

CONSECUENCIAS DE LA RENOVACION HISTORIOGRAFICA
DE LOS DERECHOS DE LA ANTIGUEDAD¹

Arnaldo Momigliano (+)
Profesor de la Universidad de Londres

I

Imagino –creo imaginar– que estamos aquí para celebrar un advenimiento histórico de alguna importancia, el fin de la Historia del Derecho como rama autónoma de la investigación histórica. Pocas áreas de la historia pueden ufanarse de la antigüedad y de su autoridad como la Historia del Derecho. Pocas como ella pueden jactarse también de sus resultados. Pero,

-
1. Traducido del italiano por Carlos Ramos Núñez. Extraído del libro *La storia del Diritto nel quadro delle scienze storiche. Atti del primo Congresso Internazionale della società italiana di Storia del Diritto*, Florencia, 1966: 21-37. Título original: "Le conseguenze del rinnovamento della storia dei Diritti Antichi".

El presente texto es de fundamental importancia para la historiografía jurídica moderna. Robert Gordon, uno de los exponentes más notables de la Critical Legal Studies, en el campo de la historia del Derecho, ha reconocido las deudas de dicha escuela con las ideas reseñadas en ese artículo del historiador Momigliano ("J. William Hurst and the Common Law Tradition in American Legal History", en *Law & Society*, vol. 10, Nº 1, 1975: 9-56). (Nota del traductor).

- (+) El desaparecido historiador italiano Arnaldo Momigliano, en un encuentro entre historiadores e historiadores del Derecho, a propósito de la sociedad clásica, plantea la conveniencia del trabajo interdisciplinario y la urgencia de no pasar por alto los aspectos legales. Dada la expansión que la historia del Derecho empieza a cobrar en el Perú, el texto –desconocido en español– resulta de crucial importancia.

me parece evidente que, en la actualidad, no hay cómo conservar la distinción entre la historia desarrollada por los historiadores y la cultivada por los juristas. Por centurias –al menos desde el tiempo de los juristas “cultos” del Renacimiento– la distinción se ha mantenido porque los juristas se servían de la historia política para interpretar las razones y el significado de los mandatos legislativos, mientras los historiadores se valían de las normas legales para iluminar los advenimientos políticos. La noción de historia de la civilización –propia del Setecientos– no eliminó la distinción, precisamente, porque no cambió las diferencias de actitud de los historiadores en general y de los historiadores del derecho frente a los textos legales. A estos últimos les interesaba observar como las diversas civilizaciones se expresaban a través de múltiples formas legislativas; a aquéllos, en cambio, les preocupaba usar los documentos legislativos como manifestaciones de los mundos civilizados que estudiaban. Diferencias de estilo, de tradición literaria y de formación cooperaban en mantener esta separación. Los historiadores del derecho hablaban un lenguaje, el lenguaje jurídico, no siempre accesible al profano; partían de formas literarias propias, como la glosa y el tratado sistemático; escribían y enseñaban, no para los historiadores sino para los juristas profesionales.

Ahora, la única distinción que subsiste entre historiadores–historiadores e historiadores juristas es esta última: la separación de la enseñanza universitaria. Consiste en una separación que parece cada vez más absurda. Intrínsecamente, por lo menos en el campo que manejo, el Derecho antiguo, dicha distinción no existe más. Tengo aquí, idealmente, delante mío, una pila de libros de derecho antiguo. ¿Quieren que cite alguno?. Veamos: V. Arangio-Ruiz, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*; U. Coli, *Il Diritto pubblico degli Umbri*; P. De Francisci, *Primordia Civitatis*; F. De Martino, *Storia della Costituzione Romana*; P. Noailles, *Fas et Jus*; U. von Lübtow, *Das Römische Volk*; J. Gaudemet, *La formation du droit séculier et du droit de l'église aux IVe et Ve siècles...* Son libros de juristas, pero no encuentro diferencias con cualquier otro libro de historia. Salvo una cierta diferencia terminológica, casi un rezago de los viejos tiempos que parecería una distinción formal. Paradójicamente, se diría que hoy los historiadores propiamente dichos exageran su preocupación por las formalidades jurídicas; mientras que los historiadores del derecho tienden a descubrir las realidades sociales que se subyacen a las instituciones jurídicas. Nadie es más preciso en el conocimiento de las particularidades formales como cuatro grandes historiadores que provienen de la filología, a saber, L. Gernet, A. Piganiol, K. Latte y E. Bickerman. Empero, corresponde a un jurista, W. Kunkel, el libro sobre *Herkunft un soziale Stellung der Juristen* y es de otro jurista,

