

HISTÓRIA DO DIREITO

Historia Plural del Derecho

História Plural do Direito

Plural Legal History

José Ramón Narváez¹

¹ Universidad Nacional Autónoma de México y Escuela Judicial Electoral.

RESUMO

O artigo questiona a forma tradicional de entender a história do direito de uma forma monopolista e muito ligada ao formalismo científico, mas nada conforme a atual geração. Através da metonímia busca-se a possibilidade de uma nova metodologia que utilizaria algumas das ideias da tradição ius historiográfica crítica como é o caso da recepção (transmissão) do direito entre culturas jurídicas.

Palavras-chave: História do direito, cultura jurídica, história da cultura, pluralismo jurídico, pluralidade.

ABSTRACT

The article questions the traditional way of understanding the history of law in a monopolistic way and closely linked to scientific formalism, but nothing in accordance with the current generation, through metonymy the possibility of a new methodology that would use some of the ideas is raised of the critical historiographic ius tradition as is the case of the reception (transmission) of law between legal cultures.

Keywords: History of law, legal culture, history of culture, legal pluralism, plurality.

Introducción

Es urgente democratizar la historia y sobre todo la historia del derecho, hoy más que nunca, cuando la apremiante necesidad de dotar de sentido al derecho, de ligarlo a la sociedad, de convertirlo nuevamente en producto humano es más latente que nunca, y justo en estos términos utilizamos la noción de democratización, no como la vulgarización irracional de nuestra ciencia, sino como la generosa actitud de los científicos que se manifiesta en el convite que estos hacen a los hombres, sobre todo a aquellos olvidados por la ciencia positiva en los dos siglos que nos han precedido, para que juntos descubramos los principios fundacionales de nuestro orden jurídico.

La Historia, historia de hombres, ha puesto en duda aquellas seguridades modernas que se erguían tiranas sobre la sociedad subyugándola por presumirse racionales, hoy, son exhibidas y ridiculizadas por la cotidianeidad, su más acérrima rival, la contingencia está a la orden del día.

Por eso, queremos pluralizar a la historia del derecho, no para hacer descender el tono del debate sino para descender la vista y observar un objeto de estudio más rico, la sociedad; tal vez, el término más *ad hoc* sea el de sociabilizar el derecho², darnos cuenta, que existe derecho que sobrevive en los estratos menos pensados, que sobrevive aún a pesar de aquella embestida violenta que lo soterró por varias décadas, la enunciación del derecho sólo a través de la ley; aún hoy, con voz débil ese derecho excluido, se manifiesta, aunque muchas veces es condenado y calificado como anarquista, como irracional, como impuro, como extraoficial; es entonces que es más evidente la incoherencia entre el discurso, la historia y la práctica, porque el derecho nace de diferentes lugares, así lo ha entendido nuestra milenaria ciencia y ha tenido a bien denominarlas fuentes del derecho; pero hoy, neciamente en facultades, en estrados, en tribunas y bufetes sólo se habla de una fuente, la ley.

La Historia del derecho a veces cómplice, a veces agorera perseguida; mide sus pasos y tímidamente intenta advertir los errores en que incurrió el derecho al que llamamos moderno, ciertamente puede que lo haga de manera inconsciente, pero es justo lo que estamos en este momento proponiendo, que ahora lo haga de manera conciente y responsable, pues el demandar exige necesariamente el agotar la instancia si es que no se quiere delinquir en uso ligero de la justicia.

Nos atrevemos a denunciar la soberbia de nuestra ciencia jurídica, sabedores de que después de esta manifestación, tendremos que asumir la fiscalía del caso y presentar pruebas; no descartamos la posibilidad de una defensa vehemente por parte de los que conciben el derecho como algo artificial, matemático, prediseñado en encorsetadas formas que después se pretenden aplicar a la sociedad, exigiéndosele un cumplimiento ciego porque está oficialmente ordenado, aún si estas formas, la sociedad las percibe como ajenas, lejanas y muchas veces, irra-

2 En este sentido viene a colación la obra de Alvin Toffler quien nos sugiere que hemos entrado en la etapa de las 'organizaciones flexibles', abiertas a un conocimiento incluyente (Toffler, 1990) para el derecho este momento es más que propicio pues ante la flexibilidad estatal, el derecho se presenta como un mecanismo cercano y útil para la sociedad; el mismo Jean Carbonnier en su obra (Carbonnier, 1998), propone un proceso de reconsideración de fuentes del derecho, una imagen similar utiliza Gustavo Zagrebelsky (Zagrebelsky, 2002) estas obras recurren a la imagen de la maleabilización del derecho. Pero existen también aquellos trabajos que van enfocados a la falta de comunicabilidad del derecho como el de Cárcova (1998) en el plano específico de la historia del derecho (Lorente Sariñena, 2001) que sugiere una falta de coherencia discursiva por parte del Estado moderno entre su acercamiento al pueblo y el acceso a la ley, en este mismo sentido la obra colectiva que recoge el Congreso sobre Códigos (Cappellini & Sordi, 2002) que nos muestra un ocultamiento por parte del Estado que 'codifica los códigos'. Otros estudios han estado más bien en la línea de recuperar la cotidianeidad que tiene gran fuerza transformadora, por ejemplo: (Sarat & Kearns, 1993) Por ultimo aquellos que hablan del derecho alternativo o teoría crítica del derecho (De la Torre Rangel & Paoli, 2002).

cionales; entonces se desata la ira del formalista, que desdeña a esa sociedad inculta, rebelde, ilegal que no quiere cumplir el orden estatuido a *fortiori*, se esgrime que es el efecto de una falta de cultura legal, de un desapego al Estado de derecho, al principio de legalidad, al imperio de la ley; entonces el derecho en su forma de ley, se convierte en lo más antidemocrático, porque es el querer de unos cuantos, sobre una mayoría sin rostro, previamente calificada como incapaz para dotarse de derecho y circunscrita a vivir en un mundo de no-derecho, por eso, el derecho es asumido por esta mayoría como una cuestión monstruosa y temida, porque si no es obedecido les atraerá sólo males³, pero también la sociedad descubre los vacíos y la vías para burlar este derecho y esto provoca grandes jaquecas a estos diseñadores del sistema jurídico que terminan por aborrecer a este ciudadano medio, insistimos, el más común, que incumple este derecho ilustrado, predispuesto por una minoría de iluminados que carecen, la más de las veces, de la cuestión más necesaria para legislar: el sentido común.

¿Y que hay entonces de ese derecho válido que conjuga las convicciones de una sociedad legitimándolas a través de la costumbre, de la aplicación contractual, del debate judicial, de la reflexión académica? Derecho en el que más fácilmente participa la sociedad. La respuesta es que simplemente este derecho lo hemos minusvalorado, lo hemos a veces olvidado, pero esto no significa que no exista, pues mientras los alquimistas de la ley siguen elaborando sus compuestos más acabados, todos los días, en todas las latitudes, el *otro* derecho sigue formándose como prueba indeleble de que el derecho en sí mismo es producto social.

¡Atención! que no estamos satanizando a la ley, pues es también fuente del derecho, y tal vez, la más importante dentro de nuestro contexto jurídico, lo que sí estamos tratando de hacer, es desenmascarar una propaganda insistente que intenta mostrarnos un derecho convicto que su máxima aspiración es la de ser 'bien redactado'.

Así que en forma condensada en las siguientes líneas intentaremos esbozar la problemática actual sobre nuestra materia, que como podrá intuirse va muy de la mano con la de la ciencia en general del derecho, pero al compartir método de estudio con la historia general no puede dejar de ser susceptible a los cambios que esta ciencia social va sufriendo, y aquí entra toda la discusión académica sobre la historia del derecho como categoría particularísima de la historia, pues estos nuevos enfoques de la historia general no son necesariamente adoptados *ipso facto* por la historia del derecho, en mente tenemos el claro ejemplo de la historia social, la cual tiene más de un siglo acercándose a nuevos enfoques, mientras la historia del derecho tiene apenas escasos años en que ha incursionado tímidamente en estos temas (Grossi, 1986, pp. 5-19), quizá con justificada precaución, pues la paradoja que sostiene al derecho en clave histórica, es la relación entre la costumbre (producción jurídica social) y su codificación (entendida esta en sentido muy lato), en donde es necesario un saber enriquecido a través de los años, de los miles de años de nuestra ciencia, por eso los vasos conductores entre sociedad y derecho deben ser claros y la pluralidad en este sentido, no debe significar de ningún modo, relativismo jurídico, las características propias de la costumbre confirman su existencia y su utilidad.

Hemos querido descifrar los nuevos retos a los que es llamada nuestra disciplina, desde una perspectiva particular, que aunque seguramente comparte muchos puntos en común con

3 Para explicar lo anterior hemos elaborado una alegoría muy útil tomada en préstamo de la teología: en la economía de la salvación hay dos formas de alcanzar la vida eterna, una imperfecta llamada atrición y otra perfecta llamada contrición; la primera forma implica el arrepentimiento a partir del temor a las penas del infierno, la contrición en cambio, supone el arrepentimiento por amor al Bien; el derecho contemporáneo plantea la posibilidad de generar un derecho atrito que se cumple por temor a la pena, sin embargo tendremos siempre la posibilidad de sugerir un ordenamiento jurídico contrito en donde se cumpla el derecho por amor a la justicia.

otras ciencias sociales, aquí la manejaremos de un modo especial, y como decodificador de esas fluctuaciones históricas del derecho; y por denominarla de algún modo, le llamamos historia plural del derecho, porque lo que hoy más nos preocupa en el derecho, es el poder contrarrestar esta opacidad jurídica que nos sofoca, en pos de incluir la diversidad, y por eso, se habla de alternancia, alternatividad, multiculturalidad, en fin, de pluralidad.

