

LA HISTORIA COMO CONSTITUCIÓN. A PROPÓSITO DEL NACIMIENTO DE UNA DISCIPLINA ACADÉMICA

MANUEL MARTÍNEZ NEIRA

Universidad Carlos III de Madrid

Sabemos bien, gracias al magisterio de Maurizio Fioravanti¹, lo que significó el Estado de derecho que se desarrolló en la Europa liberal a lo largo del siglo XIX: fue una doctrina contrarrevolucionaria, es decir, fundamentada en la crítica a la revolución: a la francesa y –también– a la americana². Estas revoluciones habían producido dos modelos constitucionales distintos: la constitución como norma directiva fundamental, en el caso francés; y la constitución como norma fundamental de garantía, en el americano. En ambos, los liberales veían, por un lado, un exceso de Estado en la sociedad (una

¹ FIORAVANTI, M.; *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, 1979; FIORAVANTI, M.; *Appunti di storia delle costituzioni moderne. Le libertà fondamentali*, Torino, 1991, 2.^a ed., Torino, 1995, traducido al castellano como *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, 1996, 5.^a ed., Madrid, 2007; FIORAVANTI, M.; *Stato e costituzione. Materiali per una storia delle dottrine costituzionali*, Torino, 1993; FIORAVANTI, M.; *Costituzione e popolo sovrano: la costituzione italiana nella storia del costituzionalismo moderno*, Bologna, 1998; FIORAVANTI, M.; *Costituzione*, Bologna, 1999, traducido al castellano como: *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días*, 2.^a ed., Madrid, 2007; FIORAVANTI, M.; *La scienza del diritto pubblico. Dottrine dello stato e della costituzione tra Otto e Novecento*, Milano, 2001; FIORAVANTI, M.; *Lo stato moderno in Europa: istituzioni e diritto*, Roma, 2002, traducido al castellano como: *El Estado moderno en Europa: instituciones y derecho*, Madrid, 2003.

² Las siguientes reflexiones sirven de marco interpretativo para un análisis sobre el significado que tuvo la historia del derecho en el momento de su eclosión académica. En esencia, son una lectura del capítulo tercero de la obra ya citada titulada *Los derechos fundamentales* que, al alcanzar su quinta edición en castellano, puede, con justicia, considerarse un clásico en su materia.

constitución que se impone como norma a la sociedad); y, por otro, un exceso de sociedad en el Estado (una constitución que se impone como norma al Estado soberano). De esta forma, ser liberal en la Europa posrevolucionaria significó empeñarse en ambas tareas, en dotar de autonomía a la sociedad y al Estado, es decir, en separarlos tajantemente. Lo que significó consagrar la división entre privado y público, y negar a los particulares capacidad para la política, que pertenecía en exclusiva al Estado.

En el fondo de este propósito latía la negación del poder constituyente. Una y otra revolución, ciertamente, habían entendido el poder constituyente de forma distinta: soberanía del poder legislativo, en el caso francés; rigidez constitucional, en el americano. Pero uno y otro asumían la teoría individualista como parte de su acervo y, así, ambas revoluciones –por motivos distintos– señalaban que la definición de los poderes constituidos dependía de la voluntad de los ciudadanos y no de un orden dado como sucedía en el antiguo régimen.

Los liberales europeos del siglo XIX se enfrentaron a esta valoración positiva del poder constituyente. Rechazaron tal eventualidad porque no podían aceptar que en la base de los poderes constituidos –es decir, del mismo Estado– se situase una voluntad popular que, como elemento subjetivo, pudiera cambiar arbitrariamente la definición de estos poderes. Emerge aquí la verdadera obsesión de estos liberales, la estabilidad, que recorre toda la parábola del Estado de derecho, desde su nacimiento, con el ocaso de la revolución, hasta su crisis, con la guerra del catorce, la denominada gran guerra o primera guerra mundial³.

Para restituir estabilidad a los poderes constituidos, los liberales reinventan el concepto de nación. En efecto, en la época de la revolución el término nación era equivalente al de pueblo. Ahora –en el sis-

³ Cómo no recordar aquí las lúcidas páginas que Stefan Zweig (ZWEIG, S.; *El mundo de ayer. Memorias de un europeo*, Barcelona, 2001, pp. 17 y ss.) dedica al mundo de la seguridad: “Si busco una fórmula práctica para definir la época de antes de la primera guerra mundial, la época en que crecí y me crié, confío en haber encontrado la más concisa al decir que fue la edad de oro de la seguridad. Todo en nuestra monarquía austriaca casi milenaria parecía asentarse sobre el fundamento de la duración, y el propio Estado parecía la garantía suprema de esta estabilidad”. Seguridad que desde otra perspectiva fue subrayada por Konrad Adenauer en sus memorias (ADENAUER, K.; *Memorias 1945-1953*, Madrid, 1965, p. 8): “Cuando hacía mi primer curso en la Universidad de Freiburg en el año 1894, todo parecía estar firme en la tierra. Nadie podía figurarse las conmociones que se sucedieron en los decenios siguientes”.

tema liberal— asume un significado nuevo, en polémica con la soberanía popular de la revolución francesa. Para los liberales, la nación ya no es el sujeto del poder constituyente. La nación es, por el contrario, una realidad histórico-natural, un producto orgánico de la historia. Se define como sucesión concatenada de generaciones, cada una de las cuales está obligada a tener en cuenta la herencia de las precedentes. De esta forma, en la base de las instituciones políticas ya no está el pueblo, sino la nación. Las instituciones son fruto de la historia y de la experiencia de una nación determinada. Tienen unos caracteres y no otros porque así han sido estructuradas por la historia, por la sucesión de generaciones.

