consciente de

⁴¹ Aquí obviamente en el sentido de *ubi societas, ibi ius*, que he especificado en *Einsamkeit*, cit., pp. 85 ss.

la *abstracción*. Quien pretenda valorarlos, destacar uno de los tantos mensajes que lanzan, hará bien en recordarlo. Es decir, en recuperar y tener en cuenta todo cuanto se ocultó, pudiendo apurar sólo así el valor iuspolítico de la regla que el código proclama. Más explícitamente: *la igualdad formal*, en torno a la cual se desarrolla toda la trama de los códigos, desvela su carga sólo si se vincula a la *desigualdad material*, cuidadosamente escondida entre los conceptos de la economía. Quien critica los códigos burgueses por propiciar la explotación de las contrapartes «desiguales», puede hacerlo sólo porque «ve» este vínculo y lo que discretamente permite⁴². El mensaje aportado por la historicidad horizontal podría resumirse de esta manera: si es verdad que el derecho está indisolublemente ligado a la sociedad en la que opera por vocación natural entonces resulta inevitable saber *cómo*: *cómo* (en qué condiciones) surge de ella, para desembocar en el código; y *cómo* (en qué condiciones) regresa a ella, para disciplinarla.

c) Recuperar para valorar

Enseñar que incluso el derecho positivo es histórico tiene un significado específico. Lo sitúa ante la realidad, orienta preliminarmente sobre el estado de la norma jurídica cuando llega al destinatario⁴³. Muestra que más allá de la engañosa (por impotente) apariencia, esta norma —considerada en sí misma, simplificada por la abstracción, modificada por el tiempo al que está sometida— es en realidad fragmentaria e incomprensible. Espera por ello que el destinatario reconozca su situación y la trate en consecuencia: que recupere su territorio y la sitúe en su contexto. Para llegar a ello resulta útil la «hermenéutica de la sospecha»⁴⁴, que no se contenta con las palabras sino que va más allá. Análogamente son útiles los

⁴² Sobre estos grandes temas, sólo enunciados en esta página, véase P. Caroni, *Saggi*, cit., pp. 21-37, 141-154; Ídem, *Einsamkeit*, cit., pp. 20 ss.

⁴³ Puede ser el juez que interpreta con vistas a su aplicación, el abogado que aconseja o patrocina, pero en el fondo también el *bonus pater familias*, a quien la ley interpela directamente.

⁴⁴ Véase la «Advertencia» a las *Lecciones catalanas sobre la historia de la codificación*, Madrid 1996, p. 14. Sobre el punto interesa también la aportación de M. Ferraris en *L'ermeneutica*, Roma-Bari 1998, p. 22.

destinatarios hambrientos del «resto», decididos por ello, primero, a perseguirlo y, después, a tenerlo en cuenta.

Pero, ¿cómo conseguirlo? No es difícil. Basta comprender —la tarea histórica lo facilita— que la regla jurídica, también la propuesta por el derecho vigente, *remite* implícitamente a una multitud de factores externos, *depende* de ellos, exigen que sean considerados adecuadamente. Interpretar desde esta óptica es una operación de recuperación y reagrupación. De entrada se refiere a la norma, pero para alejarse enseguida de ella. No teme la digresión, consulta encantada los *entourages*, explora meticulosamente los alrededores y otros parajes. Quien comparte estas certezas no se apresura a razonar sobre la elaboración de las reglas jurídicas, sobre lo que en alemán se denomina *Entstehungsgeschichte*. No rechaza su legitimidad ni la dignidad científica, pero la estima fundamentalmente estéril. En el código verá más bien, como he recordado varias veces, una «ossature sans chair»⁴⁵ que cada generación enriquece según los deseos expresados poco a poco por los grupos sociales dominantes sin excesivos escrúpulos e, incluso, sin demasiadas consideraciones por las aspiraciones del legislador⁴⁶. La historia del derecho, desde este punto de vista, no es ya la que se cierra con la sanción de la ley, sino la que comienza precisamente entonces⁴⁷. Es ciertamente más imprevisible y transgresora que la otra. También menos edificante. Y además no consuela a ninguno. Pero (al menos) no miente, quizá por ello tenga sus seguidores. Piden, cortésmente, mayor espacio en la enseñanza. Tienen toda la razón. Pienso que debemos ayudarles. En su ayuda escribo estas líneas.

⁴⁵ Así, J.-F. Laé, *L'ogre di jugement. Les mots de la jurisprudence*, Paris 2001, p. 215.

⁴⁶ Como bien saben los sociólogos del derecho. Véase, por ejemplo, E. Ehrlich, *Gesetz und lebendes Recht. Vermischte kleinere Schriften*, Berlin 1986, pp. 97; H. Lévy-Bruhl, «La méthode sociologique dans les études d'histoire du droit», en *Méthode sociologique et droit. Rapports présentés au Colloque de Strasbourg 26-28 novembre 1956*, Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg, 5 (1958), pp. 121-133.

