

II MATERIALES

LA HISTORIA DEL DERECHO
Y LA HISTORIOGRAFÍA JURÍDICA ALEMANA DEL SIGLO XX
[The History of Law and the German Juridical Historiography
in the 20th Century]

PATRICIO HERNÁN CARVAJAL ARAVENA*
Universidad de Playa Ancha, Valparaíso, Chile

RESUMEN

La escuela histórico-jurídica alemana del siglo XX ha contribuido de un modo significativo en la ampliación del objeto de estudio al incorporar en las investigaciones histórico-jurídicas temas específicos del Derecho público. Desde esta perspectiva la escuela histórica jurídica alemana es parte de la revolución científica del siglo XX.

PALABRAS CLAVE: Derecho, Historia, Historiografía jurídica.

ABSTRACT

The German history-law school in the 20th century has contributed in a significant way to broaden the subject matter when it incorporated specific topics regarding Public Law in the historical-juridical research. From this perspective, the German history and law school is part of the scientific revolution of the 20th century.

KEYWORDS: Law, History, Juridical Historiography

* Profesor de Historia moderna, contemporánea y de Historia del pensamiento político en la Facultad de Humanidades de la Universidad de Playa Ancha. Dirección postal: Universidad de Playa Ancha, Facultad de Humanidades, Departamento de Historia, Playa Ancha, Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: althusius57@hotmail.com

I. INTRODUCCIÓN

1. *La revolución historiográfica del siglo XX.*

La Ciencia histórica no ha estado ajena a los cambios experimentados por la ciencia en siglo XX. En efecto, la revolución científica contemporánea, cuyo inicio podemos fijar en Alemania con la Física de Einstein, Planck y Heisenberg, tiene un correlato en todas las áreas del conocimiento, por cierto incluida la Ciencia jurídica. Uno de los testimonios más claros de la revolución científica en el campo de la Ciencia jurídica está representado por el trabajo teórico de Hans Kelsen, específicamente con su teoría pura del Derecho, trabajo con el cual el jurista austriaco sitúa el pensamiento y la Ciencia jurídica de su época en diálogo con otras ciencias, especialmente con la Física. En este sentido se podría afirmar que la propuesta teórica de Kelsen para el Derecho es equivalente a la propuesta de Einstein para la Física. No abordaremos en esta exposición el pensamiento de Kelsen, pues no es nuestro objetivo¹. Con todo, podemos afirmar que para Kelsen la Ciencia histórica, a diferencia de lo que piensan algunos de sus críticos, juega un papel destacado en la formulación de su teoría jurídica. Basta con señalar, para corroborar nuestro argumento, el tema de su tesis de doctorado sobre las ideas político-jurídicas del Dante². Otro tanto podemos señalar para el caso del jurista italiano Norberto Bobbio y su estudio histórico de las formas de gobierno³ y de historia del pensamiento político⁴. En la misma línea podemos considerar los escritos del jurista y filósofo argentino del Derecho E. Garzón Valdés, quien desde su cátedra en el Instituto de Ciencias Políticas de la Universidad de Mainz, Alemania, contribuyó durante más de veinte años a un diálogo inter- y transdisciplinario con sus seminarios, traducciones y publicaciones⁵.

Ahora bien, los cambios tanto epistémico como metodológicos experimentados por la ciencia contemporánea impactan de un modo indiscutible en las Ciencias sociales, entendiendo aquí explícitamente el Derecho como parte de aquéllas. Al pertenecer a las Ciencias sociales el Derecho es una ciencia de síntesis, es decir, en su núcleo teórico se encuentran elementos provenientes de otras disciplinas: Filosofía, Economía, Sociología⁶. Y en este sentido la Ciencia histórica se nutre y provee a la vez a las disciplinas sociales en un diálogo permanente, que sólo un positivismo mal entendido la llevó a auto-concebirse referencialmente como una disciplina endogámica, atenta sólo a la dogmática jurídica. Sin embargo, esta visión

¹ Véase: THUM, V., *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne. Ein Begleitbuch* (Wien, 2003); JABLONER, C., *Kelsen and his Circle. The Viennese Years*, en *European Journal of International Law*, 9 (1998), pp. 368-385; SCHLÜTER, Ph., *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich* (Diss. Tübingen, 2009)

² KELSEN, H., *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (Wien, 1905).

³ BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la Historia del pensamiento político* (trad. castellana, 6ª reimpresión, México, 2008).

⁴ BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx* (México, 2000).

⁵ GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* (Barcelona, 2004).

⁶ Véase: CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la Ciencia jurídica* (Barcelona, 1990).

autoreferencial como ciencia ha sido fuertemente cuestionada por la historiografía jurídica, especialmente con los estudios del historiador del Derecho H. Coing⁷. Esta realidad que emerge de la condición misma de la disciplina de la Historia y de la Historia del Derecho, en el sentido de concebir el Derecho como parte de la Historia de la cultura (“Kulturgeschichte”), esto es, un epifenómeno social en el que se encuentra toda la complejidad de las relaciones sociales, desde las materiales a las espirituales, entonces podemos compartir la apreciación de M. Stolleis en el sentido de que la Historia del Derecho (“Rechtsgeschichte”) es un proyecto en construcción.

2. Las escuelas historiográficas.

La revolución historiográfica del siglo XX se estructura en cuatro escuelas principales.