Frente a lo que sucedió en América, el historicismo europeo pos-revolucionario “no sirve tanto para reforzar la autonomía de los derechos individuales frente a los poderes públicos cuanto para excluir del catálogo de los derechos individuales básicos el derecho de decidir, junto a los otros individuos, sobre los caracteres fundamentales de las instituciones políticas”⁴.

Esta doctrina europea del Estado liberal se codificó acabadamente en el último cuarto del siglo XIX gracias a la labor de la ciencia jurídica. Fioravanti subraya el protagonismo de tres juristas, Raimond Carré de Malberg en Francia, Georg Jellinek en Alemania, Vittorio Emanuele Orlando en Italia. A ellos, nosotros podemos añadir Adolfo Posada, que no por casualidad tradujo algunas obras de Jellinek. Aunque trabajaban en contextos político-constitucionales distintos, estos juristas comparten una misma interpretación de la revolución. El fundamento de esta interpretación descansa sobre un nuevo concepto de soberanía: el moderno. Sí, ellos se apropian de este término tan cargado de ideología, una palabra que no se refiere a lo actual sino que marca un antes y un después, este último con vocación de permanencia: lo antiguo ha pasado ya, lo moderno es el futuro.

Criticaron, así, a los revolucionarios porque se equivocaron y traicionaron la misma revolución. No fueron capaces de sustituir la concepción de soberanía propia del antiguo régimen, que era subjetiva, por una moderna, necesariamente objetiva. En realidad, la revolución no pretendía sustituir la soberanía del rey por la del pueblo, ésto fue un error. La revolución tenía que sustituir la soberanía del rey por la de la nación, es decir, por un dato objetivo, estructurado por la misma historia y, por ello, por encima de las contingencias políticas.

⁴ FIORAVANTI, M.; *Los derechos fundamentales*, cit. p. 106.

De esta forma, el Estado se revestía de estabilidad y los derechos de los ciudadanos aparecían seguros, protegidos de los embates revolucionarios.

En efecto, “si el Estado se fundamenta en la realidad histórico-natural de la nación, nunca podrá ser del todo libre en sus manifestaciones de soberanía, deberá tener siempre en cuenta la realidad objetiva de la nación, desde el momento en que aparece unida a su desarrollo histórico, en el nivel de madurez civil, política y económica que ha alcanzado”⁵. Es decir, la soberanía del Estado aparece vinculada a su civilización, y esa civilización –esa historia– delimita el ámbito de su actuación. Por eso no extrañará la afloración de tantas historias nacionales en esta segunda mitad de siglo XIX, con las que se pretendía definir los caracteres y demostrar la superioridad de una civilización⁶; ni la tajante división entre naciones civilizadas y no civilizadas, siendo las primeras las únicas dotadas de plena soberanía, por ejemplo en el concierto de naciones, con todas las consecuencias que esto traía para la expansión colonial⁷.

El liberalismo –que había rechazado las declaraciones de derechos, que sólo reconocía el derecho positivo del Estado– encuentra en la nación y su civilización el elemento que permite definir y garantizar los derechos de los ciudadanos frente a los poderes públicos. De manera que la historia aparece como la verdadera constitución, como el custodio de los derechos frente al posible arbitrio de la soberanía. Para los liberales, en efecto, la soberanía del Estado no podía estar limitada por un derecho distinto al estatal (derecho positivo estatal que se entiende como autolimitación de esa soberanía: el Estado que se limita a sí mismo), sólo puede estar limitada por la historia. De ahí que la búsqueda de las esencias nacionales en la historia se configuraba como una tarea constitucional.

*

¿Cómo no ver una relación entre esta doctrina contrarrevolucionaria y el nacimiento de la historia del derecho como disciplina universitaria autónoma? ¿No es en este contexto cuando en distintos

⁵ FIORAVANTI, M.; *Los derechos fundamentales*, cit. p. 123.

⁶ Para el caso español, resulta obvia la referencia a las distintas empresas de Antonio Cánovas del Castillo (entre otras como director de la conocidísima *Historia general de España*). Pero también interesa aludir a la tan aplaudida obra de Rafael Altamira (ALTAMIRA, R.; *Historia de España y de la civilización española*, 4 vols., Barcelona, 1900-1914).

⁷ TRUYOL Y SERRA, A.; *La sociedad internacional*, 2.^a ed., Madrid, 1993, pp. 56 y ss.

países europeos –pienso en Francia, Italia y España– apareció en los planes de estudios jurídicos una nueva cátedra dedicada a la historia del derecho? Si el límite de la soberanía estatal sólo estaba en la historia, era lógico que al propio Estado le interesase la formación histórica de los juristas y que promoviese distintas investigaciones de esta naturaleza⁸.

