

Herzog, Tamar, *Una breve historia del derecho europeo. Los últimos 2500 años*, (traducción de Miguel Ángel Coll Rodríguez), Madrid, Alianza Editorial, 2019, 373 págs. ISBN: 9788491814696

Ya han pasado dos años desde que la Alianza Editorial publicara la traducción al castellano del libro de Tamar Herzog (=TH), solo un año más tarde de que el texto original en inglés viera la luz¹. Desde entonces, ambas versiones han sido objeto de numerosas reseñas, análisis críticos e incluso debates, como es el recogido en una de las más relevantes revistas iushistóricas del panorama europeo actual, los *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*². Por ello, el presente comentario no puede sino hacer suyas algunas consideraciones que, habiendo sido ya apuntadas por otros, resultan sin embargo centrales al objeto de analizar esta nueva obra de TH.

La primera y más obvia de entre todas ellas tiene que ver con la determinación de la identidad y/o condición de los principales, que no únicos, supuestos destinatarios del libro de TH, para lo cual conviene remitir a lo revelado por la propia autora. En efecto, en la *Introducción* de la obra TH señala que fue la incompreensión del significado original de la Carta Magna demostrada por una animosa estudiante lo que la animó a escribir su obra, en el convencimiento de que el conocimiento de la historia, en este caso la político-jurídica, proporciona medios para concebir de forma distinta el presente y el futuro (p. 10). Así las cosas, sigue más tarde afirmando, “escribí intencionadamente este libro con mis estudiantes de historia y de derecho y mis colegas en mente” (p. 12).

Entre académicos, es bien sabido que resulta prácticamente imposible no “pensar en los colegas” cuando un profesional de la historia ejerce como tal escribiendo cualesquier texto. No obstante, creo que se puede sostener que este libro es esencialmente un manual que ha sido concebido para el consumo exclusivo de estudiantes de las instituciones universitarias norteamericanas, las cuales, como bien se sabe, ofrecen itinerarios curriculares que difícilmente se corresponden con los a su vez distintos europeos. Ello explica que este libro no tenga un correspondiente en la manualística histórico-jurídica europea, o, cuando menos, española, debido entre otras cosas a que en principio no está destinado a las *Law Schools* sino a las *Faculties of Arts&Sciences*, con independencia de que los estudiantes de derecho puedan matricularse en cursos impartidos en aquellas últimas³. Hay, pues, un aspecto de esta obra que puede

¹ *A Short History of the European Law. The Last Two and a Half Millennia*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 2018.

² *Quaderni Fiorentini*, 49 (2020), pp. 583-618 (con aportaciones de César Hornero, Simona Cerrutti, Andrew Fitzmaurice y la propia Tamar Herzog).

³ Según la información recogida en la página web de la Universidad de Harvard, el curso “The History of Law in Europe”, del que resulta responsable TH, correspondiéndose grosso modo con los contenidos del texto que aquí se comenta, está dirigido a “Undergraduate and Graduate Students”.

interesar al servir de referente comparativo a todos aquellos que se enfrentan, ya en las Facultades de Derecho europeas, con la enojosa tarea de tratar de convencer a un estudiantado no especialmente interesado por la historia que tener memoria forma parte del acervo cultural de los buenos juristas.

La vocación pedagógica de esta obra explica en buena medida tanto la sencillez coloquial de su técnica narrativa cuanto la exigente selección de sus principales contenidos, lo que no empaña en absoluto la ambición que la anima. En efecto, en seis capítulos y un epílogo, TH resume con razonable eficacia la historia de lo que la autora concibe (o, cuando menos, califica) como “derecho europeo” a lo largo de los 2500 años a los que hace referencia el título. Esta cronología arranca de la antigüedad romana terminando con el broche actual del derecho de la Unión Europea, sin que ello signifique que la *Breve historia* pretenda forzar continuidades consolidando una vez más esa percepción eurocéntrica de la historia del derecho que, como bien sabe la autora, viene siendo objeto de considerables críticas desde hace ya mucho tiempo, concretamente a través de la historia global, los estudios postcoloniales y los estudios críticos del derecho.