Este nuevo enfoque propuesto por Stolleis, en diálogo abierto con la Ciencia histórica y las otras disciplinas sociales, que ha constituido su programa de investigación durante la dirección del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, se ha centrado en la Historia del Derecho público alemán, que en sí había sido una variable hasta ese momento marginal en la historiografía jurídica europea. Stolleis extiende sus pesquisas hasta el período del sistema jurídico del Estado nazi. Este enfoque en sí rompe con el enfoque predominante en la historiografía jurídica, en el cual se halla, además, la mayoría de los miembros de la Escuela chilena de Historia del Derecho, de fijar como límite a sus investigaciones la Codificación, para abordar directamente temas de Historia contemporánea. Hay en esta metodología de Stolleis una clara recepción de los paradigmas historiográficos de la Escuela de los “Annales” y de la Escuela alemana de los conceptos históricos fundamentales. Sin duda la Historia es historia del presente, que estudia el pasado como parte de un presente que fue, pero que es en sí siempre historia (proceso histórico).

a) La Escuela de los “Annales” (Braudel). La Escuela de los “Annales” contribuye de un modo decisivo, especialmente con los trabajos de su principal exponente, Fernand Braudel: teoría de las estructuras históricas, tiempo histórico de larga duración y teoría de la civilización⁸. La propuesta de Braudel es una teoría macro histórica cuyo eje son los procesos civilizatorios. Al hablar de procesos civilizatorios Braudel entiende la conformación de estructuras históricas que sólo resultan inteligibles en un tiempo histórico de larga duración. Con ello formula una crítica definitiva a la Historia de la corta duración: los hechos, efemérides, héroes. Esta historia, y su enseñanza, han creado importantes mitos historiográficos al punto de constituirse en una ideología histórica al servicio del poder hegemónico de los Estados nacionales. Este fue uno de los problemas más graves que afectó a la historiografía jurídica alemana en la época del nazismo.

b) La Escuela de los conceptos históricos fundamentales (Koselleck). En el ámbito de la revolución historiográfica contemporánea la Escuela

⁷ COING, H, *Historia del Derecho (Historiografía y metodología)* (México, 2000).

⁸ Véase: BRAUDEL, F., *Las ambiciones de la Historia* (Barcelona, 2002).

alemana: Koselleck, Bruner, Conzen, cuyo *Lexikon* constituye el proyecto más importante en la ciencia histórica de elaboración de una terminología historiográfica. Una ciencia se define, entre otros tópicos como tal, por el nivel de desarrollo y complejidad de su lenguaje específico (“Fachsprache”). Sin este lenguaje toda reflexión se torna ambigua y, por consiguiente, descontextualizada de la realidad social. El objetivo de esta escuela está formulado por Koselleck con las siguientes palabras: “Unter geschichtlichen Grundbegriffen sind nicht die Fachausdrücke der historischen Wissenschaften zu verstehen, die in eigenen Handbüchern und Methodenlehren dargelegt worden. Vielmehr handelt es sich hier um Leitbegriffe der geschichtlichen Bewegung, die, in der Folge der Zeiten, den Gegenstand der historischen Forschung ausmacht”⁹. Koselleck explica su modelo historiográfico a partir de la diferencia entre Historia (“Geschichte”) e Historia (“Historie”). “Geschichte” es conocimiento; “Historie” es proceso, suceder, acontecer. Esta diferencia es esencial para entender la estructura no sólo de los procesos sociales –procesos históricos– sino también de la estructura lingüístico-semántica del pensamiento y del discurso histórico. Aplicado estos principios a la historiografía jurídica, entendiendo que el pensamiento y discurso jurídico –textos– son parte de una realidad social, pública y privada, que no puede ser soslayada como sucede con cierta historiografía jurídica que entiende por tal sólo la Historia del Derecho privado, entonces se aprecia que las categorías historiográficas y lingüísticas propuestas por la escuela de Koselleck permiten reconstruir y recontextualizar los discursos jurídicos, y su correspondiente semántica, como parte de una realidad social. En otras palabras, un código (Derecho privado, micro historia) es un discurso que regula ciertamente las relaciones sociales entre privados; una constitución (Derecho público, macro historia) establece los procedimientos, instituciones, controles y limitaciones de la acción política del Estado; los Derechos fundamentales de la comunidad, y todas aquellas materias que se incorporan al texto constitucional de acuerdo a la evolución y desarrollo de la sociedad y sus respectivos pensamientos. Para mencionar una sola de ellas y que cruza toda la Historia del Derecho: la propiedad¹⁰. Señalemos, sólo a modo de ejemplo, la concepción de la propiedad en los siguientes momentos de la Historia del Derecho: Derecho romano clásico, Derecho romano justiniano, *ius commune*, Reforma Protestante, Reforma Católica, Codificación, Constitucionalismo (Revoluciones democráticas, Revolución industrial), Globalización. Cada uno de esos momentos corresponde a una realidad social y una realidad semántica que queda fijada en los correspondientes textos civilísticos y publicísticos¹¹. En términos de Koselleck: “La extensión del espacio semántico de cada uno de los conceptos centrales que se han utilizado pone de manifiesto una alusión polémica referida al presente, un

⁹ BRUNNER, O. - CONZE, W. - KOSELLECK, R. (editores), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, I, “Einleitung”, p. xiii.

¹⁰ CORDERO, E. - ALDUNATE, E., *Evolución histórica del concepto de propiedad*, en REHJ., 30 (2008), pp. 345-385.

