

PÍO CARONI, *La Soledad del Historiador del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2010, 225 págs.
Traducción del italiano de Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira.

Con una presentación de Italo Biocchi, la obra, de sugestiva inspiración, reúne estratégicamente varios trabajos de uno de los más relevantes historiadores del derecho actual, con una clave, convocarnos en un desafío vital a reflexionar sobre el destino de la disciplina, su contenido y el papel que debemos jugar los profesores. Para ello, propone guiar el itinerario con un enigmático recaudo que extrae de la obra de Biamonte (*Le parole la notte*, p. 39): “Si quieres emprender el viaje, despójate de todo lo superfluo”, y que devela en los últimos capítulos.

En esta suerte de instropección de la asignatura que lo enamora, y que como todo enamoramiento viene acompañado de dolor, nos enfrenta en forma impiadosa ante nosotros mismos, más que frente a quienes nos persiguen, para comprender la urgencia de esa reflexión. Y en nuestro arrogante camino de Damasco, nos fulmina para hacernos caer del caballo que manejamos orondos y comprender el íntimo sentido de nuestra misión.

Con la fuerza del enamorado furtivo, Caroni aprovecha para hacer un ejercicio que aúna meditación y praxis y formula unos interrogantes: ¿porqué?, ¿cómo?, ¿dónde?, que debo confesar, también se me han planteado, pues en última instancia son los replanteos que todo profesor de la materia debe formularse cotidianamente, para mejorar su tarea, para posicionarse en el ámbito universitario y evitar la zozobra de vivir de “prestado” en la currícula de la carrera y en fin, en aras de la propia ciencia.

No se trata de un soliloquio, sino de una interacción con el lector, con el fin de servirle de ariete para esa reflexión, que parte del concepto mismo del historiador del derecho, encauzándolo para que adquiera el relieve que le corresponde en el marco de una Casa de estudios dedicada al Derecho, ya no como mero historiador, aunque esto no sea peyorativo, sino como jurista. Así como los romanistas han obtenido esa caracterización, como puede observarse en Alemania e Italia, resulta urgente que nosotros logremos también el reconocimiento de la misma categoría.

Si nos interrogamos sobre el título del libro, no creo que responda al carácter autónomo de la disciplina como dice Caroni en su introito, sino a esa “soledad” a la que se confina al historiador del derecho en el marco universitario, y la que éste busca, a veces, con un fin superior: el estudio, pero también, en gran

medida con un sentido gatopardista, mantenerse en el “nicho” que ha creado para evadir un medio hostil, pero que no lo acosa si no se pone a tiro.

Por eso el propósito de Caroni es despertar conciencias y lo hace con un golpe de efecto, principiando su prólogo con la palabra “agonía”, una señal demasiado cruda sobre el destino de la disciplina, pero imprescindible para llamar la atención tanto de los “distráidos”, cuanto de los demasiados “visionarios”, como los califica.

Los trabajos reunidos pertenecen a distintas épocas, pero tienen un denominador común, rescatar la dimensión histórica del derecho y la actividad de sus cultores en un plano que enaltezca su labor como juristas más que como exponentes de estéril erudición, y por otra parte, aprovechar los elementos que podamos extraer del campo de la historia general para nuestro desarrollo, así como efectuar la crítica de ciertas doctrinas que deterioran nuestra imagen o que nos excluyen del ámbito jurídico universitario. Ese denominador común hace que la elección no haya sido casual, sino perfectamente puntual. Veamos.

El primero de esos trabajos, “La otra evidencia de la historia jurídica”, plantea el interrogante central de la existencia de la disciplina en el plan de estudios de una carrera jurídica: “¿por qué enseñarla?”, preocupación que nos acompaña y persigue. Cuando se producen cambios y comienza la discusión sobre los planes, métodos y contenidos de las disciplinas que se estudian en la Facultad, advierte que en nuestro campo, su sola mención enciende una luz de alarma, y si bien la estima comprensible, la reprocha y pone sobre aviso, porque esa actitud lleva en definitiva al fin no querido, la propia destrucción. Se entiende que en un acto instintivo de supervivencia se intente resguardar la materia más allá de su contenido y de su utilidad, pues a diferencia del profesor de una materia de derecho “positivo”, el historiador se ve como obligado a justificar siempre su existencia. Pero, sostiene que no debe hacerse a cualquier precio sino con las herramientas adecuadas. Con la respuesta que cuestiona, los positivistas salen fortalecidos, pues el escapismo impide discutir sobre la variabilidad del derecho, es decir, sobre la dinámica jurídica frente al criterio dogmático.