Volveré sobre esta cuestión más adelante, limitándome aquí a resaltar que en el capítulo correspondiente (Epílogo) no se hace especial referencia a un dato de enorme interés para esta obra, a saber: el referéndum celebrado el 23 de junio de 2016 que determinó el abandono del Reino Unido de la Unión. Y afirmo que el dato resulta de interés por un doble grupo de cuestiones: en primer lugar, porque principal línea argumentativa que atraviesa de principio a fin este libro es la comparativa histórica entre los cambiantes universos del *common law* y los sucesivos continentales, que la autora, huyendo de algunas convenciones tradicionales, resuelve en términos de proximidad y no de radical antagonismo. Pero, sobre todo, en segundo, porque uno de los más discutibles aspectos del libro de TH es la determinación de ese ámbito “europeo” al que también se refiere su propio título. Dicho con más claridad: ¿en dónde se queda la argumentación que constituye el esqueleto principal del libro cuando no resulta necesario referirse a la “unificación jurídica europea” en términos de confrontación/integración del derecho continental con el *common law*? Ciertamente es que TH es plenamente consciente de las dificultades que entraña el uso de una terminología tan elástica y problemática como es la derivada del término y/o concepto Europa (p. 20), pero justo por ello su opción, como cualquier otra, delimita un campo de juego en términos tan exclusivos como consecuentemente excluyentes⁴.

Así, por poner algunos ejemplos muy evidentes, el tan plurisecular como complejo mundo bizantino, en el que por cierto se gestó el *Corpus Iuris Civilis* justinianeo, no tiene un capítulo ni epígrafe propio, como tampoco lo tienen los países escandinavos o los europeos del Este, algunos de los cuales, a diferencia del Reino Unido, forman hoy parte de la Unión. Debe reconocerse que por diferentes motivos sus respectivas tradiciones jurídicas se alejan de los dos núcleos básicos cuya comparación constituye el objetivo primordial de esta obra, pero creo poder advertir que el adjetivo “europeo” no solo ha servido para delimitar una geografía sino también una materia, el derecho, que es el principal protagonista de esta historia⁵, desde una

⁴ Jean-Frédéric Schaub, *¿Tiene Europa una historia?*, Madrid, Ediciones Akal, 2013.

⁵ Estas cuestiones constituyen una de las principales temáticas que interesan hoy a los iushistoriadores. Un significativo ejemplo en: Thomas Duve (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches*, Frankfurt am Main, Max Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte, 2014 (Global Perspectives on Legal History, 1).

perspectiva tradicional que privilegia el papel de la dogmática del derecho civil, su historia y sus instituciones, así como de sus resultados en los movimientos de codificación de los siglos XIX y XX⁶. En efecto, en esta obra no hay lugar para el derecho constitucional de los siglos XIX y XX en sus versiones liberal y/o democrática, para la formación y consolidación del derecho público en sus distintas variantes continentales o las transformaciones sufridas por el derecho privado en la construcción del Estado social, siendo así que son precisamente las problemáticas gestadas en estos campos las que hoy por hoy ocupan fundamentalmente a la Unión. Y ya para finalizar el capítulo de las más clamorosas ausencias, sorprende especialmente la del derecho internacional de factura decimonónica, el cual, como se sabe, poco o nada tuvo que ver con ese renacer del “ius gentium” que devino colonial en la expansión europea⁷, al que sin embargo TH dedica una buena parte del capítulo 9 de su *Breve historia*.

Con todo, no resulta razonable exigir a un texto como el que me ocupa que solucione de una vez por todas los problemas que, derivados del uso de la expresión tradición jurídica europea, han venido preocupando a insignes historiadores del derecho⁸. Sin embargo, esta razonable opción no legitima cuadros descompensados como es el que se diseña identificando como uno de los principales escollos de la unificación jurídica europea la “distinción entre la Europa continental, que siguió el *ius commune*, e Inglaterra, que tenía su propio *common law*. Las diferencias entre estos dos sistemas, se ha argumentado, son verdaderamente insalvables” (p. 331). En mi opinión, la mera formulación de este tipo de dicotomías confiere un innecesario protagonismo al *common law*, toda vez que es de conocimiento general que, desde su tardía incorporación a la Comunidad Económica Europea en el año de 1973 hasta su actual abandono de la Unión, el Reino Unido de Gran Bretaña ha sido simplemente uno entre los cada vez más numerosos socios de la UE. Me extenderé más adelante en el análisis del capítulo final, por cuanto entiendo que pretende conferir un determinado sentido actual al libro, adelantando ahora que considero que el Epílogo constituye un cierre desafortunado de una obra que sin embargo puede resultar de utilidad para muchos.