¹¹ Véase: FIORAVANTI, M. (editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (Madrid, 2004); FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid, 2001).

componente planetario de futuro y elementos permanentes de la organización social procedentes del pasado [...]”¹².

c) La Escuela de Historia Social británica (Hobsbawm). La obra histórica de Hobsbawm, si pudiéramos sintetizarla en la extraordinaria trilogía: La Era de la revolución¹³, la Era del capital¹⁴, la Era del Imperio¹⁵, y de sus contribuciones teóricas¹⁶, contiene en sí todo el debate histórico que ha afectado a la ciencia histórica durante el siglo XX. Desde una perspectiva inicial vinculada a la micro historia (historia social), Hobsbawm ha derivado hacia trabajos de tipo macro histórico, como testimonia una de sus últimas obras, referida concretamente al tema de la guerra y la paz en el siglo XXI y al problema del imperialismo.

d) La Escuela del pensamiento político (Skinner). A partir de la filosofía analítica que le sirve de base lingüística para el análisis de los discursos del pensamiento político moderno, especialmente el italiano renacentista e inglés barroco, la Escuela de Cambridge con los estudios de Skinner, Dunn y Pocock realiza una interpretación del discurso político –jurídico moderno, estableciendo una vinculación entre pensamiento y texto– contexto. Esta perspectiva ha cambiado de un modo sustancial, en algunos casos, la visión propuesta por algunas corrientes historiográficas de las ideas. Así, por ejemplo, luego de los estudios de Skinner¹⁷ y Pocock¹⁸ sobre Maquiavelo, no se puede seguir sosteniendo la condición de teórico del Absolutismo de Maquiavelo, que la historiografía conservadora ha propuesto. Por el contrario, las investigaciones de estos historiadores de la Escuela de Cambridge han precisado que Maquiavelo más que un padre del Absolutismo europeo puede ser considerado como uno de los precursores del liberalismo y uno de los principales teóricos que inspiran el constitucionalismo norteamericano de la época de la Revolución democrática estadounidense¹⁹. Otro de los ejes centrales de la investigación de Skinner, tal vez el más importante, es el tema del Estado moderno²⁰. En efecto, la institucionalidad estatal nace de intensas controversias jurídicas-teológico-políticas de la Baja Edad Media y de la Temprana Edad Moderna. Sin esas ideas, sin esas controversias, la institucionalidad estatal no se habría desarrollado, o bien su curso habría sido muy distinto al que conocemos hoy, según la morfología estatal moderna. En breve, en la medida que podemos hablar de definitivo en la ciencia y en la teoría histórica, la contribución de la Escuela de Cambridge nos permite comprender la fenomenología estatal moderna en una relación estrecha entre texto (pensamiento - discurso) y contexto

¹² KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona, 1993), p. 109

¹³ HOBSBAWM, E., *La era de la revolución 1789-1848* (Barcelona, 1995).

¹⁴ HOBSBAWM, E., *La era del capital, 1848-1875* (Barcelona, 1998).

¹⁵ HOBSBAWM, E., *La era del imperio, 1875-1914* (Barcelona, 2003).

¹⁶ HOBSBAWM, E., *Sobre la historia* (Barcelona, 1998).

¹⁷ SKINNER, Q., *Maquiavelo* (Madrid, 1998).

¹⁸ POCKOCK, J., *The Machiavellian Moment* (Chicago, 1981).

¹⁹ SKINNER, Q., *Liberty before Liberalism* (Cambridge, 1999).

²⁰ SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, 1978), 2 volúmenes.

(institucionalidad). Este método aplicado a dos de los procesos más importantes de la Historia moderna, constitucionalismo y codificación, nos permite recontextualizar e interpretar estos dos capítulos de la Historia moderna del pensamiento, discurso y textos jurídicos.

II. LA ESCUELA HISTÓRICA ALEMANA DEL SIGLO XX

Así como existió una Escuela Histórica alemana del Derecho en el siglo XIX (Savigny, Puchta, los hermanos Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Winscheid, del mismo modo podemos señalar la existencia de una Escuela histórica alemana del Derecho para el siglo XX. Una de las características de la Escuela alemana del Derecho del siglo XX es la conjunción temática de Derecho público – Derecho privado como una unidad histórica que sólo puede ser separado con fines pedagógicos, pero no en su unicidad como proceso histórico. Todos los autores de esta escuela, incluso Coing que redacta su reputadísimo manual de Historia del Derecho privado europeo, asume esta realidad en sus investigaciones. Más todavía, en uno de sus últimos escritos considera la Historia del Derecho, el fenómeno jurídico en sí, como parte de la Historia de la Cultura (“Kulturgeschichte”).

En este punto es necesario insistir en el Derecho y su historia como una de las más importantes variables culturales y cuyo impacto de lo específicamente jurídico transita a todos los ámbitos del quehacer de la sociedad y sus comunidades. En efecto, los procesos de romanización, cristianización y germanización en la Época Antigua y Medieval, espacios y momentos históricos donde el pensamiento antiguo cristaliza en diversas instituciones, tanto de Derecho público como privado, continúa en la Época Moderna con el proceso de la expansión geográfica de Europa a partir del siglo XV: descubrimiento, conquista y colonización (sistema imperial europeo moderno), lo que la actual historiografía llama la “europeización de la Tierra” (“Europäisierung der Erde”). Así sucede específicamente con los tres sistemas coloniales europeos más importantes de la Temprana Edad Moderna y sus respectivas legislaciones: España (*Recopilaciones* de 1567 y 1680), Portugal (*Ordenações Filipinas*, 1603) y Holanda (*Politique Ordonnantie*: 1580), legislaciones cuyo contenido es esencialmente Derecho romano (*ius commune*) y Derecho regional. Según de Smidt: “Der Transfer von Recht geschieht über Gesetze, juristische Bücher, vor allem durch Menschen, Juristen und Nichtjuristen, die die Rechtsregeln und die Rechtspraxis lebendig werden lassen und ihr Wissen auf andere übertragen”. Este ejemplo, referido concretamente a la experiencia jurídica colonial, la “Europäisierung der Erde”, se puede extender nuevamente a una segunda fase con el proceso del Constitucionalismo y una tercera fase con el proceso de la Codificación. Hasta aquí esta explicación, pues tanto el Constitucionalismo como la Codificación son parte de la Historia Moderna del Derecho europeo y cuya recepción será mundial a partir del proceso de la Revolución francesa. Por razones de espacio y tema no abordaremos estos tópicos en el presente artículo.