Con fervor que contagia del tema “lo asedia y me incita...”-, parte de sus propias certezas, la cuestión no es tanto proponer teorías sino mostrar lo básico y que pasa a veces desapercibido. Así, llega al eje de su planteo: abordar la enseñanza, tomando como referente, no al cultor sino al receptor. Y en particular, al que se ocupará del derecho positivo.

En una Facultad de Derecho, la disciplina tiene un objetivo fundamental, imprescindible diríamos, una función de alto refinamiento científico, demostrar que la dimensión histórica no facilita la percepción del derecho positivo, sino que

en realidad “sólo ella la hace posible”, y por lo tanto ir más allá de ofrecer una mera patina de erudición. Como ejemplos cita el humanismo jurídico y la escuela histórica, que en su época otorgan a la historia una labor preliminar para formar la ciencia jurídica y esto llevó a analizar el derecho vigente en ese momento, para determinar si una solución mantenía vigencia o si había cambiado por la aparición de otras fuentes.

De allí que cuestione la manipulación de la asignatura y el usarla como escudo para mantener un cargo. Algunos la utilizan como expresión de un modelo para la unificación actual del derecho privado europeo, pero, lo esencial es que más allá de cómo “garantizarle” un futuro, es preciso detenerse en “como actualizar la transmisión del saber científico”, es decir, como hacerla apropiada en un mundo en continua evolución; analizar que suprimir o añadir, como elaborar un mensaje coherente y significativo que pueda ser recepcionado por nuestro interlocutor.

Y en esto subraya un doble trabajo, uno de índole didáctico, y otro relativo al material que se ofrece. El primero fue menospreciado, pues se pensó que un buen investigador era un buen docente, y entonces se privilegió la investigación por sobre el valor formativo de la disciplina. Considera que con ello se esfuma la oportunidad de exhibir la presencia de la dimensión histórica. El segundo, le lleva a concluir que la era de los códigos si bien parece cerrar una etapa para la disciplina, en realidad abre. Y depende de la actividad del profesor que, pues, lejos de asirlo como una totalidad, muestre su temporalidad y con ello, como factor detonante de una realidad insoslayable: su intrínseca dinámica.

En el segundo, “El naufragio de la historicidad”, plantea los riesgos que se producen por la acción de ciertas corrientes, en particular la denominada neopandectística, que perturba el principio de la historicidad del derecho y puede llevarlo a su “naufragio”. Aunque esa corriente trabaja sobre las fuentes del derecho romano, dice que carece de novedad, pues la formación de la cultura jurídica europea a través de la recepción del derecho común, fue ya expuesta por Vinogradoff, Koschaker, Wieacker, Calasso, Orestano, etc.

A partir de las fuentes, aquéllos explican una tradición unificadora que serviría a los juristas para trazar las líneas del derecho privado comunitario. Sin embargo, a pesar de ofrecer certeza e incluso raíz histórica, deja de lado las resistencias locales al modelo boloñés y la realidad que emerge del condicionamiento de la economía, tanto en sus hechos como en la teoría sobre las soluciones jurídicas, que no se observa, a pesar de que la Unión Europea se concibe originalmente como un espacio económico.

Resulta sugerente su comentario sobre las fuentes del ámbito local, reunidas como *ius proprium*, de orígenes muy diferentes: estatutos de los

municipios, valles, iglesias rurales, vecindades y hermandades, o las compilaciones de ámbitos rurales, del derecho consuetudinario, bandos, órdenes, etc. Según Caroni, los neopandectistas las trasladan a un “limbo”, propio de historiadores locales. La realidad se sustrae a esas maniobras. Y nos dice que, así como se conoce la contraposición entre el derecho profano y el canónico, se ignora la del derecho común y el derecho local. En la vida real, en tanto, esos derechos no viven aislados, a veces concurren y en otras, se oponen.