Honoré, la primera, y quizás la última, biografía de Gayo. Esta paradoja puede ser ilustrada con la afirmación de uno de los maestros más eminentes de la escuela sociológica del derecho, Henri Lévy-Bruhl, quien, por preservar el último vestigio de distinción entre historiadores “puros” y juristas, asevera que los historiadores quieren saber aquello que ha ocurrido y, por eso, se hallan tentados de rechazar como algo desprovisto de valor a los documentos apócrifos; mientras el jurista, al contrario, sabe que la leyenda es más real que la historia, aprobando, por lo tanto, los documentos falsos². Estoy convencido que Lévy Bruhl sería el primero en admitir que la insistencia por las falsedades como representativas de una época es un típico interés que los historiadores “puros” han transmitido a los juristas.

De hecho, la eliminación de la historia del derecho como disciplina independiente me parece que está ya descontada. Así parece deducirse de un programa de trabajo para un historia del derecho y de las instituciones de la Iglesia en Occidente formulado en los *Prolégomènes* de Gabriel Le Bras (1955). No importa preguntarse si ha sido Max Weber o, la escuela francesa de sociología o, la enseñanza de Marx y Engels, o el pensamiento de Marc Bloch responsables de haber precipitado esta solución. Lo cierto es que existe un reconocimiento general que el derecho, como sistematización de relaciones sociales a un nivel dado, sería incomprensible sin un análisis de las orientaciones sexuales, de las creencias ético-religiosas, de la producción económica y del poderío militar que caracterizan una sociedad determinada en un momento dado y que se expresan en agrupamientos de individuos y en conflictos. Se puede pensar que la historia de la literatura, la historia del arte, la historia de la ciencia y la historia de la religión puedan conservar hoy alguna autonomía, en cuanto se hallan enraizadas en variadas actividades de los hombres. No se puede pensar, sin embargo, en una autonomía de la historia del derecho que es por su naturaleza una formulación de relaciones sociales arraigada en multiplicidad de actividades humanas. Y si, en ciertas sociedades se tiene una clase de jurisconsultos con reglas especiales de conducta, también éste es un fenómeno social que es preciso interpretar.

La renovada faz de la historia del derecho resulta evidente, más que por consideraciones teóricas, por el sentimiento de malestar que se experimenta apenas se observa que es afrontado en términos tradicionales un problema

2. “Aspects sociologiques du Droit”, París, 1955. Véase en el mismo volumen el ensayo “Le fait historique”. Una bibliografía de la obra de H. Lévy-Bruhl, en “Droits de l’antiquité et sociologie juridique”, Mélanges H. L. B., París, 1959.

ordinario de historia jurídica. Es difícil calificar erróneo un razonamiento que partiendo del presupuesto que los *gens* son formaciones patricias, deduce que las curias estaban reservadas a los patricios y, por lo tanto, el testamento delante ante los comicios era una prerrogativa de aquéllos. Sin embargo, se observa inmediatamente que el problema es otro. La cuestión es si en la sociedad romana del siglo V a.C., que creó las XII Tablas, podía regir una distinción semejante en materia de *gens* o diferencias entre tipos de testamento entre patricios y plebeyos y si para el período anterior a las XII Tablas estamos suficientemente informados como para poder formular alguna hipótesis, no sobre el testamento, sino sobre la naturaleza de las *gens*.

No es, pues, la eliminación de la contraposición entre historia-historia e historia jurídica que vale la pena discutir. Son las consecuencias las que deben ser afrontadas. Algunas son de carácter práctico. Otras, las más difíciles son de carácter teórico.