III. LA TEORÍA DEL DERECHO COMO MACRO Y MICRO HISTORIA

La división entre macro y micro teoría jurídica, siguiendo el ejemplo metodológico de las ciencias naturales y sociales, es necesario para el estudio histórico del pensamiento y discurso jurídico. De acuerdo a esta división se podría considerar el Derecho público como macro teoría jurídica y el Derecho privado como una micro teoría del Derecho. Ello a la vez nos permite ordenar historiográficamente ambas realidades jurídicas de acuerdo a los criterios de macro historia (Constituciones) y micro historia (Códigos). Esta separación nos permite, por otro lado, estudiar los discursos jurídicos y sus respectivas instituciones directamente sobre la realidad que operan como normativas reguladoras, y conocer así la complejidad de los sistemas sociales: comercio, trabajo, finanzas, relaciones internacionales, criminalidad, economía internacional, negocios internacionales, entre otros, para mencionar algunos de los componentes más esenciales.

1. *El Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*

La fundación en la década de 1960 del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte por H. Coing, marca un cambio sustantivo en la historiografía jurídica europea. Se produce una de las institucionalizaciones más importantes de la historiografía jurídica como disciplina histórica en el ámbito de la cultura europea. En efecto, este instituto provee un espacio para los investigadores del mundo que pesquisan la historia del Derecho europeo. Sin embargo, este proyecto tiene dos limitaciones importantes: se refiere a la historia del Derecho europeo y el objeto de estudio está centrado en el Derecho Privado. Este es el programa de pesquisa que llevará a cabo su fundador, H. Coing, con notables resultados, entre los cuales cabe mencionar su conocidísimo *Handbuch*. Pero esta limitación al estudio de la Historia del Derecho privado contenía limitaciones epistémicas, metodológicas y temáticas considerables. Sin duda la revolución historiográfica del siglo XX y su concepto de Historia total quedaba ausente o en condición de conocimiento marginal para los investigadores del Max Planck de Frankfurt. Más todavía, se acrecienta esta limitación con la fundación de la revista *Ius Commune*, sede oficial de las pesquisas y orientada fundamentalmente a la historia del Derecho privado. Esta limitación se hará cada vez más manifiesta con las investigaciones de M. Stolleis referidas al Derecho público germano. Durante la década de los 70 y 80 del siglo XX, Stolleis comienza su actividad como historiador del Derecho poniendo énfasis en el Derecho público. Los escritos de Stolleis que marcan el giro epistémico en la historiografía jurídica alemana de la segunda mitad del siglo XX, son los siguientes:

î) *Staatsdenker im 17. und 18. Jahrhundert. Reichspublizistik, Politik, Naturrecht* (1977) [“Pensadores del Estado en el siglo XVII y XVIII. Publicística Imperial, Política, Derecho Natural”]. Estos tres tópicos constituyen parte del pensamiento jurídico alemán moderno y son a la vez fundamento de la teoría y del sistema jurídico de los Derechos fundamentales. La Publicística, la Política y el Derecho Natural constituyen a la vez cátedras y partes esenciales de los programas de

estudios de las facultades de Derecho protestantes alemanas, concebidas con el nombre de “Staatslehre”.

ii) *Herman Conring. Beiträge zu Leben und Werk (1606-1681)* (1981): [“Herman Conring. Estudios sobre su vida y obra”]. Con esta monografía, de la cual Stolleis es editor, se realiza el primer estudio contemporáneo sobre la vida y obra de Conring, discípulo y sucesor de la cátedra de política de H. Arnisaeus en la Universidad de Helmstedt, y fundador de la ciencia de la Historia del Derecho en Alemania²¹.

iii) *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1988) [“Historia del Derecho público en Alemania”]. Esta obra constituye sin duda el punto de cambio en la historiografía de la historia del Derecho en Alemania en el siglo XX. En efecto, Stolleis introduce tres elementos en su investigación: amplía el objeto de estudio de la historiografía jurídica al estudio del Derecho público, emplea categorías historiográficas de las escuelas que realizan la revolución historiográfica del siglo XX, especialmente la teoría de la historia total de la Escuela francesa de los Annales, extiende, en los volúmenes posteriores de esta obra, el estudio de la Historia del Derecho hasta la época contemporánea. Así, por ejemplo, el capítulo dedicado a la “leyes de Nürnberg” y la legislación del Estado totalitario nazi, rompiendo con ello una conducta casi dogmática en la Historia del Derecho: no pesquisar después de la codificación. Sin duda este es uno de los grandes méritos de esta obra de Stolleis. Por otro lado esta la monografía que estudia el desarrollo del Derecho público moderno a partir de las cátedras de jurisprudencia de las Universidades reformadas alemanas, los que nos permite conocer el estado del arte de la disciplina en sus correspondientes momentos históricos modernos²²

iv) *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts* (1990) [“Estado y razón de estado en la Temprana Edad Moderna. Estudios para la Historia del Derecho público”]. Con este escrito Stolleis culmina su primera etapa de investigación sobre el Derecho público. Este estudio investiga sobre la recepción de Maquiavelo en Alemania en el siglo XVII, el desarrollo de la propuesta filosófica política: *philosophia civilis*, constructo teórico que corresponde a la recepción del pensamiento estoico en el siglo XVII, y que dará paso a la escuela neostoica de J. Lipsius en Holanda, cuya recepción se dará en toda Europa.