En efecto, si bien antes de la revolución francesa ya existía una enseñanza de la historia del derecho, ésta se encontraba unida a la del derecho patrio. Su función era la de facilitar el conocimiento de ese derecho, que se había ido formando a lo largo de los siglos. La revolución –auxiliada por la ciencia del derecho natural– intentó instaurar un nuevo orden jurídico, basado en la razón y no en el arbitrio del monarca. Esta nueva idea se plasmó en el código⁹, una fuente que rompía con el pasado, que al establecer la prohibición de heterointegración manifestaba su autosuficiencia y, así, dejaba sin sentido esa historia del derecho cultivada por humanistas e ilustrados¹⁰.

Sin embargo, tras la caída de Napoleón se produjo un rechazo del racionalismo jurídico y la proclamación de la naturaleza histórica del derecho. Esta polémica fue protagonizada con gran altura por Savigny en Alemania¹¹. Con ella se forjó lo que se denominó el método histórico, que tanto impactó en algunos juristas europeos coetáneos¹².

La difusión de este método y su evolución desbordan la centuria hasta entroncar con la Primera Guerra Mundial. ¿Cómo se desarrolló este acontecimiento y qué lectura constitucional podemos extraer de él? Conozco bien los casos italiano¹³ y español¹⁴, analicémoslos brevemente¹⁵.

*

⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, J. M.^a; *Heterodoxos españoles: el Centro de estudios históricos, 1910-1936*, Madrid, 2006.

⁹ GROSSI, P.; “Code civil: una fonte novissima per la nuova civiltà giuridica”, *Il bicentenario del codice napoleonico*, Roma, 2006, pp. 19-42.

¹⁰ CARONI, P.; “Una “historia” para después del código”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*, nº 9, 2006, pp. 297-318.

¹¹ SAVIGNY, F. K. von; *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Berlin, 1814.

¹² Así, por ejemplo, LERMINIER, E.; *Introduction générale à l’histoire du droit*, Paris, 1829.

¹³ MARTÍNEZ NEIRA, M.; “Sobre los orígenes de la historia del derecho en la universidad italiana”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad*, nº 7, 2004, pp. 117-154.

En la Italia preunitaria ya se cultivaba la historia del derecho, en concreto, la primera cátedra de esta disciplina la encontramos en una reforma de las universidades toscanas operada en 1840, en pleno debate sobre el *risorgimento*. Pero no en todos los territorios existía esta enseñanza ni tenía la misma extensión y orientación. Con la unidad, la ley Casati (1859) extendió esta materia progresivamente a todas las universidades del reino. En 1875, con el reglamento Bonghi, se consagra definitivamente como una enseñanza autónoma. En 1885 –interesa retener esta fecha–, con el reglamento Coppino, se crea una cátedra de historia del derecho romano y se convierte en bienal la historia del derecho italiano: la orientación historicista adquiere así su máxima extensión.

Desde el principio estaba clara su naturaleza contrarrevolucionaria, en el sentido aquí expuesto de rechazo del poder constituyente. Así, en 1850, el ministro austriaco von Thun ordenó una reforma del sistema universitario del Imperio, para acercarlo al régimen de libertad de estudio propio del modelo alemán. El nuevo plan de la facultad de derecho sustituía la enseñanza del derecho natural por la historia del derecho alemán, con ello se pretendía dar una formación conservadora y antirrevolucionaria, es decir, formar juristas leales. Para las provincias de Lombardía y Véneto, la historia del derecho alemán se sustituyó por una historia del derecho italiano según los cánones de la escuela histórica alemana. Se trataba de una visión opuesta a la pretensión de Portalis, que quería ordenar la sociedad con su voluntad, como si bastase querer para poder y decretar para realizar. Por el contrario, había que considerar la ley de la continuidad: el derecho muestra la fuerza del tiempo, la experiencia acumulada de generaciones; la “Storia ci disvela i segreti fondamenti delle

¹⁴ MARTÍNEZ NEIRA, M.; “Los orígenes de la historia del derecho en la universidad española”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad*, nº 3, 2000, pp. 71-164; MARTÍNEZ NEIRA, M.; “Hacia la madurez de una disciplina. Las oposiciones a cátedra de historia del derecho español entre 1898 y 1936”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad*, nº 5, 2002, pp. 331-458; MARTÍNEZ NEIRA, M.; “Los catedráticos de la posguerra. Las oposiciones a cátedra de historia del derecho español en el primer franquismo”, *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de estudios sobre la universidad*, nº 6, 2003, pp. 135-219.

¹⁵ Aunque he podido trabajar con Adela Mora sobre uno de los protagonistas de la historia del derecho en Francia –MARTÍNEZ NEIRA, M. y MORA CAÑADA, A.; “La historia del derecho de Lermínier”, en prensa (se publicará en el libro homenaje a Mariano Peset que prepara la Universitat de València)–, no cuento con los conocimientos suficientes para mostrar aquí una síntesis, pues se trata de una incursión mucho más limitada. Por otro lado, el papel desempeñado por Savigny, y así por la historia del derecho alemana, ha sido puesto de relieve por Fioravati.

costituzioni dei popoli”¹⁶. Esta historia del derecho aparecía así como el mejor correctivo contra las “peligrosas” construcciones arbitrarias inventadas por especuladores sobre bases racionalistas¹⁷.