Y para comenzar por las consecuencias de carácter práctico, es obvio que la situación presente de la investigación histórica exige que todo historiador sepa comprender el derecho como la economía, la religión como la política. Formidables exigencias que se agravan por la falta de una adecuada educación de los futuros historiadores. Yo puedo hablar aquí de mi experiencia en Universidades italianas, inglesas y americanas. No sé que ocurra en Francia o en Alemania, si bien muchos de nosotros miramos con envidia la variedad y profundidad de las lecciones en la *Ecole de Hautes Etudes*. Entre nosotros el estudio de historia antigua educado en la Facultad de Letras no aprende jamás derecho romano y casi nunca derecho griego y, viceversa, el historiador del derecho romano educado en la Facultad de Leyes poco sabe de la historia política y no tiene ninguna experiencia directa de investigación filológica. No debe maravillarnos que los comentarios a las interpolaciones sean conducidas con métodos que provocan risas. Es evidente que es necesario emprender una radical reforma de la historia en la enseñanza superior. Eliminada de la enseñanza la distinción entre historia-historia e historia del derecho, serán eliminados también todos los efectos prácticos del dualismo entre sociología e historia. No quiero aquí entrar en discusiones teóricas sobre la relación entre sociología e historia o, como hoy se dice, entre ciencias nomotécnicas e ideográficas. Gran parte de aquello que se llama sociología del mundo antiguo es costumbre o Derecho, visto en disposición sincrónica más que diacrónica. Al menos para el mundo antiguo, apenas se olvide la distinción entre historia y derecho, se olvidará también la distinción entre historia y sociología.

Por el lado teórico, devienen inútiles las viejas cuestiones que se demandaban si la historia del Derecho romano debía transformarse en historia del Derecho antiguo o si el *Staatsrecht*, el Derecho Público romano, debía ceder el lugar a la *Verfassungsgeschichte*, es decir, a la historia constitucional. Ideas éstas que, en su tiempo, ayudaron a aclarar la conexión entre el Derecho Romano y otros Derechos antiguos y a indicar los flancos débiles de una mera descripción estática de los institutos de Derecho Público. Pero, en nuestros días, ¿quién puede interesarse en saber si la Constitución de Servio Tulio sea parte del *Staatsrecht* o de la *Verfassungsgeschichte*; de la historia del Derecho romano o del Derecho antiguo?

Incluso en temas más complicados que los precedentes, una clara identificación de historia social e historia jurídica sirve para eliminar viejas ambigüedades y viejos problemas. Indicaré sólo dos: En la *Untersuchungen über römische Verfassung un Geschichte* de J. Rubino (1839) fue formulado uno de los criterios más afortunados para combatir el escepticismo difundido por G. B. Niebuhr sobre la historia romana arcaica. Los reyes podía no haber existido nunca; pero, la tradición constitucional romana no deja dudas sobre la existencia de la monarquía y permite clasificarla y caracterizarla. Mommsen y hasta Eduardo Meyer se ha plegado a este criterio. Empero, hasta un juez cauto como Gaetano De Sanctis podía repudiarlo en una de sus fórmulas más características: “La tradición es bastante menos fidedigna para la historia interna que para la historia de las guerras externas de Roma”³. De Sanctis, ciertamente, aludía a las construcciones de los juristas y a las falsificaciones de los políticos como las causas de la deformación de la historia interna de Roma. La contradicción entre Rubino y De Sanctis parece total, mas si se atiende a un análisis de los grupos sociales dominantes en Roma en los últimos siglos antes de Cristo, que tenían interés en conservar formas arcaicas de vida pública, la contradicción se atenúa hasta desaparecer. En verdad, Rubino y De Sanctis hablaban de dos cosas diferentes: uno de ciertas instituciones, el otro de los conflictos entre patricios y plebeyos.

El segundo problema al cual aludía es al que se refieren estudiosos como E. Wolf en su *Griechisches Rechtsdenken* y E. A. Havelock en *The Liberal Temper in Greek Politics* y que gira en torno a la naturaleza del pensamiento democrático griego. Si nos contentamos con las elaboraciones de los teóricos de la política, los resultados serán no sólo pobres sino incluso contradictorios. Demócrito, quien era una demócrata por excelencia según

3. *Storia dei Romani* I, 1907, 397.

Havelock, es relegado en el pensamiento apolítico de Wolf. El hecho es que los demócratas griegos no escribían teorías, o por lo menos, no han dejado trazas de ellas, pero sí formularon constituciones, reformas radicales y coherentes. Únicamente, aunando historia constitucional, pensamiento político y luchas sociales se da cuenta cabal de quienes fueron los demócratas en Atenas y en otros lugares. Quien va en busca de un Platón democrático, esté seguro de no encontrarlo ⁴.