El siguiente giro en la obra de Stolleis estará dado cuando asuma como Director del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt, en la década de los 90 del siglo XX. Junto con la codirección de D. Simon, Stolleis orientará las pesquisas del Instituto hacia una visión historiográfica dual: Derecho público - Derecho privado. Este nuevo enfoque tendrá un resultado concreto: el reemplazo de la revista *Ius Commune*, órgano oficial del instituto centrada en el estudio de la Historia del Derecho Privado, según la había concebido H. Coing,

²¹ CARVAJAL, P., *Geschichtstheorie o Geschichtsphilosophie? El discurso historiográfico alemán. De H. Conring a E. Nolte*, en WIDOW, J. L. - CORTI, P. - MORENO, R. (editores), *El tiempo en la Historia* (Viña del Mar, 2005), pp. 176-191.

²² Véase mi recensión a esta obra de Stolleis, en *REHJ.*, 13 (1989-1990), pp. 245-246.

por una nueva revista: *Rechtsgeschichte* (2007), la que en su título revela la necesidad de un diálogo interdisciplinario con las otras ramas de la ciencia histórica. Así, en el editorial del número 15 de 2010 Stolleis, aludiendo a la fundación de este nuevo órgano de divulgación histórico-jurídico, fundado en el año 2007, señala: “Ebenso ist, jedenfalls im Umkreis unseres Instituts, akzeptiert, dass Rechtsgeschichte sich weder in Dienstleitung für die aktuelle Rechtsdogmatik noch in der Lieferung des Rohstoffs und der Vorgeschichte für andere Zwecke, etwa der Rechtstheorie, erschöpft. Sie wird vielmehr als historisches Fach ihren Ausgangspunkt in der Normorientierung betonen und sich im Übrigen die Freiheit nehmen, sowohl die Geschichte der Gesetzgebung, die Geschichte der Rechtswissenschaft einerschliesslich der Herausbildung und Evolution von Theoremen als auch der Rechtsprechung und der öffentlichen Verwaltung zu bearbeiten [...]”. Ahora bien, no obstante la institucionalización de la Historia del Derecho y la permanente creación de nuevas revistas, Stolleis aún manifiesta su inquietud por la incertidumbre que corre la Historia del Derecho como disciplina científica²³

2. Una propuesta epistémico-metodológica para la Historia del Derecho.

En este punto sólo presentaremos en un orden diacrónico los discursos de los miembros de la escuela alemana de Historia del Derecho, y no una historia de los mismo, pues consideramos que de la comparación de los títulos de sus respectivos discursos, según la propuesta metodológica historiográfica texto-contexto de la Escuela de Cambridge, se puede apreciar el desarrollo de la historiografía jurídica, sus temas y su entorno cultural. A continuación señalamos algunas características en estos historiadores alemanes del Derecho de la historiografía del siglo XX: *i*) sus investigaciones abarcan tanto el Derecho público como privado; *ii*) sus estudios son, en algunos casos, de tipo dogmático-histórico; *iii*) su condición de romanistas y germanistas; *iv*) conciben el Derecho como parte de la Historia de la cultura (“Kulturgeschichte”); *v*) proponen y emplean en sus pesquisas una metodología interdisciplinaria; *vi*) proponen una epistemología jurídica desde la Historia total; *vii*) la Historia del Derecho la conciben como teoría del Derecho; *viii*) ejercieron la docencia en cátedras de Derecho privado y público; y *ix*) ejercieron docencia como historiadores del Derecho y medievalistas

IV. REVISTAS DE HISTORIA DEL DERECHO

La Historia, el desarrollo y la evolución de la Historiografía jurídica, como la de cualquier disciplina, la podemos conocer por medio de las revistas especializadas del área, toda vez que éstas presentan un detallado estado del arte o de la cuestión u objeto de la investigación científica²⁴. Por otro lado, las revistas alemanas, cuya

²³ STOLLEIS, M., *Europäische Rechtsgeschichte, immer noch ein Project*, en *Clio@Themis. Électronique d'Histoire du Droit*, 1 (2007).

²⁴ Desde esta perspectiva resulta ilustrativa, por ejemplo, la fundación de las dos principales revistas de Historia del Derecho chilenas.: la *Revista Chilena de Historia del Derecho* (Univer-

primera sede se funda en el siglo XIX es un claro testimonio de la institucionalización de la disciplina, en distintas áreas. Mención especial merece la revista *Jahrbuch für Europäische Geschichte*, del Institut für Europäische Geschichte, de Mainz, pues ese instituto de investigación, como se señaló más arriba, es el más importante centro europeo para los estudios de la “Verfassungsgeschichte” del “Reich” alemán. La Historia de estas revistas nos permite conocer el origen, desarrollo y estado del arte de la disciplina y su impacto en la investigación jurídica en todas las áreas del Derecho. A continuación presentamos un listado de las revistas de historia del Derecho alemanas.

Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, germanistische Abteilung
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung
Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kanonistische Abteilung
Jahrbuch für Europäische Geschichte (Institut für Europäische Geschichte, Mainz)

Rechtsgeschichte (Max Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main)

Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte (con sede en Viena, pero de administración internacional)

Forum Historiae Juris (eine elektronische Zeitschrift zur Rechtsgeschichte, www.forhistiur.de).