Pero será a finales del siglo XIX, precisamente en torno a 1885, cuando los “beneficios” del método histórico se hicieron sentir con fuerza. Este método hizo comprender que el derecho no era una ciencia teórica, sino un proceso orgánico y natural que crece y se desarrolla como los idiomas, las religiones y la literatura¹⁸. El derecho no surgió como Atenea de la cabeza de Júpiter, no es una norma absoluta o una institución genérica, sino un organismo producto de una serie de hechos y de experimentos, ligado a la sociedad, a los usos, a las costumbres, a la misma constitución de cada nación, a los lugares: carece por ello de una existencia aislada e independiente.

Así, con el derecho sucedió lo que ya se había verificado en la reconstrucción de otras realidades sociales, es decir, la historia fue declarada el único campo de investigación metódica y la jurisprudencia fue considerada como una ciencia específicamente histórica¹⁹. Por lo tanto, gracias a la historia el derecho se convirtió en ciencia positiva. Desde entonces la historia del derecho dejó de considerarse un instrumento auxiliar para convertirse en base del derecho.

Además, por influencia de Alemania, los historiadores del derecho habían dado gran importancia al elemento germánico en el desarrollo del derecho italiano²⁰. En parte se debía a una cuestión mera-

¹⁶ SCLOPIS, F.; *Storia della legislazione italiana*, vol. 2, *Progressi*, Torino, 1844, p. vi.

¹⁷ BESTA, E.; *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova, 1926, p. 1.

¹⁸ SALVIOLI, G.; “Il metodo storico nello studio del diritto civile italiano. Prolusione al corso di storia del diritto nell’Università di Palermo”, *Il circolo giuridico. Rivista di legislazione e giurisprudenza*, n° 16, 1885, pp. 83-105.

¹⁹ CUTURI, T.; “Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano”, *Archivio giuridico*, n° 39, 1887, pp. 269-309.

²⁰ Fue Francesco Schupfer el máximo defensor de la influencia del elemento germánico en el derecho italiano, véase, sobre todo, SCHUPFER, F.; *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all’Italia*, Città di Castello, 1907-1909. Su discípulo Nino (Giovanni) Tamassia se hizo eco en un primer momento de esas teorías: TAMASSIA, N.; *L’elemento germanico nella storia del diritto italiano. Prolusione al corso di storia del diritto italiano*, Bologna, 1887; ahora en TAMASSIA, N.; *Scritti di storia giuridica*, I, Padova, 1964, pp. 1-14. Como Tamassia puso de manifiesto, ya Vico y Muratori llamaron la atención sobre el desarrollo continuo de las instituciones y, por ello, sobre la necesidad de estudiar el derecho bárbaro para comprender la historia del nuevo pueblo italiano. La escuela histórica que surgió de la oposición alemana a las armas y a las leyes francesas fomentó el orgullo nacional de estudiar un derecho propio. Así, junto a los estudios de derecho romano aparecieron los de derecho germánico, y se habló de la unidad primitiva de la gran estirpe aria.

mente académica: el derecho romano y su historia pertenecían a otra materia, a los romanistas. Así, el derecho germánico aparecía como la base del derecho italiano, y por ello generalmente los manuales de esta disciplina comenzaban con un capítulo dedicado a ese ordenamiento jurídico²¹. La historia posterior se resolvía en una lucha entre ambos elementos, es decir, entre romanismo y germanismo.

En esta encrucijada aparecieron las teorías de Brunner (1880) y Mitteis (1891) sobre la existencia de un derecho vulgar²². Esta interpretación permitió a los estudiosos italianos realizar un nuevo examen de las instituciones medievales. Ya desde 1885, Del Giudice y Tamassia advirtieron en el derecho longobardo la influencia de un derecho romano popular, que hasta ese momento se había identificado con derivaciones del derecho germánico²³. Comenzó así a considerarse la existencia de un derecho vulgar como elemento constitutivo del derecho italiano, lo que restaba claramente protagonismo al derecho germánico. A esta orientación contribuyó el estudio de documentos del sur de Italia, territorio que no había tenido influencia germánica y en los que se encontraron instituciones hasta ese momento tenidas como tales. Un elemento vulgar que algunos interpretaban como una pervivencia de una conciencia jurídica anterior a

²¹ BESTA, E.; "Fonti: legislazione e scienza giuridico. Dalla caduta dell'impero romano al secolo decimoquinto", en VV. AA.; *Storia del diritto italiano*, dirigido por P. Del Giudice, vol. 1-1, Milano, 1923.

²² BRUNNER, H.; *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*, Berlin, 1880. Estudiando algunos documentos italianos, identifica a comienzos de la edad media una serie de desviaciones respecto al derecho romano oficial, que califica de errores y denomina derecho romano vulgar.

MITTEIS, L.; *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891. Estudió algunos documentos greco-romanos de la península balcánica y precisó la existencia de un derecho indígena junto al derecho romano oficial. No se trataba de una interpretación errónea de éste, no era derecho romano sino la expresión directa de un derecho popular.