Podríamos tomar como lista inicial de tópicos para una posible *Agenda de la Historia del derecho en México*, los Siete Pecados en los que puede incurrir un historiador según Aguirre Rojas: el positivismo, el anacronismo, el postmodernismo, el tiempo newtoniano, el acriticismo, el progresivismo y la obsesión por la objetividad (Aguirre, 2014), ahora bien, es difícil que en un historiador concurren los siete, y todos estamos expuestos a caer en alguno, alguna vez (o en otros casos, puede ser un mal recurrente, un vicio) y al igual que sabemos, o intuimos cual es 'el pie del que cojeamos', tenemos también noticia de cuales son los pecados de la historia del derecho en México, de hecho Jaime del Arenal en este mismo libro identifica algunos.

Para nosotros el más relevante, y que puede reunir a varios pecados, es la falta de pluralidad en varios sentidos, y quizá no sea un pecado privativo del caso mexicano, pero sí un defecto, que estamos a muy buen tiempo de corregir si es que no queremos caer, como en otros países, en luchas corporativas que terminan afectando la materia y condicionando temas y espacios para la discusión. Hay que democratizar el conocimiento.

La Pluralidad Perdida

Cuando hablamos de pluralidad nos referimos a multiplicidad de elementos, la pluralidad no es un logro de la posmodernidad, es sólo una recuperación de una característica de la sociedad. Es evidente que la sociedad está compuesta por elementos variopintos, disímbolos, es cierto, que coexisten paradójicamente la unidad y algunos momentos de cohesión entre estos elementos; el derecho antiguo tenía en cuenta la diversidad y por eso, era más natural a la sociedad, la modernidad significó aniquilar toda forma diferente al proyecto unitario e igualitarista, el Estado, que significaba unidad soberana, necesitaba de un sistema que homologara y delimitara las diferentes realidades sociales; el derecho moderno se instituyó como un instrumento útil para poder restringir las apetencias sociales de diversidad, y poder generar la ilusión de igualdad a través de documentos, que dentro de su espacio de significación contenía sujetos que 'parecían' iguales entre sí, aunque la misma opacidad de dichos documentos, hizo posible disfrazar las diferencias, aún en el mismo texto. La misma falta de claridad permite vender la idea de que no es necesario utilizar la ley, que basta saber que ahí están los 'derechos necesarios' para tal o cual situación, lo que provoca apatía legal y desinterés jurídico, pervirtiendo la creatividad clásica del jurista y devaluando el derecho frente a los miembros no letrados, que continúan viendo el derecho como un conjunto de formulas vedadas, y sólo accesibles a un sector que además identifican con toda clase de triquiñuelas.

La pluralidad significa recuperar, por tanto, esta dimensión cultural, pero no es simplemente una historia cultural, que es ya un gran avance, pues supone:

el estudio de las formas de representación del mundo dentro de un grupo humano cuya naturaleza puede variar -nacional o regional, social o política- y que analiza la gestación, la expresión y la transmisión. ¿Cómo representan y se representan los grupos humanos el mundo que los rodea? Un mundo figurado y sublimado - por las artes plásticas y la literatura-, pero también un mundo *codificado* - los valores, el lugar del trabajo y

del esparcimiento, la relación con los otros-, contorneado -el divertimento-, pensado –por la grandes construcciones intelectuales-, explicado –por la ciencia- y parcialmente dominado – por las técnicas-, dotado de un sentido –por las creencias y los sistemas religiosos o profanos, incluso los mitos-, un mundo legado, finalmente por las transmisiones debidas al medio, a la educación, a la instrucción. (Sirinelli, 1992, p. iii).⁴

Pero además de esta ambiciosa agenda que incluye espacios y temas, antes no considerados como fuentes para la historia, y en cuanto que a nosotros nos incumbe una historia plural jurídica, es también necesario considerar el conjunto, o la combinación de estos elementos, en la construcción de un orden jurídico ‘representado’, pero que también busca transformar. Recordemos que *legis magistra est*, por tanto, una visión plural, mostraría además de la diversidad de ordenamientos, la coexistencia (o al menos su posibilidad) entre los mismos.

Otro problema con la historia de la cultura, es que se le relaciona con la historia de las mentalidades, y suele mirársele, como una lucha de contrarios, en donde existe una “frontera poco porosa entre lo real y sus representaciones...entre la producción y la recepción, entre texto y el contexto” (Rioux, 1998, p. 19) para la historia plural, las vías de comunicación son más abundantes y más cercanas, la diatriba se convierte en simbiosis.

La *Quaestio* Sobre La Invención De La Historia

Nuestra formación es en principio jurídica, por lo que las apreciaciones de tipo científico/histórico, las hacemos un poco empíricamente, y es que no podemos eximirnos de este compromiso, pues quedaría incompleta esta reflexión, por lo que haremos brevemente una disquisición acerca de lo que entendemos por historia.

En este punto resulta conveniente traer a colación la reflexión del curitibano, Ricardo Marcelo Fonseca, quien explica, que en cierto modo, la historia había sido inventada en la modernidad, rescatamos su argumento y agregamos uno nuevo: Para él, la historia había sido inventada en la modernidad, porque tal y como la concebimos hoy, sobre todo como ciencia de la historia, la reflexión sobre ‘lo sucedido’ no era catalogada como saber autónomo en la antigüedad, es cierto, me decía, existe el historiar pero el sujeto que realiza esta actividad, no se concibe así mismo como historiador, y su trabajo no está ligado a una teoría, lo hace y ya (Rioux, 1998); al principio, consideramos un poco extravagante su planteamiento, pero en la medida en que la reflexión histórica fue imprescindible, había cierta razón en creer que muchas de las categorías que utilizamos para referirnos al ‘paso del tiempo’, tienen que ver con modelos necesariamente generados por la modernidad, y sobre todo en la historia del derecho, en que buscamos de algún modo ser justificados por nuestros colegas explicándoles de dónde vienen las instituciones que utilizan. Pero gran parte de nuestra investigación la empleamos para demostrarlo a través de pruebas fehacientes.

Sin embargo, es claro que la historia, sustancialmente existe desde que el ser humano comenzó a herir el tiempo con su paso, las reflexiones de Herodoto, y luego las de Tácito, nos

⁴ La historia cultural distingue cuatro bloques de estudio: 1) la historia de las políticas y de las instituciones culturales, 2) la historia de las mediaciones y de los mediadores o transmisores de la cultura, 3) la historia de las prácticas culturales y 4) la historia de los signos y de los símbolos (Rioux, 1998, p. 22). Pueden estos servir de referencia para la historia plural del derecho, pero ciertamente existen muchos más bloques relacionados entre sí por la esencia de ‘lo jurídico’ como un orden que regula las relaciones entre las personas que integran una comunidad, en donde se supone la heterogeneidad natural de dicha comunidad.

acercan a entender qué significaba contar o narrar ese paso del ser humano, siempre acercándonos, sea a una relación de hechos, o a una valoración de los mismos, o ambas.

Lo que queremos decir, es que el profesor Fonseca, en parte tiene razón, la historia que conocemos es una historia, pero existe una realidad también llamada historia, que nos excede, y que es siempre saludable tener en cuenta, para no sufrir el acoso del duendecillo malévolo que seducía a Descartes sugiriéndole, que era el creador de esa realidad.

Dicho en términos ricœurianos: la historia es memoria y olvido, la historia inventada, es la memoria a veces gloriosa, que obliga por su misma naturaleza (en una metáfora con las funciones humanas, olvidamos como mecanismo de autoprotección de la mente para descargar la conciencia) a circunscribir al vacío, aquello que se considera no útil, no indispensable, superfluo, pero también a veces, lo que se considera peligroso o doloroso.

El problema metodológico es que hoy confluyen en un mismo episteme, memoria y olvido, haciéndonos creer que la historia (nos referimos a la historia inventada) fuera algo contradictorio o hubiera llegado ya a su fin, justo como proclamó Fukuyama (1989; 1992)⁵ en su momento. Esto sugiere una nueva explicación de la historia a partir de ideas encontradas: entre el mito y su negación, entre el adoctrinamiento y la resistencia, entre lo oficial y la cultura.

Para explicar mejor, aún, este problema epistemológico, hemos ideado una pequeña metaforología que esperamos sea de utilidad, sobre todo para fines didácticos.

Metáforas Para Reflexionar La Historia Del Derecho

Intentando explicar en diferentes sedes, ¿qué cosa es la historia del derecho? y escuchando de algunos colegas y profesores ‘alegorías’ respecto a esta aporía epistemológica, pensábamos que pudiera ser útil, en este apartado, esbozar algunas metáforas, que nos ayuden a discurrir sobre los fines y alcances de nuestra materia:

El punto y la línea

En muchas ocasiones escuchamos de Paolo Grossi (2000) esta metáfora, que nos ayuda a entender de manera sencilla, una de las ventajas más palpables de nuestra disciplina, que se refiere al binomio cambio-continuidad.