V. MIEMBROS DE LA ESCUELA HISTÓRICO -JURÍDICA ALEMANA DEL SIGLO XX

A continuación presentamos un listado con los miembros más emblemáticos de la Escuela alemana de Historia del Derecho del siglo XX con una referencia a sus obras más importantes:

a) Otto von Gierke (1841-1921):

Das deutsches Genossenschaftsrecht (1868-1881), 4 vols. [“El Derecho corporativo alemán”].

Deutsches Privatrecht (1895) [“Derecho privado alemán”].

Naturrecht und Deutsches Rechts (1883) [“Derecho natural y Derecho alemán”].

Die Grundbegriffe des Staatsrecht und die neuesten Staatsrechtstheorien (1874) [“Los conceptos fundamentales del Derecho del Estado y la Teoría del Derecho del Estado contemporánea”].

Labands Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft (1883) [“El Derecho del Estado de Laband y la Ciencia alemana del Derecho”].

Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien. Zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik (1913) [“Johannes Althusius y el desarrollo de la Teoría del Estado jusnaturalista. Un aporte a la Historia de la sistemática del Derecho”].

sidad de Chile, desde 1959) y la *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, desde 1976). Su fundación en las décadas de 1960 y 1970, respectivamente, muestra el grado de desarrollo de la disciplina en el ámbito universitario chileno.

b) Paul Laband (1838-1918):

Rede über die Bedeutung der Rezeption des römischen Rechts in das deutsche Staatsrecht (1880) ["Coloquio sobre el significado de la recepción del Derecho romano en el Derecho estatal alemán"].

Das Staatsrecht des Deutschen Reiches (1901) ["El Derecho del Estado del Imperio alemán"].

c) Georg Von Bellow (1858-1927):

Die Ursachen der Rezeption des Römischen Rechts in Deutschland (1905) ["Las causas de la recepción del Derecho romano en Alemania"].

Der Deutsche Staat des Mittelalters. Eine Grundlegung der deutschen Rechtswissenschaft (1908) ["El Estado alemán de la Edad Media. Un fundamento de la ciencia del Derecho alemana"].

d) Carl Schmitt (1888-1985):

Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen (1914) ["El valor del Estado y el significado del individuo"].

Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf (1921) ["La dictadura. De los comienzos del pensamiento de la soberanía moderna hasta la lucha de clase proletaria"].

Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität (1921) ["Teología política. Cuatro capítulos de la doctrina de la soberanía"].

Positionen und Begriffe im Kampf mit Weimar - Genf - Versailles (1923-1939) (1940) ["Posiciones y conceptos en lucha contra Weimar - Genf - Versailles"].

Legalität und Legitimität (1932) ["Legalidad y legitimidad"].

Verfassungslehre (1928). Doctrina de la constitución".

Der Begriff des Politischen (1932) ["El concepto de lo político"].

Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols (1938) ["El Leviathan en la doctrina del Estado de Thomas Hobbes. Sentido y fracaso de un símbolo político"].

Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung (1942) ["Tierra y mar. Una consideración histórica mundial"].

Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum (1950) ["La 'nomos' de la tierra en el Derecho de gentes del Derecho público europeo"].

e) Paul Koschaker (1879-1951):

Europa und das Römische Recht (1966) ["Europa y el Derecho romano"].

f) Heinrich Mitteis (1889-1952):

Lehnrecht und Staatsgewalt. Untersuchungen zur mittelalterlichen Verfassungsgeschichte (1933) ["Derecho feudal y poder del Estado. Análisis para la Historia constitucional medieval"].

Der Staat des hohen Mittelalters (1940) ["El Estado de la Alta Edad Media"].

g) Otto Gradenwitz (1860-1935):

Einführung in die Papyruskunde (1900) [“Introducción en la ciencia papiro-lógica”].

Index zum Theodosianus (1935) [“Índice del Theodosiano”].

h) Wolfgang Kunkel (1902-1981):

Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung (1967) [“Los juristas romanos. Orígen y posición social”].

Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik (1970) [“Orden del Estado y praxis del Estado de la República romana”].

Römisches Recht (1976) [“Derecho romano”].

î) Max Kaser (1906-1997):

Die Wirkungen der “litis contestation” auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht (1932) [“Los efectos de la ‘litis contestatio’ en el objeto de la prestación en el Derecho romano”].

Römisches Recht als Gemeinschaftsordnung (1939) [“Derecho romano como orden comunitario”].

Eigentum und Besitz im alteren römischen Recht (1943) [“Propiedad y posesión en el antiguo Derecho romano”].

Das altrömische ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer (1949) [“El antiguo Derecho romano. Estudios para el concepto de Derecho y la Historia del Derecho de los romanos”].

Römische Rechtsgeschichte (1950) [“Historia del Derecho romano”].

Handbuch des Römischen Privatrechtes (1955) [“Manual de Derecho romano privado”].

Römisches Privatrecht. Kurzlehrerbuch für das juristische Studium (1960) [“Derecho privado romano. Breve manual para el estudio jurídico”].

Zur Methode der römischen Rechtsfindung (1962) [“Sobre el método romano de descubrimiento de lo jurídico”].

Das römische Zivilprozessrecht (1966) [“El proceso civil romano”].

Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellenforschung (1962) [“La credibilidad de la investigación de las fuentes jurídicas romanas”].

Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung (1972) [“Acerca de la metodología de investigación de las fuentes romanas”].

Ein Jahrhundert Interpolationenforschung an den römischen Rechtsquellen (1979) [“Un siglo de investigación de las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas”].

Ius gentium. Forschungen zum römischen Recht (1993) [“Derecho de gente. Investigaciones de Derecho romano”].

j) Fritz Kern (1884-1951):

Recht und Verfassung im Mittelalter (1922) [“Derecho y Constitución en la Edad Media”].