²³ TAMASSIA, N.; "Il diritto nella vita italiana. Prolusione al corso di storia del diritto italiano nella R. Università di Pisa", *Archivio giuridico*, n° 40, 1888, pp. 40-56; ahora en TAMASSIA, N.; *Scritti di storia giuridica*, I, *cit.*, pp. 15-29. Aquí reivindicaba el protagonismo del derecho romano en la civilización occidental, y cómo del enfrentamiento entre el elemento romano y germánico nació un nuevo derecho, que se vio enriquecido por la acción de los glosadores y los humanistas. A imitación de la escuela histórica alemana, en Italia la historia del derecho estudiaba con amor –decía Tamassia– las huellas del derecho nacional e intentaba reconstruirlo. Por ello concluía que la obra de la historia del derecho era digna de las aspiraciones nacionales, y respondía en todo a las grandes tradiciones de la patria. Aquí descansaba, en su opinión, la preferencia por la edad media, el periodo que abarcaba las tradiciones, las instituciones que estaban ligadas a la grandeza del pueblo.

Roma, que Roma no había podido modificar y que ahora en el medioevo renacía gracias a las nuevas condiciones sociales y políticas²⁴. Un elemento popular, que por ello era denominado elemento italiano, producto del espíritu y genio nacionales²⁵.

De esta manera, el derecho italiano adquiriría su independencia, ya no bastaba para su explicación la simple enumeración de los elementos romano, germánico y canónico, era necesario tener en cuenta el elemento italiano que había transformado las influencias posteriores²⁶:

Riconoscendo al diritto italiano una sua propria figura storica, distinta dai suoi elementi costitutivi, provvista di una sua intima anima, commossa da vicende tutte sue proprie e caratteristiche; rivendicando al diritto italiano vigente la sua diretta continuità col passato che solo spiega e giustifica la maggior parte degli istituti attuali [...]

Los defensores de la primacía de este elemento constituyeron así la escuela histórica nacionalista, en oposición a las romanista y germanista existentes hasta entonces²⁷. Y esta nueva escuela puede decirse dominante hasta la gran guerra y la llegada del fascismo, a pesar de las críticas que recibió²⁸. La formación de una Italia unitaria

²⁴ BESTA, E.; "La persistenza del diritto volgare italico nel medio evo", *Rivista di legislazione comparata*, n° 1, 1903; BESTA, E.; *Aviamento*, cit. p. 38.

²⁵ SOLMI, A.; "Gli elementi costitutivi del diritto civile italiano", *Temi Emiliana*, n° 7, 1929, consulto una separata con paginación independiente. Solmi decía que el derecho itálico era una formación del medioevo. Y Giampiero Bognetti negaba que estuviese constituido por restos primitivos: era un sistema en movimiento penetrado de una casi mística virtud de la stirpe.

²⁶ SOLMI, A.; *La funzione pratica*, cit. pp. 262 y ss. Idea que fue recurrente en su magisterio, así, SOLMI, A.; *L'unità fondamentale della storia italiana*, Bologna, 1926 (el opúsculo reproduce un discurso pronunciado en presencia del primer ministro italiano). El elemento romano sería dominante en esta formación unitaria. En esta dirección ya se habían pronunciado Sclopis (SCLOPIS, F.; *Storia*, I, 1863, p. 44) y Giuseppe Maranini (MARANINI, G.; "Il diritto romano nella storia del diritto italiano", *Archivio giuridico*, n° 86, 1921). Desde otra perspectiva: BRANDILEONE, F.; "Il diritto romano nella storia del diritto italiano. Prolusione letta il 5 marzo 1921", *Archivio giuridico*, n° 86, 1921, pp. 6-36.

²⁷ ROBERTI, M.; "Gli elementi del diritto italiano e la scuola storica nazionalista. Prolusione letta nell'aula magna della R. Università di Siena", *Studi senesi*, n° 30, 1914, pp. 305-333.

²⁸ Así, Francesco Brandileone (BRANDILEONE, F.; *Il diritto romano*, cit.) denunciaba la imitación acrítica que los investigadores italianos desarrollaban ante todo lo que venía de Alemania, y hacía ver que tanto la teoría del germanismo como la del elemento vulgar –ambas de procedencia alemana– respondían a intereses ideológicos de esa nación, en un intento de ensalzar la civilización germánica por encima de cualquier otra.

Tampoco faltaban defensores de las antiguas concepciones, así, SCHUPFER, F.; *I semplicisti nella storia del diritto*, Roma, 1916.

encontraba así un anclaje para su derecho nacional, como había sucedido con otras manifestaciones de su espíritu²⁹. Y también en el campo jurídico éste se situaba fundamentalmente en el periodo que corre entre los siglos XII y XV, cuando se formó el derecho común, que al expandirse por Europa hacía patente la superioridad de la civilización italiana³⁰.

La historia del derecho pasaba a tener así una clara función constitucional³¹. En efecto, en este contexto se afirmaba que la función práctica de la historia del derecho italiano consistía en la reforma y reconstrucción del derecho nacional³². Es decir, junto a un deber científico que se concretaba en el conocimiento positivo del derecho italiano³³, la historia del derecho italiano era la encargada de indicar las formas claramente nacionales, de unir las al ambiente social, de preparar la reforma de algunas instituciones para que respondiesen mejor al genio jurídico del pueblo italiano. Una tarea en la que el historiador estaba llamado a trabajar junto al jurista.