II

Es evidente que nos interesan no tanto las dificultades que se pueden resolver fácilmente, si bien aquellas que se acrecientan con la abolición de los compartimientos estancos. Si se colocan juntas religión, economía, política y derecho, crece la probabilidad de multiplicar los errores. Una equivocada interpretación de los hechos económicos o religiosos puede fácilmente hallarse a la base de una errónea interpretación de los hechos jurídicos y viceversa. Basta mirar alrededor. La noción de un comunismo primitivo es punto de partida de interpretaciones de la estructura jurídica de Grecia y de Roma arcaica. Ni siquiera existe necesidad de advertir que es más fácil citar un autor moderno que un documento antiguo sobre este comunismo primitivo. Habría habido propiedad familiar, pero no es sencillo probar su existencia. Pudo haber sido algo diverso. Un estudio reciente de B. Borecky sobre *The Primitive Origin of the Greek Conception of Equality* ⁵, habla del tránsito de la propiedad colectiva de la comunidad tribal a la propiedad privada. Pero, en el momento decisivo, no hay otra prueba que la fórmula "George Thomson has shown..." y, George Thomson no es un documento antiguo.

Devenida multilateral la interpretación de todo hecho histórico, el uso del método comparativo debe adecuarse también a esta multilateralidad. Actualmente, la comparación no se puede hacer más sobre la base unidimensional que la lingüística y la historia del derecho todavía aceptaban como propia algunos decenios atrás. La comparación de instituciones aisladas—digamos, el matrimonio o la compraventa—es tan inútil como la comparación de palabras individuales. De un lado, este cambio elimina los parecidos superficiales. Ahora no basta buscar el probable origen común de un término.

4. M. I. Finley, Athenian Demagogues, "Past and Present", 21, 1962, 3-24.

5. En el volumen colectivo "Geras. Studies presented to George Thomson", Charles University, Praga, 1963, 41-60.

De otro lado, el mismo carácter total y multilateral de la comparación puede conducir a errores colosales: bastan algunas identificaciones erradas para comprometer la interpretación de civilizaciones enteras. De la interpretación de algunos términos concerniente a la propiedad agrícola depende la caracterización de la economía de una sociedad dada. De la interpretación del carácter de las curias romanas dependen la legitimidad de parangonar la estructura tribal de Roma con algunas griegas. El peligro de falsificación será tanto mayor cuando más el comparatista sea víctima de la ilusión de que las leyes de desarrollo son uniformes para todos los pueblos. Propiedad colectiva, totemismo, estructura tribal, mentalidad mágica son ya, de por sí, nociones ambiguas, capaces de interpretaciones bastante diferenciadas. Si todavía se plantea la ilusión que la sociedad humana se desarrolla uniformemente de la propiedad colectiva a la propiedad privada, del animismo al totemismo, la fantasía, simplemente, sustituye a la realidad. Es obvio, mas no superficial, recalcar que la comparación debe ayudar a comprender los documentos existentes, no ya a llenar los vacíos de la documentación en nombre de una pretendida uniformidad de desarrollo. La comparación puede ser también muy peligrosa si presupone no tanto uniformidad de desarrollos cuanto una desaparecida unidad estructural originaria de la cual dependerían los divergentes procesos posteriores. No es éste el lugar para discutir los intentos de reconstrucción de una civilización indoeuropea, semítica o, más modestamente, mediterránea, en base a documentación arqueológica y literaria [...].

Los problemas de la comparatística pluridimensional se agravan cuando el estudioso debe de afrontar textos en lenguas diversas, que, a menudo, no son todavía del todo conocidas y, por adicionalmente, como el indoeuropeo reconstruidas indirectamente. El primer paso en este sentido se tuvo cuando Mommsen reconoció la necesidad de empaparse a fondo de los dialécticos itálicos para entender la historia romana. Todo historiador que tiene el coraje de equivocarse como Franz Altheim enfrenta textos en una docena de lenguas y sería injusto reprocharle si de conformidad a sus premisas yerra. Es inútil esconder que se reconstruyen sociedades enteras sobre la base de textos de dudosa interpretación. No se quiere aquí aludir a los que son obvios y frecuentes errores de método, como por ejemplo, interpretar la naturaleza de una institución sobre la fase de la etimología, como si el sentido del *jus* o los poderes del *rex* se hiciesen más claros gracias a la etimología. Si también los pontífices fueron originalmente constructores de puentes, la etimología pocosirve para explicar las funciones de los pontífices. Pero, también allí donde el procedimiento metodológico es correcto, queda la oscuridad intrínseca de lenguas insuficientemente conocidas en su estructura gra-