Cualquier institución jurídica representa un punto que corre sobre una línea que viene quizá de un pasado remoto, pero que, además, se extiende hacia un futuro probable. La línea misma, representa una sucesión de puntos que la han conformado, ese punto, que hoy distrae nuestra atención (por ejemplo, el código penal de Michoacán) puede llegar a obnubilar nuestro criterio, reduciéndolo sólo a ese documento, si no tenemos en consideración, que éste, es sólo eso, un punto.

La ley moderna ha originado la atención de puntos que no consideran la línea, los códigos, las constituciones aisladas de su devenir, se convierten en libros místicos, ahistóricos, que fundan su necesidad de ser, en su propia existencia, parece que han estado ahí siempre y siempre estarán.

⁵ Nos referimos a la tesis del estadista norteamericano que anunciaba pomposamente el fin de la crítica al sistema capitalista como una ironía que haría referencia a que las historias inventadas pueden desaparecer un día (Fukuyama, 1989; 1992).

Por eso, para Grossi, el iushistoriador es incómodo, pues sugiere que las instituciones de derecho 'no han sido siempre así, y no necesariamente serán siempre así' por lo que el jurista, con visión histórica, es imperiosamente crítico.

Un problema práctico que ha afrontado la historia del derecho en México, en relación a esta metáfora, es relativo a confundir el ejercicio metodológico, propio de nuestra disciplina, con un 'antecedentismo' ¿quién no recuerda los manuales del Juicio de Amparo con sus 'antecedente remotos en el derecho griego? O tratados de reciente aparición, sobre historia de los derechos humanos, en dónde sólo se copian declaraciones de derechos fundamentales en momentos históricos, en los cuales el concepto *derechos humanos* no existe.

Pero hay también problemas más profundos, como la existencia de instituciones que 'asemejan' una actual, situación en la que no contamos con una palabra precisa para designar aquél concepto, el ejemplo más relevante en este sentido, es el concepto 'Estado', en dónde es bien claro que la institución político-jurídica, dotada de soberanía a la que llamamos hoy 'Estado', y que podríamos apellidar moderno, no tiene nada que ver con organizaciones políticas antiguas, no hay Estado maya, por ejemplo.

Malinowski propone que aclaremos que en tal situación, nos encontramos frente a una 'analogía' (Malinowski, 1974), tal vez así, podamos de alguna manera expresar en términos más claros la 'continuidad', que es evidente en ciertos productos históricos de la cultura, pues no somos hombres de etapas, como hemos visto en el apartado anterior. Rigoberto Ortiz parafraseaba a don Álvaro D'Ors, en aquella idea de acostarse una noche con el traje medieval, y levantarse al día siguiente como hombre moderno.

En fin, que la línea plantea, una paradoja entre continuidad y cambio, que debe solventarse en el ejercicio científico, forzándonos al rigor que requiere una investigación comprometida, y que pretende aportar algo; dejando de lado cómodas justificaciones históricas o decorativas que devalúan nuestra disciplina.

La recomendación, es tener mucha prudencia y mucho estudio, lo cual dará, como fruto, deslindes conceptuales sobre los que se pueda trabajar y discutir, en resumen, unas cosas cambian, otras cambian parcialmente y otras definitivamente son nuevas; un ejercicio simple, es la comprobación semántica del uso de una palabra, ante la duda: ¿qué significa constitución en la Nueva España? El primer paso sería averiguar el uso que se da a esta palabra 'constituciones de la Universidad por ejemplo'. El segundo paso, consistiría en comparar que cosas tiene en común este uso, con el que hoy damos a la palabra; por lo que una historia constitucional, bien podría arrancar desde Roma en dónde el término *constitutio* efectivamente existe, y dentro de la teoría plural de la historia del derecho, no podríamos ser severos con una investigación que analizara las similitudes entre *polis* y *constitutio*. Del mismo modo nos parecería obtuso, que alguien se empeñara en afirmar que una historia constitucional es sólo posible hasta que exista una constitución formal, en nuestro caso patrio, desde Cádiz o desde 1824, dependiendo la postura que se asuma.

Efectivamente, una historia plural del derecho, es necesariamente más ardua, puesto que implica mayor trabajo de reflexión, análisis y compromiso con los resultados, mismos que no son de ningún modo, fatales o dogmáticos, y que son susceptibles de discusión, en la medida en que son instrumentos de trabajo para entendernos mejor y utilizar un lenguaje común, y que mejor si este lenguaje puede ser relacionado con un lenguaje cultural, con las nociones que la sociedad tiene de esa institución, en la pluralidad hay comunicación entre estas dos dimensio-

nes, a nuestra idea de constitución, se le antepone, como 'constraste', la idea que la sociedad tiene de su constitución y no sólo en lenguaje expreso, sino también en lenguaje alegórico, como lo ha estudiado Salvador Cárdenas.

Podríamos resumir lo anterior en una idea: 'La historia del derecho es una cuestión opinable'.

Muy parecida a esta metáfora, es la que utiliza Monguin acerca del río, y que recuerda aquella imagen griega ya planteada por Heráclito de Efeso:

El río de la historia convertido en un curso de agua, un río juicioso, invita a quedarse en la orilla a contemplar el agua que corre donde se evaporan las pasiones colectivas (las ideologías, los grandes relatos). Nos vemos convertidos en espectadores de una historia que nada tiene de inquietante (pero) que sigue sabiamente la dirección del canal...hay que aceptar que las representaciones de la historia tienen hoy el carácter de una utopía blanda... (el) vacío remite menos al fin de una historia que sigue su curso como un largo río tranquilo. El actual movimiento fluvial de la historia se distingue más claramente del curso torrencial que del océano que evoca mejor la continuidad de un movimiento tranquilizador, una genealogía más que una génesis, el río de la historia no tiene otra movilidad que la de seguir la dirección señalada por el canal...una historia que sigue su curso sin drama ni tragedia (Mongin, 1994, p. 24).

En fin, que lo importante dentro de la historia plural del derecho, sería lograr el justo medio entre el cambio y la continuidad, pero este es sólo el inicio de la tarea gnoseológica, como a continuación veremos.

El plano

Siempre que reflexionábamos sobre la primera metáfora con el colega Alberto Spinoza, había algo que nos dejaba insatisfechos ¿quién sugiere la línea? Y es que necesariamente una explicación de la historia, se presenta a partir de la experiencia concreta del expositor (Concha Cantú & et al, 2004) ⁶, es decir, de su línea, sería hipócrita de nuestra parte intentar defender la 'pureza' de la línea. Esto nos hace suponer que pueden llegar a existir diversas líneas, de hecho, la aportación del presente ensayo, plantea la posibilidad de la convivencia o diálogo entre diferentes posturas, por lo que agregaríamos a la alegoría grossiana, el trazo de otras líneas que cruzan central o tangencialmente el punto, todas ellas, pueden ser consideradas en un plano que tiene por límite los productos de la razón humana, y con esto nos ligamos al magisterio de Paolo Grossi nuevamente, porque al derecho le urge hoy una revaloración como ciencia, como ciencia humana y social. Las líneas son teorías del derecho, son posibles soluciones a los problemas que sugiere nuestra materia, y en esto hacía mucho énfasis el profesor florentino, estamos llamados a ser científicos del derecho; por eso el plano tiene confines precisos, que son los mínimos para guardar una cierta coherencia intelectual, y que los antiguos llamaban *ratio iuris*.

⁶ Y es que siguiendo con nuestro ejemplo de constitución, si yo quiero recabar de la sociedad la imagen que de este concepto tiene, pero lo ajusto al mío, y yo concibo una constitución sólo de tipo formal, mis preguntas irán en ese sentido -como se ha hecho recientemente en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM- predisponiéndome a escuchar una respuesta concreta de falta de cumplimiento de la ley coactiva; así a la pregunta ¿ud. cumple con su constitución? yo estoy esperando una respuesta entorno a la constitución de 1917 y de ningún modo a una idea de constitución como 'conjunto de convicciones comúnmente compartidas' parafraseando a Loewenstein, por lo que otra línea sugeriría una pregunta ¿ud. entiende los compromisos que como mexicano puede asumir y cumplir para vivir mejor?, cuestión que cómo podrá entenderse hará que se obtengan resultados distintos (Concha Cantú & et al, 2004)

Ciertamente esta metáfora geográfica, también nos sugiere que dentro del ‘espacio’ de análisis, nosotros conocemos sólo una parte, como en la biblioteca borgiana de Babel, en dónde cada persona tiene asignados ciertos estantes con ciertos libros (una imagen del conocimiento personal al que estamos cada uno de nosotros limitado). Pero esto no supone que ahí se agote el conocimiento, el problema es - y lo susurra Borges- que nos empeñemos en la búsqueda de un libro de libros “que contenga la respuesta a todas las preguntas” pues no existe.

Y hablando de espacio personal, Pierre Bourdieu nos propone el estudio de

...las sociedades (que) se presentan como espacios sociales, es decir estructuras de diferencias que sólo cabe comprender verdaderamente si se elabora el principio generador que fundamenta estas diferencias en la objetividad. Principio que no es más que la estructura de la distribución de las formas de poder o de las especies de capital eficientes en el universo social considerado —y que por lo tanto varían según los lugares y los momentos. Esta estructura no es inmutable, y la topología que describe un estado de las posiciones sociales permite fundamentar un análisis dinámico de la conservación y de la transformación de la estructura de distribución de las propiedades actuantes y, con ello, del espacio social. Es lo que pretendo transmitir cuando describo el espacio social global como un *campo*, es decir, a la vez como un campo de fuerzas, cuya necesidad se impone a los agentes que se han adentrado en él, y como un campo de luchas dentro del cual los agentes se enfrentan, con medios y fines diferenciados según su posición en la estructura del campo de fuerzas, contribuyendo de este modo a conservar o a transformar su estructura (Bourdieu, 1997, pp. 48-49).