*

Si miramos ahora a España, vemos cómo también aquí se reprodujo ese discurso, aunque con menos erudición y elegancia que en las tierras italianas, con menos altura científica. El pensamiento contrarrevolucionario se estructuró ya en la primera mitad del siglo XIX

²⁹ En efecto, la unidad política abría el amplio campo de la búsqueda de las esencias nacionales. Así, se planteó el problema de una arquitectura nacional. En este debate, Boito propuso adoptar el estilo de la arquitectura medieval, es decir, la de la Italia de los *comuni* como fundamento de la imagen de la Italia unida. BOITO, C.; "Lo stile futuro dell'architettura italiana", en ID.; *Architettura del Medio Evo in Italia*, Milano, 1880.

³⁰ SOLMI, A.; *La funzione pratica*, cit., pp. 266 y ss. Besta verá además en la autonomía de lo jurídico frente al Estado la existencia de este verdadero derecho italiano en una Italia no unificada (BESTA, E.; *Avviamento*, cit., pp. 19 y ss.). Véase también ZAPPALÀ, B. C.; *Autorità degl'italiani sulla scienza del diritto*, Catania, 1862 (Zappalà era profesor encargado de *Introduzione generale alle scienze giuridiche politico-amministrative i storia del diritto* en la Universidad de Catania).

³¹ Tras la unificación política se hizo necesario investigar y reconstruir la unidad jurídica, y pronto las historias de los derechos de los antiguos reinos fue sustituida por la historia del derecho italiano: "Programma", *Rivista di storia del diritto italiano*, nº 1, 1928.

³² SOLMI, A.; *La funzione pratica*, cit.

³³ Solmi afirma que la decadencia y ruina de un edificio político y jurídico verdaderamente admirable y acabado, como era el derecho romano, permitían continuar la historia de sus fragmentos, que fueron cimiento de una nueva civilización, de un nuevo derecho, junto a otros elementos nuevos traídos de distintas fuerzas sociales. Esta complejidad hacía perfecto el campo científico de la historia del derecho italiano.

en torno a la difusión del derecho administrativo francés³⁴. Elocuentes resultan estas palabras de Posada Herrera³⁵:

No querría yo tampoco crear un Poder constituyente, como se ha querido suponer. ¿Cómo había de querer yo crear otro Poder que tal vez no tuviera existencia tan legal? Esto no podía caber en mi cabeza. No se ha dicho que para reformar la Constitución se revistan los Poderes del estado del carácter de Poder constituyente, siempre temible, siempre peligroso, y que expone al país a grandes trastornos”.

Desde 1883 encontramos una cátedra autónoma de historia del derecho en las facultades jurídicas. Con anterioridad –desde los planes ilustrados que aparecieron en el reinado de Carlos III– ya existía la enseñanza de esta materia, unida a la del derecho patrio. Su función era la de facilitar el conocimiento de ese derecho, que se había ido formando a lo largo de la historia, desde las leyes visigodas en adelante.

Con este mismo sentido, sin solución de continuidad, encontramos esta materia en los primeros planes liberales, desde el arreglo de 1820 en adelante. Por eso su contenido respondía más bien a una historia de la legislación en la que se analizaban cronológicamente las leyes (su formación y su contenido) que se habían sucedido en Castilla fundamentalmente.

Sin embargo, cuando en 1883 adquiere su carácter autónomo cambia también su significado. ¿Cuál resultó ser su nueva función? Si nos atenemos al precepto legal, al Real Decreto de 2 de septiembre que creó estas cátedras, se trataba de “una historia general del Derecho español, que permita a los Profesores de sus diversas ramas entrar desde luego en el estudio interno de éstas, y concluir, por lo tanto, la asignatura que les está encomendada”. Es decir, nos está indicando que el estudio del derecho se hacía desde una perspectiva histórica, pues los profesores de las distintas ramas jurídicas dedicaban tanto tiempo a la historia que podían no concluir el contenido de su materia específica. Pero unificar una enseñanza que hasta ahora aparecía fraccionada y dispersa, dotarla de un estatuto epistemológico propio, con su cuerpo docente, significaba algo más, era –opino– reconocer una función que venía desempeñando y que se quería po-

³⁴ MARTÍNEZ NEIRA, M.; “Relevancia del derecho administrativo francés en la educación jurídica española”, en <http://www.forhistiur.de/zitat/0505neira.htm>.

³⁵ POSADA HERRERA, J.; “Discurso”, *Diario de sesiones*, 12 de noviembre de 1844; ahora en ID.; *Veinticinco discursos y un prólogo*, Oviedo, 1997, p. 138.

tenciar. En una Europa liberal donde el código civil tenía valor constitucional y en una España que carecía de él, resulta fácil colegir que se buscaba en la historia esa función ordenadora³⁶.

Por eso Sánchez Román, hablando de la enseñanza del derecho civil español, pudo afirmar que a su juicio era “indispensable un previo estudio histórico de la legislación civil española”³⁷. No era sólo un instrumento episódico, pues tras la aprobación del código civil siguió subrayando esta función: el legislador necesitaba la historia para legislar y el jurista para el conocimiento del derecho³⁸. De un derecho civil que era entendido como la “ley constitutiva de la familia y de la propiedad”³⁹.