En muchos casos, por el mensaje de los neopandectistas, no se entiende el proceso de la codificación y su valor innovador. No se trata solo del despertar nacional, sino mostrar una unidad jurídica que ya no reposa en los juristas sino en el soberano absoluto o en los ciudadanos, como portavoces de la ilustración jurídica. Todos buscan una mayor seguridad jurídica y contaban con alcanzarla codificando el derecho. El viraje, en su opinión, se origina en las revoluciones políticas y sociales de finales del siglo XVIII. Y en la actualidad, la unidad a la que se aspira no es comparable a la realizada por la ciencia jurídica europea de los siglos XII a XVIII. No pueden manejarse las fuentes, advierte, y si bien es importante encontrar raíces, no es menos cierto que sería irresponsable olvidar la dimensión temporal del derecho.

“Espionando al vecino. Sobre la relación entre la historia jurídica y las otras historias”, se denomina el tercer trabajo que está destinado a mostrar los beneficios que resultan de las otras ciencias históricas, pues a pesar de la línea imaginaria que las separa, él propone mirar por encima de esa valla, porque en rescatar medios y elementos, más allá de las opiniones divergentes; y en definitiva, aquello que parece separar, visto desde otra óptica, juega un sentido opuesto, el unirnos, como sucede con los pasos del San Gottardo.

Para desarrollar el tema recurre a Paolo Grossi (*Storia sociale e dimensione giuridica*), y a Antonio Hespanha (*Une nouvelle histoire du droit?*), pero no desconoce que a veces el diálogo que propone puede ser un diálogo entre sordos, como el de Braudel y Gurvitch, recogido en M. G. Losano (*Storia contemporanea del diritto e sociología giuridica*), aunque hay excepciones. Destaca como Otto Brunner (*Der Historiker*), reconoció que los historiadores generales se aferraron durante mucho tiempo a los viejos manuales, a pesar de que habían sido ya puestos en tela de juicio por los historiadores del derecho.

En esta mirada distingue el ámbito científico del didáctico. Del primero, resalta la actividad investigadora; del segundo, los elementos para poner al día la enseñanza. Va específicamente al campo pedagógico y de la enseñanza académica, pues los destinatarios no son historiadores ni politólogos sino futuros juristas.

Ante el interrogante: ¿qué beneficios pueden encontrarse en los colegas de las otras disciplinas?, se remite a la irrupción del tiempo en la conciencia jurídica en el siglo XIX, y nos exhibe como la dimensión temporal estructura el derecho, y le es inherente.

Afirma que antes solo se ocupaban del tiempo diacrónicamente, cuando su movimiento modificaba y alteraba el derecho vigente, hoy se insiste en la dimensión ontológica de la temporalidad, que actúa y se manifiesta incluso a falta de decurso, en la inmovilidad del instante que no transcurre, es decir promueve una mirada sincrónica.

El derecho, sostiene, no tiene historia, porque “es historia”.

Sin historia, en cuanto implica temporalidad, el derecho simplemente no es, no existe, no es imaginable ni visible. Rescata como Ricardo Orestano celebra este descubrimiento y así la historicidad del derecho se convierte en el eje de todos los debates.

En otro orden, pondera el valor heurístico de la historia para el derecho moderno, que permite conocer su contexto, para asir las razones que se ocultan en el derecho actual. La historicidad expresa la subordinación del derecho a su contexto natural, que es lo social. Observa como el derecho positivo está condicionado por las relaciones políticas, culturales, religiosas, económicas, morales típicas de la sociedad. Y con su cambio, se modifica su interpretación y su alcance concreto.

El código quizás llevó a vivir de espaldas al pasado, pero esta historicidad no se confunde con un simple barniz cultural. Hay que mostrar los condicionamientos espacio/temporales del derecho, y así el jurista deberá seguir este procedimiento para entender como nace y como actúa el derecho.