Espacio Poético

Del diálogo ameno y fructífero con Salvador Cárdenas, que en este volumen profundiza sobre las implicaciones del espacio y el lenguaje, nos daba noticia de un autor interesantísimo, Gastón Bachelard, quién nos propone una bella imagen en dónde el plano, no es nada más un frío conglomerado de objetos, más bien la armonía tridimensional de las cosas que confluyen en una “inmensidad íntima” (Bachelard, 1986). Así, a la pregunta ¿porqué estudiamos uno u otro tema? Respondemos, que para desarrollar nuestra personalidad, de hecho, descubrimos a los demás en cada escrito parte de nuestra intimidad. Los temas, como los amigos, unos son más cercanos y queridos y otros los soportamos por ratos.

Salvador Cárdenas, va más allá, y propone que en este espacio de objetos -que podrían estar aislados- para el historiador del derecho no lo están, pues no sólo cuentan los objetos si no la relación entre ellos. Por tanto, cuando se estudia el punto, necesariamente (en cuestiones jurídicas) debiéramos tener en cuenta al menos otro punto y la línea que los une.

El saco o la bolsa

Pietro Costa, nos propone una metáfora muy completa para incluir el elemento subjetivo, que aún no hemos considerado, pues hemos hablado sólo en términos topológicos (Costa, 1997, p. 71)⁷. Bien, sabemos que el espacio está ahí, es muy rico y que hay que observarlo, que nuestra

⁷ Si bien la metáfora es un elemento didáctico que el prof. Costa utilizó en los seminarios respectivos que le escuchamos en el doctorado florentino, puede de algún modo deducirse de varios de sus ensayos, en concreto recomendamos uno: Costa (1997, p. 71).

percepción es limitada a ciertas partes del espacio, o que puede ceñirse a un espacio específico, lo cierto es que esto es sólo una premisa metodológica. Pero ahora, estamos delante del trabajo especulativo, hermenéutico y por supuesto científico, debemos comenzar a seleccionar y distinguir entre los objetos que se nos presentan en el espacio; Costa nos dice, que esta actividad es en parte recolectar objetos, que vamos depositando en una bolsa o saco, por lo que son importantes tres cosas: la forma y el tamaño del saco, la forma y tamaño de los objetos recolectados y la relación del saco y los objetos.

Esta metáfora nos ayuda a situarnos: algunos de nosotros daremos preferencia a un cierto tipo de objetos, otros agotarán rápidamente el espacio de su bolsa con pocos objetos, y otros más, la llenarán de objetos, el resultado de la selección, curiosamente no tiene que ver (como ha errado la ciencia positiva en relación al derecho) con quién tiene la mayor cantidad de objetos, si no que en cada caso específico, se requerirá de elementos diversos, que también aquí, necesitan de la intervención de la prudencia para definir sus características.

Una historia plural no puede medir dos investigaciones con la misma medida, depende de los requisitos de cada problema el tipo de bolsa y objetos que se depositarán en ella; es cierto que algunos tendrán más o menos fortuna encontrando las piezas centrales del rompecabezas, y les será más fácil una visión integral, en relación con aquellos que han encontrado muchas piezas, pero sólo del marco que reviste el motivo central del rompecabezas.

Observamos, por tanto, que el mejor aliado de una investigación histórica 'para colmo', es el tiempo, las investigaciones como el buen vino, maduran con el paso de los años, eso no obsta, para que se vayan presentando ante la comunidad científica adelantos, lo que es palpable es que cuando un tema importante nos domina, difícilmente nos abandona, y de una u otra forma va emergiendo en todas nuestras observaciones. Cuando logremos identificar estos temas 'cordiales' (por que se arraigan en el corazón) que sirven de ánclora y eje rotor, no hay que dejarlos escapar por que son de algún modo, nuestra 'teoría del derecho', y en la comunidad científica, nuestra carta de presentación.

Se entiende que pueden existir tantas metáforas como sea necesario para poder explicar, tanto la metodología de la historia del derecho y su problema epistemológico, así como metáforas que explican la historia y el derecho de modo independiente; pero basten por ahora estas como una expresión alegórica, para explicar la tan compleja gnoseología iushistórica.

A continuación haremos una breve referencia a un espacio necesariamente plural, como lo es América Latina que hoy se presenta como una opción temático-geográfica.

Historia Del Derecho En América Latina

La trascendencia de la Historia del Derecho en América Latina es fundamental, lo decimos no sólo por una postura de vanidad gremial, puesto que es indispensable construir sobre bases sólidas, es decir, saber que hemos hecho, para saber que vamos a hacer.

Los límites de una posible historia jurídica común, han sido ya trabajados desde hace más de un siglo a través de la conformación de una parcela muy específica de la historia del derecho, que es la historia del derecho indiano, sin embargo, este coto académico había sido dominado por España, que había establecido un monopolio en el estudio de esta disciplina, y sólo a través de la tenacidad de algunos maestros latinoamericanos, fue abriéndose a otros países, hasta

crear el Instituto de Historia del Derecho Indiano en el que de algún modo confluyeron los historiadores del derecho más destacados, aún, si no eran indianistas; esto permitió el intercambio de ideas y publicación de relaciones muy interesantes, pero hoy se vislumbra un poco alicaído a decir de sus mismos miembros.

Por eso, hoy más que nunca, el estudio internacional de la historia del derecho, nos sugiere pensar en la posibilidad de nuevas brechas, por ejemplo, una muy recurrida en los últimos años, ha sido la de la codificación del derecho en América Latina, que era vista por algunos (González de Cancino, 1986 pp. 147-165; Martínez, 2003, pp. 467-468), como una 'tercera vida del derecho romano', haciendo alusión a la teoría del mexicano-suizo-holandés Floris Margadant (Floris Margadant Spanjaerd-Speckman, 1986), que establecía diferentes desarrollos en el derecho romano, aún si más bien, estas nos son evoluciones sino 'zonas de influencia' respetando la romanística actual que marca una tendencia a deshistorizar el derecho romano que se había convertido en una especie de derecho omnipresente desde Savigny hasta Stein en nuestros días⁸.

El estudio de la codificación como un fenómeno latinoamericano, ha atraído a varios maestros de nuestro continente, desde estudios compilatorios muy serios como los del chileno Alejandro Guzmán Brito (Guzmán Brito, 2000), a estudios analíticos como los de Carlos Ramos Nuñez (Ramos Nuñez, n.d.). Todos estos estudios han hecho hincapié en la *reticencia*⁹ que ha surgido por parte de los diferentes países ha adoptar de inmediato la codificación, aún en ellos, en los que la labor codificadora como Chile, Brasil o Argentina, marcaron hitos nacionales.

Por otro lado, se ha investigado, ¿qué papel ha jugado la costumbre en este movimiento? (Tau Anzoátegui, 2001) O la tradición hispánica, y obviamente el derecho romano como parte de esta tradición.

Recientemente el italiano Sandro Schippani, ha creado un Instituto de Derecho Romano vinculado a América Latina y en la que una buena parte de los trabajos se vinculan a la codificación como un fenómeno neoromanista.

Ahora bien, el problema surge cuando intentamos 'científicamente' generar una categoría que se denomine 'historia del derecho latinoamericano', que a lo mejor no existe, y entonces se nos vea como agoreros de una unión hoy por hoy fantomática, que debiera esperar el momento de estar conformada. Sin embargo, esta es una visión estatalista, es decir, viendo sólo desde el ángulo del derecho público, pues desde la visión del derecho privado y del internacional, es claro que existe derecho latinoamericano en diversas formas. Quizá en parcelas más identificadas como el derecho civil pueda hacerse sólo con un fin didáctico, como lo ha hecho Mathew Mirow (2004).

Toda construcción jurídica justa, nace con la pretensión legítima de servir de modelo y ser útil y de esto si existen muchos ejemplos de 'intercambios culturales jurídicos' entre los países que conforman América Latina, y que podrían ser objeto de estudio, sistematización y comparación: desde las formas jurídicas de la conquista, la fase de la dominación-inculturación española, el derecho de la insurgencia para alcanzar la independencia, la codificación, la socialización del derecho, los derechos humanos, etc.

8 Por ejemplo, suele decirse que un neo-derecho romano sería la solución para el nuevo derecho europeo, cuestión metodológicamente incorrecta puesto que el derecho actual que se construye en Europa es distinto y abrevia de diferentes tradiciones, por lo que sería parcial atribuirle todo el éxito a una sola tradición.

9 Para Salvador Cárdenas muy atinadamente existe una diferencia entre resistencia (no aceptación) y reticencia (aceptación parcial o condicionada).