Los estudiosos españoles, como sus colegas italianos, hablaron de elementos. También aquí se partía de un elemento romano y otro germánico, a los que se referían –siguiendo a Sempere⁴⁰– Planas⁴¹ o Falcón⁴². Pero fue Barrio quién habló de elemento autóctono⁴³ y, por ello, Altamira dedicó gran importancia a los pueblos primitivos⁴⁴.

Quizás las siguientes palabras de Ureña, pronunciadas en su famoso discurso de 1906, puedan darnos algo de luz:

“La unidad nacional alemana, aún habiendo encontrado fuerte base política en los triunfos militares y diplomáticos de Prusia, no hubiera podido ser consolidada, ni llegado a fundir las múltiples legislaciones de sus diversos Estados en un Código Civil, sin el perfecto

³⁶ Así, Falcón no concebía la formación de un jurista sin una historia del derecho civil en España. A las razones comunes, añadía la existencia de la legislación foral en España y la falta de codificación. FALCÓN, M.; *Historia del derecho civil español, común y foral*, Salamanca, 1880.

³⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, F.; *Estudios de ampliación del derecho civil y códigos españoles*, 5 tomos, Granada, 1879 y ss.

³⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, F.; *Estudios de derecho civil e historia de la legislación española*, 2.ª ed., tomo 1, Madrid, 1899, p. 76.

³⁹ FALCÓN, M.; *Exposición doctrinal del derecho civil español, común y foral*, Salamanca, 1878.

⁴⁰ SEMPERE Y GUARINOS, J.; *Historia del derecho español*, Madrid, 1822.

⁴¹ PLANAS Y CASALS, J. M.ª; *Memoria sobre las fuentes de conocimiento y método de enseñanza de la asignatura de Ampliación del derecho civil y códigos españoles*, Barcelona, 1873.

⁴² FALCÓN, M.; *Exposición*, cit.

⁴³ BARRIO Y MIER, M.; *Historia general del derecho español. Contestaciones al programa de dicha asignatura de conformidad con las explicaciones del catedrático*, Madrid, 1894.

⁴⁴ ALTAMIRA, R.; *Historia del derecho español. Cuestiones preliminares*, Madrid, 1903.

conocimiento de su estirpe étnica y de su transformación evolutiva, producto aquel de los grandes trabajos histórico-jurídicos, de largo tracto, elaborados y desenvueltos principalmente en sus Universidades”⁴⁵.

Y añade.

“¿Y dónde se puede observar esa lenta y misteriosa elaboración del espíritu nacional, dónde se manifiesta sublime, hermosa y llena de majestad y de vida el alma española, sino en la sorprendente evolución progresiva de su derecho? Es éste uno de los elementos esenciales de su vida, a la par que reflejo fiel y manifestación necesaria de los demás, y un producto espontáneo de su genio y carácter nacionales. [...] El derecho [...] representa [...] la genuina expresión del modo con que una raza, un pueblo, una nacionalidad, en los distintos periodos de su vida, siente, piensa y quiere esas normas adecuadas de la conducta humana, como desenvolvimiento de su esencial naturaleza y medio necesario para el cumplimiento de fines naturales”⁴⁶.

Aparece con fuerza ahora el concepto de “nación”, como realidad histórico-natural, como dato objetivo, estructurado por la misma historia. Por eso Pérez Pujol se refería al “carácter nacional de nuestro derecho”⁴⁷ y a la “conciencia del espíritu nacional”⁴⁸. En el desarrollo histórico de la nación aparece el derecho genuino de un pueblo, de ahí la necesidad de una materia autónoma dedicada a la historia del derecho. Éste es, en mi opinión, el contexto del decreto de 1883 y de los discursos histórico-jurídicos que se desarrollan en todo este arco temporal.

Por eso no extrañarán, desde esta perspectiva, las apelaciones a la raza, tan frecuentes en estas exposiciones; ni siquiera el esfuerzo por demostrar que los españoles eran de origen celta, sin posteriores mezclas y, por lo tanto, de raza aria⁴⁹. No puede extrañar cuando consideramos que la nación se construía sobre la raza y el territorio. Era toda una operación política que se desarrollaba por la poderosa bur-

⁴⁵ UREÑA, R. de, *Observaciones acerca del desenvolvimiento de los estudios de historia del derecho español*, Madrid, 1906, p. 11.

⁴⁶ UREÑA, R. de, *Observaciones*, cit. pp. 12 y 13.

⁴⁷ PÉREZ PUJOL, E.; *Historia general del derecho español. Curso 1885 a 1886. Apuntes de las explicaciones de —*, Valencia, 1886.

⁴⁸ PÉREZ PUJOL, E.; “Prólogo”, en A. Comas, *Proyecto de código civil*, 1885.

⁴⁹ Así Pérez Pujol califica de arios a celtas e iberos, y se esfuerza en demostrar que los bárbaros que invadieron la península también lo eran. PÉREZ PUJOL, E.; *Historia...*, cit.

guesía de ese momento, y no sólo desde la historia⁵⁰ o desde la historia del derecho, también –como recientemente se ha publicado– desde el orientalismo⁵¹ o desde la arqueología⁵², igualmente instrumentalizados por el nacionalismo.