⁴⁷ Es la denominada *Wirkungsgeschichte*, sobre su importancia me he detenido en «La historia de la codificación y la historia del código», en *Initium. Revista catalana d'història del dret* 5 (2000), pp. 403-431

d) Privilegiar el pasado próximo

Quien me ha seguido hasta aquí, con agrado o sin él, no se sorprenderá si ya concretando, como he hecho, la historicidad del derecho positivo, privilegio implícitamente el pasado próximo (*vis-à-vis* del remoto), el que confluye inmediatamente en el presente. La historia jurídica moderna viene revaluada, la de épocas más lejanas tendencialmente abandonada. Esta descompensación sería intolerable si enseñásemos en una facultad de historia, filosofía o magisterio. Donde *cada* época reivindica la atención que merece y las preferencias —impuestas por la concreta finalidad de la enseñanza— van quizá en otra dirección. Pero en el ámbito de las facultades de derecho pienso que se trata de algo inevitable. No se trata de ceder ante una moda o un *trend* causado por la «desaparición» del latín —como se ha observado maliciosamente—. Se refiere más bien a una evidencia: muestra que el horizonte de los destinatarios de nuestra enseñanza está y permanece en el derecho positivo, es decir, en el vigente. La *historicidad de este derecho* es el mensaje que debemos transmitir.

A quien objetase que sólo el estudio de un derecho remoto en el tiempo y en el espacio permite percibir la diversidad de la historia, ofreciendo el *recul* que sostiene la crítica⁴⁸, respondería que se equivoca completamente. No es necesario razonar sobre cosas ocurridas hace mil, dos mil años atrás, para registrar afinidades y diferencias, y extraer las consecuencias al caso. Quien examina el pasado, atento a señalar el reflejo de la historicidad, no tiene nece-

⁴⁸ Quien defiende la historia, poniendo en evidencia la función crítica, pero lo hace vagamente, es decir, sin precisar *premisas, métodos y objetivos*, camina en el vacío. Y a fin de cuentas le presta un mal servicio. Entre la «conciencia crítica» que evoca M. Talamanca (cito aquí por F. Mercoligiano, «Su talune recenti opinioni relative ai fondamenti romanistici del diritto europeo», *Index. Quaderni camerti di studi romanistici* 33 (2005), pp. 83-104, en concreto p. 85), la aludida por C. Schott («Juristenausbildung und Rechtsgeschichte. Gedanken zu Studienreformen», *Neue Zürcher Zeitung* 12, febrero 1992) o, finalmente, la referida por M. Stolleis («Gesucht: Ein Leitbild der Juristenausbildung», *Neue Juristische Wochenschrift* 2001, pp. 200-202) existen diferencias abismales. Sin olvidar el hecho de que, se conciba como se conciba, esta función crítica no parece gozar de demasiadas simpatías entre los colegas dedicados al derecho positivo.

sidad de semejantes acrobacias, se las deja encantado a los artistas. Sabe que con la comparación con el pasado reciente basta para comprender cómo el tiempo modifica, desde dentro y silenciosamente, el derecho.

e) Resumiendo: una estrategia inevitable, maximalista, realista

A los caminos recorridos hasta ahora, que —espero no equivocarme— estimo inapropiados (y en este sentido fracasados) contra-pongo la alternativa que me parece:

- *inevitable*, ya que reconsidera un aspecto no facultativo, contingente o decorativo, sino más bien *estructural* del derecho. Si la temporalidad es inherente al derecho, ignorarla o negarla resulta catastrófico y, en el contexto docente, imperdonable. Por el mismo motivo la alternativa resulta quizá;
- *maximalista*. Ofrece en efecto un parámetro de lectura, al que debe recurrir no sólo esporádicamente, sino *siempre* quien, ocupándose del derecho, aspire a «interpretarlo» correctamente. Recuerda así metafóricamente, esta bendita historicidad, a las lentes. Lentes sin las cuales el horizonte parece, *siempre*, un cristal esmerilado. Pero no llamo maximalista a esta alternativa mía en el significado hace un momento recordado⁴⁹. No niega la evidencia para salvar la continuidad. Aporta más bien un matiz;
- *realista*, porque después de haber reconocido sin reservas el carácter innovador del código explota con valentía las *chances* ofrecidas por la historia⁵⁰, no huyendo de la actualidad

⁴⁹ Véase *supra*, el apartado c del epígrafe segundo.

⁵⁰ Esta afirmación se refiere a una opinión citada frecuentemente, según la cual los códigos modernos, rompiendo toda relación operativa con el pasado, lo abandonaron (más o menos conscientemente) a una historiografía autónoma, como en verdad fue la de los anticuarios. Así fue normalmente entendida por muchos autores —incluso disidentes— que cito en *Saggi*, cit., pp. 166-167 y *Einsamkeit*, cit., pp. 60, 139. Nada impide de todas maneras interpretarla de otro modo, por ejemplo como una invitación a *explotar la oportunidad de otra manera, tan operativa (aunque diversamente)* como la suprimida por los códigos. Es lo que sugiero en *Einsamkeit*, cit., pp. 158-159, y lo que he intentado hacer en estas páginas.

(como hacen los anticuarios) ni contentándose con esporádicas suplencias (como los «minimalistas»). Si después analiza programáticamente el pasado, como de hecho lo hace, *no* es para buscar pruebas, raíces, causas, prefiguraciones o signos precursores —cosa que constituyen las aspiraciones de los seguidores de la continuidad, que he denominado neopandectistas—. Sino más bien esperando recoger motivos y estímulos para ilustrar las rupturas, evidenciar contrastes, colmar los silencios y justificar las reticencias; en una palabra: para explicar las derrotas e historiar los acontecimientos que siembran el *iter* seguido por el derecho actual.

Pio Caroni
Universidad de Berna
[Traducción de Manuel Martínez Neira]