Pero en cualquier caso, el autor deberá hacer referencia, de cuáles son sus objetivos y que metodología emplea para la comparación. Recordamos a colación de esta sugerencia, qué en México, en los años cincuentas, nació el Instituto de Derecho Comparado, que reunía varios saberes jurídicos acomodados por la idea de verse enriquecidos por la comparación; hoy este Instituto, se ha transformado en el Instituto de Investigaciones Jurídicas, pero su anterior denominación demuestra el interés que se tenía por el derecho de otras latitudes, y que hoy despierta ante el éxito parcial del derecho europeo; en este sentido, es lógico que un latinoamericano se pregunte sí es posible hacer las reformas conducentes al modo europeo, por ejemplo, recordamos en Italia las clases de Historia de la Codificación en Europa e Historia del Constitucionalismo europeo, ya a nivel licenciatura; y en Francia la *leçon* de Historia de la jurisdicción en Europa, materia que estudia los diferentes modos de impartir justicia en cada país a lo largo de la historia.

Tal vez, alguno podría argumentar, que es natural, pues en Europa la Historia del Derecho, si bien nació con tintes nacionalistas (historia del derecho italiano por ejemplo), siempre estuvo acompañada de una materia en historia del derecho medieval y en su momento moderno, que incluía a todo el derecho europeo; de hecho, son múltiples los manuales en Historia del Derecho Privado en Europa: por la parte germana desde el mismo Wieacker, Molitor, Schloser, Wesenberg y Wesener, en Italia Cavanna y Tarello, en Francia Arnaud y Halperin, Portugal Hespánha y en Inglaterra Watson por citar a algunos.

Sin embargo, ese pasado común europeo, que justifica la elaboración de estos manuales, es el mismo, para América Latina, tanto, que se nos ha denominado el 'laboratorio europeo', pero además, tenemos otros elementos que enriquecen nuestro derecho, como lo es claramente la vertiente indígena, aún sí una visión evolucionista y positivista de nuestros países nos haga a veces repeler esta importante raíz.

Nuevamente una visión plural, sería muy benéfica en el planteamiento que estamos sugiriendo, puesto que hay un gran campo que cultivar en este asunto de la historia del derecho latinoamericano, y que hoy busca brazos que lo trabajen y que ya comienza a tener receptividad en Colombia y Brasil con claras manifestaciones, ya bien en la propuesta a crear un instituto por parte de la primera y la organización de un congreso por parte del segundo; sólo podemos congratularnos y desearles el mayor de los éxitos y esperar que México haga otro tanto.

La Cuestión De La Recepción¹⁰

La *Rezeption* es un concepto que en idiomas cómo el alemán y el italiano es netamente jurídico, y equivale a acoger en un ordenamiento o sistema jurídico una ley o un derecho extranjeros (así se lee en la mayoría de los diccionarios idiomáticos). El término es utilizado con algunas variantes por la Historia general y ha sido adaptado, como veremos, para la historia del derecho.

Concretamente en la historia del derecho iberoamericana la influencia, uso y abusó de este término lo debemos a una traducción española de Franz Wieacker, *Privat Rechts Geschichte der Neuzeit* (1952) (Wieacker, 1952), realizada por Francisco Fernández Jardón en 1957 (Wieacker & Jardón, 1957). La edición en castellano traduce en las páginas 89 y siguientes la extensiva explicación de Wieacker acerca de la noción *Recepción*, cosa que no sucede ni con la versión portuguesa, ni con la inglesa, o italiana pues estas tuvieron como referencia la segunda edición que es de 1867.

¹⁰ Estas apreciaciones aparecieron publicadas en parte bajo el título Recibir y Concebir el derecho en la historia. Una propuesta a la base de la historia del derecho (2003-2004).

Wieacker aceptaba desde el inicio que el término lo había leído en un ensayo de A. B. Schwarz, *La réception et l'assimilation des droits étrangers*, de donde concluyó que la recepción sustenta la civilización humana dándole continuidad y supervivencia a la cultura.

Para Wieacker la recepción es un concepto que no debe ser tomado como “una mera convención científica o tópico emocional” sino por el contrario como un concepto complejo que encierra una epistemología que debe ser analizada con rigor metodológico.

La recepción jurídica en concreto “es un caso especial de intercambio civilizador: La admisión de partes principales o esenciales de un ordenamiento jurídico ‘extraño’ por un pueblo, sin haber sido sometido o dominado por otro, pues ello sería la destrucción de la continuidad cultural del sometido o dominado...recepciones son, por el contrario, la aceptación libre y voluntaria...” dentro de los cuáles menciona dos interesantes: La apropiación del Derecho vulgar por los jóvenes pueblos de Europa (quizá la recepción más estudiada y conocida) y la difusión del *Code Civil* en los pueblos románicos y en la Alemania occidental. El porqué Wieacker eliminó esta parte explicativa sobre la Recepción en la 2ª edición es hasta ahora desconocido, pero las hipótesis podrían existir: Quizá en un primer momento Wieacker pensó que una introducción didáctica sería buena, pero una vez que el término fue conocido y ‘recibido’ por la doctrina no era ya necesario ponerlo. Para el profesor Grossi esto tiene que ver más bien con las actividades de Wieacker a quien él conoció personalmente, pues nos dice Grossi que durante la primera edición Wieacker era profesor titular de derecho romano, mientras que ya en la segunda edición era profesor de historia del derecho medieval y moderno.

La cuestión interesante es que en América Latina y España hasta el día de hoy se lee a Wieacker incluyendo la que podríamos llamar la “teoría de la recepción” y hasta el día de hoy se hace referencia a la citada teoría en cátedras, congresos y libros.

Hemos visto en algunas etapas de la historia del derecho que han existido algunos modelos que sin prejuicios han logrado extenderse de una zona de aplicación a otra o de un periodo temporal a otro, esto debido a su racionalidad y a su naturalidad, esto es, el que el derecho pueda ser una cosa objetiva, desglosable racionalmente de la naturaleza humana.

El derecho moderno se ha jactado de obrar dicha transmisión sobre todo con modelos legales, argumentando que la racionalidad de la norma otorga utilidad a la misma y su esencia abstracta le permite ser aplicada en cualquier realidad, es la magia del silogismo jurídico, de la fórmula pseudo-aritmética que parece prescindir de argumentos por que toda ella encierra una consecuencia razonable.

La premisa de la recepción es la utilidad, ‘si ha funcionado en aquél lugar, no tendría porqué no funcionar aquí’, y su contraposición es el nacionalismo jurídico: Francia inventó el Código por considerar que el derecho romano era extranjero, imperialista y burgués. Alemania y España por el contrario retardaron el Código de casi un siglo por razones parecidas.

La teoría de la Recepción dentro de la Historia del derecho ha desempeñado un papel importante primero porque es un modo de verificar una continuidad en institutos e instituciones jurídicas. En segundo lugar, porque ha dado unidad a la materia convirtiéndose en una especie de metodología, que explica los avatares y peligros que ha corrido el derecho romano en su paso de un ordenamiento a otro, en su vulgarización, en su mala interpretación en su menor o mayor recepción por parte de una cultura jurídica determinada.

El riesgo que corremos es justamente el de condicionar la historia del derecho sólo a una historia de lo recibido (olvidando las reticencias y resistencias), o en una mera actualización del derecho romano, mucho menos una exaltación fetichista de tradiciones antiguas, que tal vez ni si quiera llegaron a existir. La historia del derecho nos parece, es algo más.

Historia De La Recepción

La recepción está íntimamente ligada al *ius commune*, en el imperio romano no existía una idea equivalente a recepción justamente porque el derecho romano era hecho para los romanos, era un derecho personal y diferenciado, el que uno u otro pueblo se valieran del derecho romano para elaborar su derecho (tal vez basándose en sus costumbres o en su propio derecho) es un análisis posterior y que implicó la vulgarización del derecho romano mismo, que entre otras cosas no es ya derecho romano en sentido estricto, como no lo es el *ius commune* o mucho menos el derecho indiano.

El derecho romano preveía la existencia de otros derechos, justamente el derecho itinerante, esto permitió que sobreviviera un derecho germánico y una vez disuelto el imperio romano se mezclaran las diferentes figuras jurídicas que a cada pueblo bárbaro sirvieron.

Tal vez pueda pensarse, por comodidad, que como las aportaciones del derecho vulgar fueron pocas, es más fácil aceptar una continuidad entre el derecho histórico romano y los sucesivos derechos, pero sería una imprecisión histórica decir que el *Liber iudiciorum* de los visigodos es derecho romano, el mismo promulgador, Recesvinto asegura que:

estas leyes corregidas, (lo son) porque lo antiguo de los vicios exige novedad en las leyes y la arraigada antigüedad de los pecados reclama innovar las leyes por eso las leyes de este libro escritas desde el año segundo de mi señor y padre, de divina memoria, el rey Chindasvinto para todas las personas y gentes sometidas al imperio de nuestra plenitud, mandamos que valgan con toda fuerza y proclamamos la observancia para suavizar el yugo (Zeumer, n.d., pp. 47-48.).

Quizá una primera consideración para captar la recepción en un derecho podría ser ésta: la voluntad del legislador a no ser considerada como tal.

Estamos tratando de entender si existe una 'identidad jurídica' si cada ordenamiento jurídico se identifica o no a la sociedad a la que se aplica, en este caso de leyes bárbaras es claro que sí, además por que en este periodo no hay modo de comprobarlo a través de la doctrina pues ésta no existía.