Didácticamente, aconseja que las épocas y temas se basen en criterios prácticos, para atraer la atención de los futuros juristas sobre la estructura temporal del derecho moderno: por una parte, respetar el indudable deseo de moverse en el terreno de la actualidad y privilegiar la cohesión de todos los elementos de la experiencia jurídica. No contentarse con aludir tangencialmente a la relación de la evolución jurídica con su contexto extrajurídico, sino situar la historicidad en el centro de la enseñanza, considerarla una premisa, un programa. Y la posibilidad de acceder a ese contexto lo brindan las “otras historias”, que iluminan de alguna manera las fuerzas que confluyen en lo social y que a la vez, lo presionan. Derecho y sociedad se interrelacionan necesariamente. Se condicionan mutuamente, el derecho vive en la realidad social, está envuelto por ella y a su vez la envuelve. Esa es la razón que explica la necesidad de recurrir a aquéllas.

Amén de eso, el derecho existe al lado de otros órdenes normativos: la religión, la moral, las costumbres, y los elementos que proceden de la economía y la política. Hoy comprobamos la presencia del Estado, pero también el pluralismo de las fuentes, de las instancias judiciales, de los métodos para aplicar y actualizar el derecho, de los mecanismos que preceden a las decisiones en las controversias, también quizás nos encontramos ante una multiplicidad de opciones, que desorienta y desestabiliza.

Llega a la conclusión de que la globalización permite sacarse las anteojeras que más o menos concientemente había utilizado el positivismo de los dos últimos siglos. Es decir, observa una variante, moderna y diferente, de un tema recurrente de la historia jurídica europea.

El viaje ahora parte de la realidad y no del derecho, asumiendo su complejidad manifiesta y desordenada para remontarse al derecho del que la sociedad se apropia progresivamente y que por ello interpreta a su “imagen y semejanza” y somete a su propia lógica, la de una sociedad conflictiva. El jurista debe conocer a fondo la sociedad, en sus tensiones y contradicciones. De esta manera podrá valorar si las reglas jurídicas están en relación con las demandas de toda la sociedad. El corolario es una imagen menos sublime del derecho, pero más creíble.

En el cuarto trabajo, “Mirando atrás”, hace un primer balance sumario de sus objetivos.

El autor recurre metafóricamente a los poetas para ocuparse de los historiadores del derecho. Introduce una alegoría, quizás con la intención de suavizar realidades inmericordiosas y que trastocarán “ese mundo” de la enseñanza que conocemos y que nos ha cobijado, a fin de prepararnos para la estación final del viaje. Y así nos atribuye estar fascinados por las intuiciones, que nos llevan a introducir y vertebrar planteos en los textos. Encuentra relación entre el imaginario poético y la creación jurídica y por ello, acota, hay una cualidad del discurso poético, que no nos vendría mal. Señala que, así como los poetas tienen algo de oráculos, pues atisban síntomas e indicios que les permite anticiparse a algunos hechos, debemos aprender de ellos. Cita como ejemplos a J. Joyce, quién en 1904 pronostica el colapso del sistema de libre mercado y el de Paul Valery (1931), que percibe con claridad el ocaso del viejo mundo, caracterizado por el aislamiento y el otro de la interdependencia global, en la que las partes del mundo están cada vez más conectadas entre ellas.

En esa visión hacia atrás, se retrotrae al nacimiento de la ciencia jurídica moderna. Y así como los grandes juristas clásicos no tenían necesidad de recurrir a la argumentación histórica, pues eran concientes de ser la autoridad misma,

otorgada por el emperador, mil años después, en Bologna, cuando se produce el primer renacimiento del derecho romano, el contexto era distinto. Había códigos antiguos, dispuestos en el Corpus iuris, y los juristas tienen el cuidado de conservarlos porque constituían una cantera de la cual extraer materiales, que después, debidamente elaborados, vuelcan en el derecho positivo.

Concibe la ciencia jurídica medieval como histórica, es decir, sensible al peso del pasado, que es explorado para entender que fragmentos permanecen en la superficie, y su relación con otras fuentes, por ejemplo las locales, de origen mas o menos contemporáneo. Y esa búsqueda no se basaba en una pasión histórica/filológica, sino en hacer valer un fragmento y utilizarlo con fines prácticos, para resolver problemas. La interpretatio, que es el epicentro de la scientia legum, debía mediar entre el pasado y el presente. Parecía estar entre la equidad y el derecho, primero buscan la confirmación histórica y una interpretación de las antiguas fuentes útil para el presente, y por eso era dialéctica, conectan la ciencia jurídica y culminan, anota, en ciertos casos en equívocos inteligentes y productivos. *Y entonces nos hace comprender que esa ya no es nuestra tarea, sino que la labor hoy está circunscripta a entender y hacer entender el sentido temporal que tiene el derecho; ello, lejos de “empobrecernos” por abandonar los viejos materiales que nos acompañaron, nos enriquece con una apertura a lo contemporáneo y a la íntima comprensión del sentido social del derecho y como éste se nutre de aquél y a su turno, le brinda su marco. El enigma empieza a develarse.*