matal y en el vocabulario. Recuerdo con nostalgia a Paul Maas, que cuando se le ponía delante suyo un texto en griego clásico, comenzaba invariablemente a examinarlo como esta declaración: "Ich verstehe nichts".

En cierto sentido, hay una simple remedio a todo esto: el *ars nesciendi*, la suspensión del juicio allí donde la información es muy incierta. Pero si el *ars nesciendi* puede ser aconsejable, no siempre es una solución general para una ciencia que por definición quiere ser *ars sciendi*. El problema que se coloca a todo estudioso que haya alcanzado la conclusión de no lograr saber. Ninguna regla puede ser ofrecida para salir de la ignorancia, aún si es, una docta ignorancia. Todos sabemos que existe un tradicional dualismo entre la disposición analítica de los historiadores y la descripción sistemática de los juristas. La separación se remonta a la antigüedad y tiene sus buenas razones. En la historia de una guerra o de un conflicto político cuenta el seguimiento cronológico de los advenimientos; en el estudio de las instituciones cuenta la vinculación de un instituto con otro que da fisilonomía al organismo jurídico. Descienden también de estas premisas los defectos característicos de cada una de las dos tradiciones. En el historiador puro el tan mentado respeto a la cronología se transforma usualmente en falta de atención hacia las fuerzas semipermanentes, a los movimientos de larga duración y, sobre todo, a los fenómenos naturales, que parecen fuera de lo que comúnmente se entiende por historia. De otro lado, el jurista, con su inveterada tendencia a la construcción sistemática, construye también cuando no existen fuentes, confiado en la coherencia interna de sus hipótesis. Si queremos ser sinceros, la más grande objeción a la llamada teoría gentilicia del Estado romano, formulada por Pietro Bonfante, es que se halla fundado sobre un vacío histórico; delinea instituciones de un período del cual no hay ninguna razón para suponer que haya existido. Sin embargo, en el encuentro de estas dos mentalidades diferentes, entre el historiador analítico y el jurista institucionalista, se presentan posibilidades de descubrimientos nuevos. Un aprovechamiento apropiamente de la situación creada por la confluencia de la tradición histórico-analítica y de la tradición jurídica lograría vencer muchísimas dificultades metodológicas. [...]. La mentalidad del institucionalista y la mentalidad del historiador analista deben ejercitar eterna vigilancia una a la otra.

III

Se objetará —se deberá objetar ciertamente— mi interpretación de la situación actual, pues, no correspondería a los hechos. De un lado han aparecido en los últimos años obras importantes de Derecho antiguo que se

mantienen lejos de toda interpretación en términos de historia social; de otro lado, abundan obras ciertas de historia política y cultura de la antigüedad que olvidan y hasta desprecian el derecho. Ambas objeciones merecen atención. Indudablemente, se han publicado obras sobre ciertos Derechos orientales, el Derecho griego y el Derecho romano o sobre ciertos aspectos esenciales de cada uno de ellos presentados en forma sistemática y descriptiva. Aludo a obras como *The Law of the Aramaic Papyri*, de R. Yaron; *The Grec Law of Sale*, de F. Pringsheim; *Ptolomäische Rechtsgeschichte*, de E. Seidl y, en fin, a los libros que han permitido una visión más clara del Derecho Romano clásico y del post-clásico prejustiniano: Fritz Schulz, *Classical Roman Law* y Max Kaser, *Das Römische Privatrecht*. Según mi punto de vista, estas obras son de compromiso y, como todos los compromisos, son satisfactorios sólo hasta cuando no se encuentre algo mejor –lo que, entre paréntesis, no será fácil– El compromiso es, en muchos casos, reconocido o sentido por los mismos autores. Kaser advierte en el prefacio que ha buscado señalar las diversas fuerzas, morales, religiosas, culturales, políticas, económicas y sociales que han formado el ordenamiento jurídico romano en sus varias fases de desarrollo. Sin embargo, se mantiene en generalidades y no estoy convencido si es tan exacto en ellas. Otros autores, como Fritz Pringsheim, probablemente no quiera reconocer la existencia de un compromiso. En su caso, M. I. Finley, ha demostrado que combinaba arbitrariamente Derechos de numerosas ciudades y regiones en un presunto Derecho Griego. Agregaría que la misma riqueza de particularidades en el análisis de Pringsheim hace aún más elocuente el defecto de su predecesor y maestro Josef Partsch: la escasa atención por las condiciones efectivas del mercado y por las presiones sociales que hicieron posibles las formas griegas de compraventa.