La conformación de Europa tiene una lectura particular desde la óptica de la recepción "Europa no es un resultado de la geografía, sino el resultado de la historia" (Cavanna, 1979, p. 25) es la búsqueda de una *Republica christiana*, una unidad espiritual, política y obviamente jurídica. El Sacro Imperio formado por Carlo Magno en el siglo IX es propiamente la representación más evidente de esto. La preservación del latín en la elaboración de los diferentes textos de derecho vulgar hacen suponer un interés en conservar aquello que puede acomunar. Así en la época altomedieval encontramos una idea de sociedad ligada a una sola fe y a una sola ley un mismo derecho, un derecho común, en esta mirada se ve una suerte de europeización "el mundo medieval ha sido transformado en un lento formarse en la conciencia del saberse bajo una autoridad superior de la ley romana" (Cavanna, 1979, p. 25) *Roma mater legum*.

No obstante ya desde esta época hubo quién se opuso a tal expansión en 1219 se prohíbe la enseñanza del derecho romano en la Universidad de París, porque se decía (también en latín) *Rex in regno suo imperator est*.

Alrededor del año 1100 se descubre la *Littera fiorentina* (Orlandelli, 1956, pp. 179-214)¹¹. Según la leyenda en el Exarcato de Ravena se permitió la enseñanza del derecho romano hacia el año 1000¹², Irnerio un notable profesor de artes liberales en esta ciudad comienza a interesarse en el estudio del derecho romano y comienza a leer los textos existentes entonces en Ravena, uno de ellos son justamente las *Pandectas* las cuáles habrían sido encontradas en Amalfi. Convenciendo a Lotario de abrir una universidad en Bolonia, Irnerio parte hacia esa ciudad en dónde sería el primer profesor de jurisprudencia romana y maestro de los grandes juristas que dieran al periodo relevancia en toda la historia del derecho universal. Más tarde las *Pandectas* viajarían a Pisa como regalo hecho a esta ciudad por haber defendido al papa Inocente II contra Pedro el falso (Anacleto II) tiempo después fueron transportadas a Florencia¹³ para quedarse desde entonces en ahí, cosa que permitiría el estudio en una fuente directa del derecho romano (Taglioni, 1829, p. 10).

En este periodo nacen las escuelas de la Glosa y el Comentario, aquí tiene su mayor apogeo la Recepción la cuál viene ligada necesariamente a la codificación justineana y al redescubrimiento del derecho romano, que se identifican en dos figuras aquella de la escuela del *mos italicus* y aquella del derecho reinante el *ius commune*¹⁴.

Francia no está de acuerdo, de hecho comienza una historia paralela por generar una 'identidad gálica del derecho' para entonces la crítica será hecha a través del *mos gallicus* que señala la deficiente interpretación que se hace del derecho romano por parte de Justiniano y su séquito, hasta el grado de negarle valor a la recopilación por haberse hecho en un periodo de decadencia y por personas que no vivieron el derecho clásico, el llamado humanismo propone una justa 'historización del derecho romano' a través de Francisco Hotman.

Desde entonces ha siempre mediado una disputa entre aceptar el derecho romano tal y como era (mediante una cuidadosa recuperación histórica) o aceptar el derecho romano con sus constantes adhesiones a través del tiempo; a esta disputa se agrega el debate sobre la naturaleza de este derecho 'modificado' y si es o no derecho romano, debate que se ha extendido hasta la codificación en la famosa polémica entre Savigny y Thibaut juristas que entre otras cosas eran romanistas.

La confrontación no se ha detenido y aún en nuestros días no podemos hablar de la existencia de unidad discursiva por lo qué es posible encontrar planteamientos que aseguran la recepción del derecho romano en tal o cuál institución actual, aquellos que proponen retomar el derecho romano para crear una nueva figura jurídica o finalmente aquellas teorías que opinan que no es posible hablar de derecho romano sino sólo en sentido histórico.

11 Esto hasta hoy es una cuestión discutida, para algunos la *Littera Bononiensis* es una copia de la *Florentina* o también conocida como *Pisana*, lo cierto es que el descubrimiento científico de esta última se dio sólo hasta 1406, cuando se intentó demostrar, que ésta era la versión del Digesto más antigua. Para otros la Bononiensis tendría sus particularidades y sería un documento diferente: (Orlandelli, 1956, pp. 179-214). Mommsen, en su célebre ensayo, hipotizaba sobre la existencia de un *Codex Secundus*, que conjugó la *littera Florentina* con la *littera Bononiensis*. Algunos intentan demostrar que la Bononiensis es copia puesto que repite el mismo error de foliación que la Florentina siendo posterior a ésta.

12 En Ravena se conocía ya la gran parte del *Corpus iuris*, Irnerio ayudaría a perfeccionar las partes que habían sido rudimentalmente traducidas del griego como el caso de Las Novelas.

13 La historia popular cuenta como en una sala del Palazzo vecchio en Florencia se encontraran en dos nichos representadas las 'leyes de los hombres' a un lado la *littera fiorentina* y de otro lado la Biblia.

14 Derecho que no es sólo romano y que contiene un sinnfn de nuevos planteamientos.

La intención es que la historia del derecho no se convierta en una justificación científica de la eterna recepción del derecho romano, una justificación metodológica de la permanencia de éste, hasta el punto de querer demostrar la existencia del derecho romano en Códigos y Constituciones porque “...no se da necesariamente algún paso adelante, alguna continuidad, alguna prefiguración entre el derecho romano histórico en sí mismo y una lectura liberal retrospectiva” (Cappellini, 2003, p. 474). No existe un derecho puro, todo derecho está contaminado, influenciado de otros sistemas jurídicos, de otras tradiciones, es plural; y en esta amalgamación cifra el derecho su continuidad y su transformación. Quizá sea ésta la razón por la cuál cuando alguien trata de llevar a cabo un ‘sistema puro de derecho’ piense fundarlo en el derecho romano y podrá ser puro en la teoría pero una vez injertado en la sociedad, una vez aplicado, necesariamente se transformará, por eso para legalismos y positivismos radicales la teoría de la recepción sirve como pretexto y la historia del derecho no puede inmutarse ante esta situación, por que la historia del derecho tiene como principal función la de ser la “conciencia crítica del derecho” como suele avisarlo en innumerables ocasiones Paolo Grossi.

Francia, como explica Carlos Ramos “ocupa, en lo que atañe a la recepción, un lugar intermedio entre Inglaterra y Alemania; es decir, entre la carencia y el exceso. Recogió y recreo el Derecho Romano, sin incurrir en formas agudas de recepción, conservando así su antiguo Derecho. A pesar de la desconfianza que concitaba el Derecho Romano es innegable que en Francia, así como en gran parte del continente europeo se incorporó plenamente al patrimonio cultural de estos pueblos, configurando el *Ius Commune*.” (Cappellini, 2003, p. 474). El *Code* es cómo explica el autor: “un crisol de influencias”.

En el movimiento codificador encontramos dos tipos de recepción ya previstas por la teoría wieackeriana: la primera es aquella en la cuál ‘recibimos en América Latina la codificación europea y que hemos propuesto sería mejor llamarla ‘trascendencia’. La segunda es la que propiamente hemos venido analizando y se refiere a la relación y subsistencia del *ius commune* en la codificación moderna, que en este caso se presenta como tema y anatema a la vez, porqué hay quién ha defendido que el derecho romano siga vigente a través de los códigos (Stein, 2001) y para quién resulta una “ideologización del derecho romano” (Cappellini, 2003, p. 473).

Ahora que en Europa se construye un derecho común, muchos han puesto la mirada en aquél derecho de la glosa y el comentario que tuvo presencia en el viejo continente durante tanto tiempo y en zonas de tan variada composición social

La importancia del derecho común no se debe ceñir exclusivamente al periodo colonial o indiano, sino que ha proyectado su influencia decisiva a lo largo y ancho de los países americanos, incidiendo de manera variada, pero siempre constante, en sus procesos codificadores. La ambigüedad que este fenómeno de la Codificación ha manifestado respecto al derecho romano se deja ver con claridad en el pensamiento y en las realizaciones de dicho proceso. El siglo XIX, por tanto, no pone fin a la incidencia del derecho común, lo mismo que había sucedido en Europa, no obstante el pensamiento crítico que se había desarrollado en el siglo de la Ilustración contra los abusos y defectos de la jurisprudencia hasta ese instante manejada. Esto se puede observar a lo largo de los diferentes procesos codificadores y de las obras de los juristas que se hallaron en esta etapa intermedia, de tránsito o paso de un sistema jurídico periclitado a uno novedoso, que, sin embargo, compartía muchas cosas con el derecho anterior (Martinez, 2003, p. 467-468).

El punto en cuestión es sí: ¿el derecho romano encontró o no acomodo en la codificación? La supervivencia del derecho común en la doctrina americana, el conocimiento y manejo de sus fuentes por los codificadores americanos harían suponer una “tercera vida del derecho romano”

como la llama Martínez Martínez (Martinez, 2003, p. 523), no obstante hay algunos signos que nos hacen dudar y nos llevan a moderar esta afirmación: por un lado encontramos la declaración expresa de los codificadores de no incluir el derecho romano como tal en la codificación, por otro lado la idea misma de codificación implica un derecho nacional, unitario, cerrado y completo que rechaza antiguos dogmas jurídicos en la idea de codificar *ex novo*, es parte de la vanidad moderna de perpetrar un sistema *ad aeternum*.