Gottesgnadentum und Widerstandsrecht im früheren Mittelalter. Zur Entwic-

klungsgeschichte der Monarchie (1913) [“Gracia divina y Derecho de resistencia en la Temprana Edad Media. Historia del desarrollo de la monarquía”].

Die Anfänge der französischen Ausdehnungspolitik bis zum Jahre 1308 (1910) [“Los comienzos de la política de expansión francesa hasta el año 1308”].

k) Dieter Wyduckel

“Princeps legibus solutus”. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre (1979) [“‘Princeps legibus solutus’. Una investigación sobre temprano-moderna doctrina del Estado y del Derecho”].

Ius Publicum. Grundlagen und Entwicklung des Öffentlichen Rechts und der deutschen Staatsrechtswissenschaft (1984) [“Fundamentos y desarrollo del Derecho público y de la Ciencia alemana del Derecho del Estado”].

l) Franz Wieacker (19081-1994):

Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1985) [“Historia del Derecho privado de la Época Moderna”].

m) Helmut Coing (1912-2000):

Die Frankfurter Reformation von 1578 und das Gemeine Recht ihrer Zeit (1935) [“La Reformafración frakfurtense de 1578 y el Derecho común de su época”].

Die Rezeption des römischen Rechts in Deutschland (1939) [“La recepción del Derecho romano en Alemania”].

Römisches Recht in Deutschland (1964) [“Derecho romano en Alemania”].

Epochen der Rechtsgeschichte in Deutschland (1967-1975) [“Épocas de la Historia del Derecho en Alemania”].

Die ursprüngliche Einheit der europäischen Rechtswissenschaft (1960) [“La unidad primigenia de la ciencia del Derecho europea”].

Europäisches Privatrecht 1500-1800 (1985) [“Derecho privado europeo, 1500-1800”].

Europäisches Privatrecht 1800-1914 (1989) [“Derecho privado europeo, 1800-1914”].

Handbuches der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte (1978, editor) [“Manual de las fuentes y literatura de la historia moderna del Derecho privado europeo”].

Gesammelte Aufsätze zu Rechtsgeschichte, Rechtsphilosophie und Zivilrecht 1947-1975 (1982), 2 Bände [“Escritos completos de Historia del Derecho, Filosofía del Derecho y Derecho civil”, dos volúmenes].

n) Michael Stolleis (1941 –):

Sozialistische Gesetzlichkeit. Staats- und Verwaltungsrechtswissenschaft in der DDR (2009) [“Legalidad socialista. Estado y Ciencia jurídica de la administración en la RDA”].

Rechtsgeschichte. Schreiben. Rekonstruktion. Erzählung, Fiktion (2008) [“Historia del Derecho. Escritos, reconstrucción, narrativa, ficción”].

Recht. und Unrecht. Studien zur rechtsgeschichte des Nationalsozialismus (2008)

[“Derecho e injusticia. Estudios para la Historia del Derecho del nacionalsocialismo”].

Das Auge des Gesetzes (2004) [“El ojo de la ley”].

Geschichte des Sozialrechts (2003) [“Historia del Derecho social”].

Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland (1988-1999) [“Historia del Derecho público en Alemania”].

Juristen. Ein biographisches Lexikon (2001) [“Juristas. Un diccionario biográfico”].

ñ) Dietmar Willoweit (1936 –):

Deutsche Verfassungsgeschicht. Vom Frankenreich bis zur Wiedervereinigung Deutschlands (2009) [“Historia constitucional de Alemania. Del Imperio franco hasta la reunificación de Alemania”].

Die Begründung des Rechts als historisches Problem (2000) [“El fundamento del Derecho como problema histórico”].

Europäische Verfassungsgeschichte (2003) [“Historia constitucional europea”].

Die Deutsche Rechtsgeschichte in der NS-Zeit. Ihrer Vorgeschichte und ihre Nachwirkungen (1995) [“La Historia del Derecho alemán en la época del nacional socialismo. Su prehistoria e implicancias”].

Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert (2007) [“Ciencia jurídica y literatura jurídica en el siglo XX”].

VI. CONCLUSIONES

a) Toda conclusión en el ámbito de la ciencia es provisoria, por lo tanto la ciencia histórica no está exenta de este principio, especialmente si aceptamos el principio de falseamiento de la epistemología de Popper

b) En la historiografía jurídica alemana de los siglos XIX, XX y XXI, con alguna restricción de la escuela de Coing, la Historia del Derecho se entiende como la historia del pensamiento jurídico en sus dos modos: discurso jurídico público y discurso jurídico privado, especialmente la concibieron así historiadores clásicos como Gierke, Kern, von Bellow y Laband

c) La Historia del Derecho en Alemania tiene dos momentos de institucionalización importantes, a saber: la fundación del Institut für Europäische Geschichte, de Mainz por F. Kern. Este centro de investigación ha realizado una labor clave en el estudio del Derecho constitucional público germano: “Reichspublizistik”, “Staatslehre” y “Verfassungstheorie”. El Instituto maguntino constituye el núcleo de la llamada “Mainzer Schule”, y sus investigaciones se centran en la historia moderna y contemporánea de Europa y en la historia del religión y de la Iglesia occidental.

d) El segundo momento de importancia en la institucionalización de la historiografía jurídica alemana corresponde a la fundación del Max Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, de Frankfurt am Main por H. Coing. Durante la dirección de Coing el Instituto de Frankfurt centra sus pesquisas en la Historia

del Derecho privado. Esta preocupación por la historia del Derecho privado queda institucionalizada con la fundación de la revista *Ius Commune*.