El caso de F. Schulz requiere una análisis más cuidadoso, porque, a mi juicio, representa el más coherente esfuerzo de reducir al mínimo la intervención de factores considerados extraños en el desarrollo del pensamiento y de las instituciones jurídicas [...]. La idea que la retórica antigua haya contaminado la pureza del pensamiento jurídico le hacía mal. El Derecho clásico romano, que conocía y admiraba como ningún otro, no era sino el mismo mundo mental de los juristas que lo construyeron. A partir de los juristas, que, distinguían de los maestros de escuela como Gayo, trataba de extraer las líneas directrices del pensamiento. Al principio era entonces la mente de los juristas. Leyendo los *Principios de Derecho Romano* (1934) vemos como fundamentos del Derecho Romano se mencionan a una serie de nociones: simplicidad, abstracción, tradición, nación, humanidad, libertad, fidelidad. Los principios mismos no siempre se encuentran en los hechos. El principio

de nacionalidad no está a la base del Derecho romano, salvo que se confunda nacionalidad con ciudadanía. La *Humanitas*, quizás, existía como principio, pero, paradójicamente, Schulz es uno de aquellos que considerado interpolados todos los pasajes de los juristas clásicos donde aparece la palabra “humanitas”. Schulz mismo en *Classical Roman Law* debió después admitir un cierto funcionalismo del Derecho respecto de la economía, por ejemplo al tratar la hipoteca; empero, lo hacía a su pesar y con ingenuidad. La obra de Schulz confirma, en definitiva, la imposibilidad de dejar fuera la sociedad romana de la historia del Derecho Romano.

A estos conatos extremos de purismo jurídico que, actualmente, se revelan anacrónicos, reacciona en la historiografía una tendencia a subvaluar los aspectos institucionales y jurídicos presentes en toda cuestión política o cultural. Para evitar equívocos, debo aclarar que no me parece que la llamada escuela prosopográfica de historia política y cultural sea culpable de una sistemática negligencia por el Derecho [...].

[...]. Olvidar el Derecho equivaldría a dejar sin respuesta qué cosa comía el hombre griego. Necesitamos saber qué y cómo vendía o compraba, de qué manera participaba en sus asambleas políticas [...].

Tenemos delante el ideal de una historiografía en la cual los fenómenos de larga duración: las condiciones naturales, los presupuestos biológicos y psicológicos, las variables lingüísticas, económicas e instituciones sean apreciadas por igual. Para la metodología historiográfica, la referencia a los fenómenos de larga duración ofrece la ventaja de un control de las hipótesis que no se presentan suficientemente documentadas en materia de uso lingüístico, de tradición jurídica, de verosimilitud ambiental. Se crea así una nueva atmósfera de seguridad en la interpretación de los hechos históricos, aún con los riesgos de una investigación siempre más extensa y complicada. En este contexto de investigación, el estudio del Derecho antiguo está destinado a prosperar, no más en aislamiento, sino como parte de la historia antigua en general. Esto aparece muy nítido en los recientes estudios sobre el Oriente antiguo. Puesto que no han alcanzado nunca una posición estable en las Facultades universitarias y en general en los ambientes académicos son, precisamente, los derechos orientales que muestran hoy las ventajas de una investigación que del hecho formal descende a los presupuestos sociales, religiosos y económicos. Del derecho oriental está bien que hablen especialistas de historia oriental. Un nuevo Koschaker, evidentemente, no existe todavía.