Tal vez la muestra más evidente de renuncia al derecho común sea en el concepto de persona, antes de la codificación: ‘no todos son personas pero...’, es el principio del que se parte, en cambio en el Código Civil se parte del principio inverso: ‘todos son personas pero...’ El primer principio lo podríamos llamar como *principio de desigualdad equitativa* y el segundo como *principio de igualdad inequitativa*, ambos principios son discriminatorios pero la razón de la discriminación es diferente aún si ambos justifican su discriminación en el derecho natural; Para el primero hay desiguales porque objetivamente es así y esto sirve para proteger un tipo de sociedad preconcebida, para el segundo hay desiguales porque subjetivamente es así y en el ejercicio de la propia personalidad algunos van demostrando su incapacidad para ser personas al modo cartesiano. Pareciera que el primer principio se funda en una visión católica aristotélico-tomista que jerarquiza a los individuos según su finalidad dentro de la economía divina, mientras que el segundo se funda en una visión jacobina o protestante que mira a todos iguales en un inicio pero que entiende como sujetos predilectos aquellos que demuestran una plenitud social, económica o personal en la vida corriente.

Así el derecho romano no tuvo realmente una “tercera vida”, más bien se utilizaron algunas partes de su cuerpo para hacer algunos injertos, tanto es así que, en tales casos el principio permaneció igual, con el mismo tejido epidérmico y del cuál emana un olor particular de cosa vieja cuando se encuentra en un código y se lee.

Recibir el *ius commune* era una cosa hasta cierto punto entendible, recibir la codificación significaba no sólo adoptar un sistema pragmático sino una ‘cultura’ como lo señala Tau Anzoategui:

El sistema de Códigos...cierra la vía a otras formas de creación jurídica que no emanen del mismo código –costumbre, doctrina de los autores, jurisprudencia de los tribunales. Y encuentra a una elite de juristas consustancial a esta orientación que acepta una considerable reducción de sus posibilidades creativas (La Cultura del Código, 1998).

Recepción es un concepto que le va mejor al derecho indiano, que a la codificación, que por esencia es impositiva, elitista y ¿porqué no? absolutista como la llama Paolo Grossi (Grossi, 1998).

Recepción implica cierta disposición a acoger. En la codificación la fuerza directora del movimiento estaba ya establecida desde que fue concebida. Sí de manera general podemos hablar de ‘influencia’, está necesariamente, por la naturaleza de la codificación, comienza desde quién ejerce la misma, es una influencia que desde el inicio buscó ‘trascender’ ir más allá de su realidad histórica y nacional’, misma situación en la que se encuentra paradigmáticamente el concepto de persona. Cuando Pothier construía una noción jurídica de ser humano o Bentham una de sociedad codificada pensaban en aportar una construcción que permaneciera en el sistema jurídico para siempre.

El *Code* se presenta dentro de la codificación como el paradigma, es por eso entendible que Wieacker lo considere una de las recepciones más evidentes. Pero por su especial naturaleza de propaganda revolucionaria pero esencia conservadora lo llevó a ser el predilecto en la

recepción que operó en la codificación latinoamericana, así en México Justo Sierra O'Reilly, el codificador del XIX admite que la fuente principal es el *Code*, y este con bajas y altas ha estado a la base de las futuras generaciones de códigos civiles hasta el actual de 1928. Un poco por efecto dominó, se originaron situaciones parecidas en todo América Latina (Guzmán Brito, 2000; Ramos Nuñez, 1997) sin quitar ningún mérito a nuestros grandes codificadores que contribuyeron con su formación en muchos casos romanista y de derecho comparado, sin embargo no pudimos mantenernos intactos de una recepción acrítica, es más, es posible que hayamos sido contagiados, pero esta recepción moderna, esta clonación de un texto en lugar de fuentes, que había sido criticada por el mismo Wieacker de 'positivista' impidió de algún modo que obrara una crítica profunda y propositiva en el movimiento codificador latinoamericano, insistimos que sí bien pudieron darse innovaciones y propuestas estas permanecieron siempre dentro de los márgenes del modelo; la tradición (Hernandez et al., 1976) y los derechos particulares influyeron poco, baste pensar a la omisión del derecho indígena, en la organización territorial, en ciertos derechos de comunidad que desaparecieron después de la codificación.

Lo importante es lograr hacer de la recepción un instrumento útil pero no el fin. Ciertamente podemos hablar de una *Crisis de la codificación moderna* y de nuevas perspectivas hacia un derecho más flexible como hemos visto en la primera parte, y que de posibilidad a una verdadera recepción de ideas útiles e inteligentes, pero debemos aceptar que debido al proyecto del derecho moderno, la forma Código ha soportado toda clase de críticas y embates pero sigue dominando la escena y por el momento no se le ve flaquear:

En una época como la nuestra, así convulsiva, así mutable e indeterminada, caracterizada por la tendencia a la desmaterialización de las relaciones y de un gusto palpable por el virtual, volver a pensar una cuestión históricojurídica vivida, en su totalidad a la sombra de un monstruo sagrado (el Código) que hacía del sujeto y de su voluntad el centro ordenante del universo jurídico, puede revelarse útil y en ciertos casos, hasta iluminante. Esto, sobre todo, si se descubre que aquél monstruo sagrado está todavía vivo y es vital, modificado pero no disuelto (Sabbioneti, 2001, p. 867).

El mismo Wieacker sanja el problema al advertir que la recepción no debe ser acrítica sino por el contrario

el acogimiento de las formas de vida de la sociedad humana se significa en el concepto '*Recepción*'. En el sentido de *aceptación y asimilación del derecho (Übernahme und Aufnahme des Rechts)*, refleja solamente de manera incompleta aquel proceso *trascendental* (estas cursivas son nuestras). La moderna investigación, por ello, admite el término con reservas (Molitor & Schlosser, 1980, p. 11).

No estamos en contra del uso del término sino de su uso indiscriminado, que en algunos casos llega a justificar anexiones de enteros sistemas legales o de normas extrañas a la tradición jurídica sin ninguna crítica o aportación propias. La Recepción será así, uno entre muchos procesos históricos, es la evolución del derecho vista desde la perspectiva del derecho romano.

Durante el siglo XIX hubo una reconsideración de la función del derecho romano que permeó en los doctrinarios de América Latina:

Las leyes del derecho civil y común imperial de los Romanos se reciben en cuanto a razón natural, y no en cuanto leyes, autoridad y potestad suya, pues no lo son, ni la tienen en los reinos donde los reyes y príncipes de ellos no reconocen sujeción al Imperio Romano, ni superior en lo temporal como en los reinos de España y reyes de ellos nuestros señores... (Hevia Bolaños, 1825, pp. 1, 8, 15, f. 45).

Cómo bien explica Wieacker esta idea del derecho romano como ‘derecho extranjero’ es parte del movimiento romántico y nacionalista del XIX (Wieacker & Jardón, 1957, p. 104) y se dio tanto en Europa cómo en América Latina.

Sin embargo el derecho moderno dio a la Recepción general una función diferente en la creación del Estado nacional a través de la racionalización y la centralización y muchas veces fue utilizada como bien dice explica Wieacker en “un proceso histórico-constitucional” (Wieacker & Jardón, 1957, p. 109) entonces no contó más el que fuera o no derecho extranjero o fuera o no derecho romano histórico contaba sólo el hecho de que sirviera para crear y justificar un sistema jurídico unitario, nacional en el sentido de que vendría promulgado por un órgano oficial.

El peligro lo advierte el mismo Wieacker, es la

inexacta formula de ‘recepción del derecho romano’ (fruto del) Positivismo jurídico del siglo XIX (que ve) en el derecho sólo una suma de preceptos o normas que sin más podían ser extendidas a otra comunidad jurídica, y el pasar por alto la dependencia de ese derecho positivo, tanto de un conjunto de condiciones espirituales y éticas como de la oportunidad social e histórica de su realización (Wieacker & Jardón, 1957, p. 92).

Justamente el positivismo hace del derecho una cuestión inmaterial y desligada de la sociedad hacia las normas que la rigen, el derecho se convierte en una mercancía transportable, maleable y controlable. Los peligros son la extrapolación, el desarraigo social y el aislamiento.

Por eso, Paolo Grossi propone una nueva función de la historia del derecho que comienza en la tarea de “...abatir las fronteras demasiado angostas, excluir reduccionismos, impedir la excesiva aridez cultural creando diálogos e instituyendo ocasiones de encuentro con dimensiones diferentes de la jurídica” (Grossi, 1973) Solicitud que las ciencias sociales han hecho siempre al jurista, que a veces está cargado de prejuicios hacia otros saberes por considerarlos acientíficos, pero que son justamente los que fundamentarían un carácter social. Solicitud que dentro de todas las ramas del derecho debería ser considerada, en primer lugar, por la historia del derecho, por ser esta justamente, el producto, sí del derecho, pero del derecho como un descubrimiento de una determinada sociedad que se organiza.

Concebir El Derecho

La Recepción por sí sola no sería entendida si es que no se añade el proceso inmediato que caracterizará al nuevo derecho que se genera fruto de la recepción, y esto es lo que llamamos concebir el derecho.

La palabra *concepción* tiene dos significados muy importantes para el caso que nos ocupa por un lado tiene que ver muy de cerca con el tema de la *interpretación*, pero por otro lado la misma palabra significa también dar a luz y por tanto *creación*.