En el último ensayo, “En resumen: una historia para después del Código”, rescata esa realidad al darnos la respuesta que estamos esperando desde el inicio del libro, y que se perfila en el estudio anterior. La actualidad, lejos de enervar nuestra presencia y el sentido de nuestra labor en una Facultad de Derecho, nos ofrece una oportunidad para permanecer allí como personajes indispensables. Reconoce la amenaza que late tras la supresión de cátedras, de seminarios, de institutos, pero ella deriva de la exclusión de la dimensión temporal en los planes de estudio. Y aunque tras la Historia del Derecho, puede hallarse cualquier cosa, hay una labor que nos estimula y constriñe a desarrollar, y es contrarrestar ese efecto perjudicial para la formación de los juristas. Si ahora la codificación es el epicentro del sistema hay que buscar la forma de enseñarlo comprendiendo su dimensión temporal.

Se refiere a las estrategias que fracasan al olvidar lo fundamental, y es que el tiempo cambia al derecho, más allá de lo que el legislador actual pretenda. En el transcurrir del tiempo es donde halla el espacio para nuestra permanencia, pero hay que encontrar las formas para que se comprenda. Con ese fin parte de ciertos puntos esenciales: el derecho es histórico, porque tiene una dimensión temporal. El tiempo, entonces, no es su contexto, sino es algo ínsito en él. La temporalidad es

inherente al derecho. De ahí la razón para estar presentes y colaborar con quién va a gestionar el derecho, pues la norma abstracta, se enriquece con los aportes de cada generación, y nosotros podemos mostrar ese fenómeno a través de los análisis de dinámica jurídica.

Llega entonces al meollo de la cuestión: privilegia en ese estudio el pasado inmediato. Y ello es esencial en una Facultad de Derecho, así como no lo sería en una Facultad de Historia o Filosofía, pues el horizonte de nuestros destinatarios está en el derecho vigente. De nada vale, acota, detenernos en situaciones de hace mil o dos mil años. Afirma claramente que no es preciso ir tan lejos para comprender cómo el tiempo transforma silenciosamente el derecho, y con ello nos acerca a la realidad contemporánea y nos ubica en el lugar adecuado, el de juristas que estudian el fenómeno jurídico y su evolución en el tiempo.

Tal corolario puede aceptarse o rechazarse. Es evidente que no todos coincidirán con este criterio, pues implica dejar en el camino a muchos “compañeros de ruta”.

En definitiva, voy más allá de la conformidad o disconformidad con el criterio. Creo atisbar el mensaje de Caroni, tras el entrelazamiento de estos trabajos disperso. Frente a probables cambios de programas y a la inexorable pérdida de materiales que sirven hasta ahora para mostrar el efecto del tiempo sobre el derecho, nos ofrece piadosamente un tejido con que cubrir nuestra aparente desnudez ante aquellas posibilidades; es decir, brinda la respuesta más coherente y realista para insertarnos definitivamente en el plan de estudios de la carrera jurídica y para cumplir con nuestra función, acompañando el despertar de la vocación jurídica de los alumnos, con desprendimiento de todo lo “superfluo”, que entorpezca arribar a destino como debe hacer el viajero.

Se trata de un vademécum inigualable e imprescindible para los profesores de nuestra asignatura, sin hesitación tiene la osadía de despertar el letargo de muchos y la entrañable recompensa de acompañar y fortalecer la lucha de muchos otros. Vale la pena concluir este comentario agradeciendo al Profesor Caroni por esta valiosa contribución a la Historia del Derecho y acercarla a quienes dirigen los destinos universitarios.

MARÍA ROSA PUGLIESE
Universidad de Buenos Aires