En mi opinión, esto aclara aquella advertencia que Altamira hizo a sus colegas argentinos cuando viajó a América: “Una de las maneras de formar el genuino espíritu nacional es dirigir la vista hacia el pasado, buscando en el estudio del derecho colonial el origen de muchas instituciones actuales y del sentido jurídico de todo un pueblo”⁵³.

*

En síntesis, la eclosión académica de la historia del derecho se produjo en Europa durante el último cuarto del siglo XIX, cuando, en los distintos contextos liberales de construcción de un Estado de derecho, se sintió la fuerte necesidad de encontrar un anclaje historicista que limitase la soberanía estatal. De esta manera, la historia del derecho pasó a desempeñar una función constitucional más allá y en contraposición a los textos que ostentaban este título. Sin embargo, con la primera guerra mundial el mundo liberal comenzó su declive. Llegaron los partidos de masa y con ellos un nuevo estilo político en el que las ideas sobre la unidad histórica de la nación dejaron de tener significado. Los autoritarismos y totalitarismos de la época de entreguerras fueron el resultado de la degeneración del sistema liberal que desembocó en las revoluciones soviética, fascista y nazi.

Todo esto tuvo su traducción académica: como no podía ser de otra manera, la historia del derecho reflejó esta crisis. Que algunos historiadores encontrasen en el fascismo y en su proyecto jurídico la culminación de sus aspiraciones era algo previsible. Pienso en Sol-

⁵⁰ JOVER, J. M^a.; “Caracteres del nacionalismo español. 1854-1874”, *Actas del simposio sobre posibilidades y límites de una historiografía nacional*, Madrid, 1984, pp. 355-374.

⁵¹ RIVIÈRE, A.; *Orientalismo y nacionalismo español. Estudios árabes y hebreos en la Universidad de Madrid (1843-1868)*, Madrid, 2000.

⁵² Arturo Ruiz, de la Universidad de Jaén, trabaja sobre la utilización que los distintos nacionalismos peninsulares, en la búsqueda de sus orígenes, han hecho de la arqueología.

⁵³ LEVAGGI, A.; *El cultivo de la historia jurídica en la Universidad de Buenos Aires (1876-1919)*, Buenos Aires, 1977 (capítulo 13. La repercusión que tuvo la visita de Rafael Altamira en 1909).

mi⁵⁴, para el caso italiano, pero en España no faltaron algunos ejemplos, como el de Beneyto⁵⁵.

Cuando desde la atalaya del siglo XXI se contempla todo lo acontecido, comprendemos bien que hoy la historia del derecho tiene otras bases y otras funciones que desempeñar⁵⁶, y nos tranquilizamos pensando que su vinculación con los nacionalismos es ya agua pasada, pero no nos confiemos demasiado⁵⁷.

⁵⁴ SOLMI, A.; *Storia del diritto italiana*, 3.^a ed., Milano, 1930: "In particolare, ho voluto tener conto, sia pure in modo sommario, delle profonde trasformazioni, che il regime fascista ha portato allo Stato italiano, dopo la rivoluzione dell'ottobre 1922, poichè non si deve dimenticare che il nuovo regime, riprendendo la grande tradizione romana, si riallaccia più intimamente alle forme nazionali, che, nell'ultimo secolo, sotto la spinta di imitazioni straniere, avevano sofferto qualche deviazione; sicchè, per virtù della nuova legislazione di questi ultimi anni (1922-1930), lo sviluppo storico del diritto italiano risulta oggi più conforme ai principî della sua genesi e più prossimo alle vie del suo divenire" (*Prefazione*). Se puede recordar también otros libros suyos (SOLMI, A.; *Lo Stato nuovo nella Spagna di Franco*, Milano, 1940). Una relación de su bibliografía: *Studi di storia e diritto in onore di Arrigo Solmi*, vol. 1, Milano, 1941, pp. xv-xxvii. Giampiero Bognetti (BOGNETTI, G.; "L'opera storico-giuridica di Arrigo Solmi e il problema dell'oggetto e del metodo della storiografia del diritto italiano", *Rivista di storia del diritto italiano*, n° 17-20, 1944-1947, pp. 171-199) reclamó, sin embargo, que no se juzgase toda la obra de Solmi por su biografía política.

⁵⁵ BENEYTO, J.; *El nuevo Estado español. El régimen nacional sindicalista ante la tradición y los demás sistemas totalitarios*, Madrid-Cádiz, 1939. Libro prologado precisamente por Solmi.

⁵⁶ CARONI, P.; *Una historia*, cit.

⁵⁷ No sólo me refiero a las formulaciones de la neopandectista analizadas por Aldo Mazzacane (MAZZACANE, A.; "Il leone fuggito dal circo": pandettistica e diritto comune europeo", *Index*, n° 29, 2001, pp. 97-111) sino también a algunas experiencias preocupantes que presenciamos en el área latinoamericana y que recuerdan en cierta medida a algunas páginas escritas por Irmgard Keun (KEUN, I.; *Después de medianoche*, Barcelona, 2001).