La Recepción medieval permitió en cierto modo, una *Concepción* particular del derecho que originó un perfeccionamiento del mismo y que lo llevó a confrontarse con una variedad de fuentes, lo que se recibía eran el marco y el pegamento, las piezas que darían color y solución a la infinidad de problemas las fueron poniendo los juristas a través del tiempo el derecho premoderno no sólo trató de entender el derecho recibido sino que *concibió* nuevas figuras.

El derecho moderno destruyó de alguna manera esta coexistencia entre *recepción* y *concepción*, porque una vez establecido lo que se *recibía* la *concepción* fue considerada peligrosa y perjudicial para la anhelada certeza jurídica.

La Historia del derecho tiene en este punto una función primordial y es la de otorgar a la interpretación un sustento eficaz y la de proponer a la ciencia jurídica el uso mismo de la interpretación histórica:

Sólo el valor de experiencia histórica que resulta de esta interpretación a nivel científico-cultural puede llegar a ser realmente útil para la *compresión* del estado actual de la ciencia del Derecho. Este valor se torna entonces adecuado para iluminar la necesidad del estudio de la Historia del Derecho en nuestra actualidad tan desligada de lo histórico y ello pese a los agoreros que profetizan su adiós (Molitor & Schlosser, 1980, p. 12).

La propuesta es la de crear en la ciencia jurídica una conciencia crítica que nos lleve a *Concebir* el derecho en todos sus sentidos, a intuirlo en la problemática cotidiana, a descubrirlo en la sociedad y a entenderlo a través de su realidad histórica, política y conceptual.

La historia del derecho ha contribuido en cierto modo a crear esta conciencia crítica y plural, si bien, como cátedra es más joven que la enseñanza del mismo derecho romano, como práctica, ha estado ligada a éste indisolublemente desde su nacimiento, pero la historia del derecho al igual que el derecho romano, son instrumentos de los que se debe valer el jurista para contribuir a crear un orden, en el cuál, la convivencia humana sea afable, sí a este fin, sirve recibir un cierto tipo de sistema jurídico, no somos contrarios, que se *reciba* siempre y cuando se *conciba*, esto, en todos los sentidos de la palabra.

Hacia Una Historia Del Derecho Compartida

Podríamos llamar también a esta historia que proponemos, dialógica, abierta, empática, y habría un sinfín de términos con la idea de 'incluir'. Esta es nuestra propuesta, en un mundo al que le urge recuperar la confianza en sus instituciones, en el derecho, en la justicia y en sus semejantes; en un contexto dónde es necesario superar el concepto cerrado de tolerancia, cómo un simple 'te soporto', y pasar al nivel superior que implica la dinámica constructiva de la retroalimentación, del compromiso, en el cual es necesario, generar personas y relevar al individuo de su misión de aislamiento, de Estado irresponsable de soberanía, en dónde el saber es un lujo, y su difusión un pendiente siempre pospuesto.

La historia plural es sobre todo compromiso, interés social real, es una hipoteca que pesa sobre cada historiador del derecho, como punzón que agujereja la conciencia del jurista, que alerta sobre la falta de coherencia en la construcción de una cultura y de una ciencia jurídicas, porque nosotros percibimos la movilidad del derecho y seríamos irresponsables si dejáramos de denunciar las formas en las que se petrifica.

Es verdad, esto supone mucho más trabajo que la simple contemplación, descripción o narración de la historia, que es también necesaria, pero hoy la pluralidad convoca a pensar más allá de nuestro encostrado egoísmo intelectual y a compartir nuestros ideales, nuestras utopías, nuestros sueños, y ¿por qué no? Nuestros fracasos, pues en el contexto fraterno son más llevaderos.

References

- Aguirre, R. C. A. (2014). *Antimanual del mal historiador: O ¿cómo hacer hoy una buena historia crítica?* Libros de contrahistorias.
- Bachelard, G. (1986). *La poética del espacio*. Fondo de Cultura Económica.
- Bourdieu, P. (1997). Espacio social y campo de poder. In *Razones prácticas. Sobre la teoría de la acción*. Anagrama.
- Cappellini, P. (2003). Dal diritto romano al diritto privato moderno. In *Diritto privato romano* (pp. 453-474).
- Cappellini, P., & Sordi, B. (2002). *Codici: Una riflessione di fine millennio ; atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-28 ottobre 2000*, Giuffrè.
- Carbonnier, J. (1998). *Flexible Droit: Pour une sociologie du droit sans rigueur*. LGDJ.
- Cárcova, C. (1998). *La opacidad del derecho*. Trotta.
- Cavanna, A. (1979). Storia del diritto moderno in Europa. *Le Fonti e Il Pensiero Giuridico*, 1.
- Concha Cantú, H. A., & et al. (2004). *Cultura de la constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*. IJ-UNAM.
- Costa, P. (1997). Storia giuridica: immagini a confronto. In *Anuario de historia del derecho español, LXVII* (Vol. 1). Homenaje a Francisco Tomás y Valiente.
- De la Torre Rangel, J. A., & Paoli, A. (2002). *Derecho alternativo y crítica jurídica*. Porrúa Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente Universidad Autónoma de Aguascalientes.
- Floris Margadant Spanjaerd-Speckman, G. (1986). *La Segunda Vida del Derecho Romano*. Porrúa.
- Fukuyama, F. (1989). *The end of history? The national interest* . 16.
- Fukuyama, F. (1992). *The end of history and the last*. Avon.
- González de Cancino, E. (1986). Algunas consideraciones en torno a la influencia del Derecho Romano en las codificaciones civiles de América. In *INDEX, Quaderni Camerti di Studi Romanistici* (Vol. 1986, pp. 147-165).
- Grossi, P. (1973). *Pagina Introduttiva, Quaderni fiorentini per il pensiero giuridico moderno* (Issue 2). Giuffrè.
- Grossi, P. (1986). *Storia sociale e dimensione giuridica : strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro ; atti dell'incontro di studio, Firenze, 26-27 aprile 1985*. Giuffrè.
- Grossi, P. (1998). *Assolutismo giuridico e diritto privato*. Giuffrè.

- Grossi, P. (2000). El punto y la línea. Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo. *Revista Del Instituto de La Judicatura Federal*, 6.
- Guzmán Brito, A. (2000). *La Codificación Civil en Iberoamérica. Siglos XIX y XX*. Editorial jurídica de Chile.
- Hernandez, G. A., Cienfuegos, A., & Zuleta, P. E. (1976). *El tratamiento de la costumbre en la codificación civil hispanoamericana*. Sucs. de Rivadeneyra.
- Hevia Bolaños, J. (1825). *Curia Filipica*. Imprenta de la Real Compañía.
- La Cultura del Código. (1998). *Revista de Historia Del Derecho*, 26.
- Lorente Sariñena, M. (2001). *La voz del Estado: La publicación de las normas (1810-1889)*. *Boletín oficial del Estado*. Centro de estudios políticos y constitucionales.
- Malinowski, B. (1974). *Magia, ciencia y religión*. Ariel.
- Martinez, M. F. (2003). Acerca de la recepción del ius commune en el derecho de indias: notas sobre las opiniones de los juristas indianos. In *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* (Issue XV, pp. 447-523).
- Mirow, M. C. (2004). Latin American law: a history of private law and institutions. In *Spanish America*. University of Texas.
- Molitor, E., & Schlosser, H. (1980). *Perfiles de la nueva historia del derecho privado*. Bosch.
- Mongin, O. (1994). *El miedo al vacío. Ensayo sobre las pasiones democráticas*. FCE.
- Orlandelli, G. (1956). Ricerche sulla origine della «littera bononiensis»: scritture documentarie bolognesi del secolo XII. *Bollettino Dell'Archivio Paleografico Italiano*, 2-3, 179-214.
- Ramos Nuñez, C. (1995). Código Napoleónico, fuentes y génesis. *Derecho y Sociedad, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Perú*, 10, 153-161.
- Ramos Nuñez, C. (1997). *El Código napoleónico y su recepción en América latina*. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rioux, J.-P. (1998). Un terreno y una mirada. In *Para una historia cultural* (pp. 11-23). Taurus.
- Sabbioneti, M. (2001). Di alcune modificazioni del modello napoleonico di diritto. In *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 30 (2), 858-867.
- Sarat, A., & Kearns, T. R. (1993). *Law in Everyday Life*. University of Michigan Press.
- Sirinelli, J.-F. (1992). *Historie des droites en France* (Vol. 2, p. III.). Gallimard.
- Stein, P. G. (2001). *El derecho romano en la historia de Europa. Historia de una cultura jurídica*. Siglo XXI de España Editores.

Taglioni, O. (1829). *Codice civile francese ove merce del confronto colle leggi romane*. Dai Torchi di Pandolfo Rossi.

Tau Anzoátegui, V. (2001). El poder de la Costumbre. Estudios sobre el derecho Consuetudinario. In *América Hispana hasta la emancipación*. Instituto de Historia del Derecho.

Toffler, A. (1990). *El cambio del poder*. Powershift.

Wieacker, F. (1952). *Privat Rechts Geschichte der Neuzeit*.

Wieacker, F., & Jardón, F. F. (1957). *Historia del derecho privado en la Edad Moderna*. Aguilar.

Zagrabelsky, G. (2002). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Trotta.

Zeumer, K. (n.d.). *Legis Visigotorum*. Monumenta Germaniae Historica.

Data de recebimento: 07/10/2020

Data de aprovação: 13/11/2020