e) A fines de la década de 1980 el historiador del Derecho M. Stolleis publica una extraordinaria monografía sobre el Derecho público en Alemania, abriendo con ella el debate en torno a los fundamentos epistémicos-metodológicos de la historiografía jurídica. Stolleis extiende como objeto de estudio historiográfico-jurídico la historia del Derecho hasta el presente. Sus estudios sobre el Derecho del régimen nazi, para mencionar sólo un ejemplo, es un testimonio de esta nueva orientación que asume la historiografía jurídica alemana.

f) El cambio de paradigma realizado por Stolleis se manifiesta también en la incorporación de elementos metodológicos de las otras escuelas historiográficas que participan de la revolución historiográfica del siglo XX, especialmente de la Escuela francesa de los “Annales”.

g) Finalmente, con la dirección de Stolleis se funda una nueva revista que entiende como objetivo de estudio de la historiografía jurídica tanto el Derecho privado como el Derecho público: *Rechtsgeschichte*, ampliando ahora su objeto de análisis al fenómeno jurídico cultural mundial.

h) El caso de D. Wyduckel también merece ser destacado como uno de los aportes sustantivos de la historiografía pública germana. En efecto, Wyduckel parte del estudio del Derecho público de la Temprana Edad Moderna, cuyos fundamentos romanistas sirven de base ideológica a los teóricos del Estado absolutista. También se destaca la labor historiográfica jurídica de Wyduckel por sus estudios sobre la llamada Jurisprudencia Westfaliana (“Westfälische Jurisprudenz”), cuya figura central es la del romanista Johannes Althusius, como un aporte del pensamiento jurídico romano (público-privado) y del desarrollo de una “Staatslehre” al pensamiento jurídico moderno

i) De acuerdo a esta evolución de la historiografía jurídica y a la condición de estudios interdisciplinarios que tienen hoy los estudios sociales, siendo el Derecho y su historia parte de esos estudios, es posible en consecuencia proponer un modelo para la Historia del Derecho basada en cuatro áreas: i) Historia del pensamiento jurídico (escuelas, corrientes); ii) Historia del discurso jurídico (textos), lo que actualmente constituye casi exclusivamente la Historia del Derecho: Digesto, Breviario de Alarico, Partidas, *Corpus Iuris Canonici*, Códigos; iii) Sistemas jurídicos; iv) Historiografía jurídica (Epistemología, Metodología, Lingüística historiográfico-jurídica). Nos parece que considerando estos cuatro elementos podemos construir una Historia del Derecho que forme a la vez parte de una Historia de la cultura (Coing) y de una Historia total (Stolleis).

[Recibido el 30 de junio y aprobado el 23 de julio de 2010].

BIBLIOGRAFÍA

- BOBBIO, N., *La teoría de las formas de gobierno en la Historia del pensamiento político* (trad. castellana, 6ª reimpresión, México, 2008).
 BOBBIO, N., *Ni con Marx ni contra Marx* (México, 2000).

- BRAUDEL, F., *Las ambiciones de la Historia* (Barcelona, 2002).
- BRUNNER, O. - CONZE, W. - KOSELLECK, R. (editores), *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, I.
- CALSAMIGLIA, A., *Introducción a la Ciencia jurídica* (Barcelona, 1990).
- CARVAJAL, P., *Geschichtstheorie o Geschichtsphilosophie? El discurso historiográfico alemán. De H. Conring a E. Nolte*, en WIDOW, J. L. - CORTI, P. - MORENO, R. (editores), *El tiempo en la Historia* (Viña del Mar, 2005).
- COING, H., *Historia del Derecho (Historiografía y metodología)* (México, 2000).
- CORDERO, E. - ALDUNATE, E., *Evolución histórica del concepto de propiedad*, en REHJ., 30 (2008).
- FIORAVANTI, M., (editor), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y Derecho* (Madrid, 2004).
- FIORAVANTI, M., *Constitución. De la Antigüedad a nuestros días* (Madrid, 2001).
- GARZÓN VALDÉS, E., *Calamidades* (Barcelona, 2004).
- HOBBSAWM, E., *La era de la revolución 1789-1848* (Barcelona, 1995).
- HOBBSAWM, E., *La era del capital, 1848-1875* (Barcelona, 1998).
- HOBBSAWM, E., *La era del imperio, 1875-1914* (Barcelona, 2003).
- HOBBSAWM, E., *Sobre la historia* (Barcelona, 1998).
- JABLONER, C., *Kelsen and his Circle. The Viennese Years*, en *European Journal of International Law*, 9 (1998).
- KELSEN, H., *Die Staatslehre des Dante Alighieri* (Wien, 1905).
- KOSELLECK, R., *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos* (Barcelona, 1993).
- POCOCK, J., *The Machiavellian Moment* (Chicago, 1981).
- SCHLÜTER, Ph., *Gustav Radbruch Rechtsphilosophie und Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Ein Vergleich* (Diss. Tübingen, 2009).
- SKINNER, Q., *Liberty before Liberalism* (Cambridge, 1999).
- SKINNER, Q., *Maquiavelo* (Madrid, 1998).
- SKINNER, Q., *The Foundations of Modern Political Thought* (Cambridge, 1978), 2 volúmenes.
- STOLLEIS, M., *Europäische Rechtsgeschichte, immer noch ein Project*, en *Clio@Themis. Électronique d'Histoire du Droit*, 1 (2007).
- THUM, V., *Wien und der Wiener Kreis. Orte einer unvollendeten Moderne. Ein Begleitbuch* (Wien, 2003).