Sin duda, entre estos últimos se encuentran aquellos a quienes les resultaría un tanto extraño concebir que los países miembros de la UE, a los que deben sumarse otros que no forman parte de ella como Suiza o Noruega, no hunden sus históricas raíces en la rutilante geografía grecolatina propia de la Antigüedad, incluso de la más “decadente” tardía. Solo así se explica que TH haya tenido que dedicar un capítulo, el primero de su libro, a tratar de sintetizar aquello que en palabras de un buen conocedor del “ius”, Aldo Schiavone, puede denominarse sin exageración alguna “La invención del Derecho en Occidente”⁹. Llegados aquí, permítaseme una obviedad: por su enorme complejidad, esta temática se resiste de forma natural

⁶ Para una recuperación, y renovación, de esta perspectiva, cfr., Reinhard Zimmermann, *Derecho romano. Derecho contemporáneo. Derecho europeo. La tradición del Derecho civil en la actualidad*, Bogotá, Universidad del Externado, 2010.

⁷ Vid. la clásica obra de Martii Koskenniemi, *El discreto civilizador de naciones: el auge y la caída del derecho internacional 1870-1960*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2005.

⁸ Baste citar aquí dos conocidos ejemplos: António M. Hespanha, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*, (edición al cargo de A. Serrano González) Madrid, Tecnos, 2002; Paolo Grossi, *L'Europa del diritto*, Milán, Editori Laterza, 2009.

⁹ Aldo Schiavone, *Ius. La invención del Derecho en Occidente*, Madrid, Editora Castellana, 2009.

a ser objeto de una exposición telegráfica como es la recogida en la obra de TH. Debido, quizás, a ello, se hace uso de expresiones tan eficaces como poco felices, como por ejemplo son todas aquellas que hacen referencia a supuestos “sistemas normativos” (p. 26), a la par que se simplifican excesivamente cuestiones singulares o ius-historiográficas, como son la problemática de las presunciones o las viejas polémicas sobre el derecho romano vulgar y sobre los derechos bárbaros. Bien es verdad que la autora advierte de continuo sobre la existencia de debates y discrepancias, pero resulta difícil para quien no sea un mínimo conocedor identificar los extremos de las distintas discusiones historiográficas a las que se remite una y otra vez en esta obra.

Algo similar puede decirse respecto del capítulo segundo dedicado a “La creación de la cristiandad latina”. Empero, debe hacerse hincapié en que tanto uno como otro capítulo están destinados a identificar aquellos datos que se consideran de imprescindible conocimiento para dar cuenta de un relato que, en puridad, debería arrancar en aquellas fases de la historia medieval que dieron lugar a lo conocido como cristiandad latina occidental. Y es que, como la misma autora señala (p. 124), este tan cambiante como en ocasiones expansivo marco geográfico resulta ser más apropiado que el previo romano a la hora de amparar los verdaderos orígenes de esa tradición jurídica que constituye el objeto principal de la múltiples y posibles versiones de la historia del derecho europeo, entre las cuales se pretende situar esta *Breve historia*. Ahora bien, hace ya bastantes años que, en un provocativo artículo, D. Osler cuestionó la enseñanza universitaria de la “European Legal History”, aduciendo que se basaba esencialmente en un mito anti-histórico que, formulado y gestionado por ius-historiadores del siglo XIX y XX, favoreció y, quizás, sigue todavía favoreciendo, determinados posicionamientos más políticos que historiográficos¹⁰. No es este el lugar más indicado para extenderse en una cuestión que viene ocupado a muchos desde hace ya mucho tiempo, pero sí de tenerla en cuenta a la hora de valorar el texto de TH por cuanto que esta autora milita en el campo de quienes comprenden la historia jurídica en términos de discontinuidad, lo que sin duda constituye una de las principales claves de la renovación de la ius-historiografía europea en las últimas décadas.

En sus capítulos centrales, referidos tanto a la alta y baja edad media como a la edad moderna, la autora hace un notable esfuerzo comparativo en relación a la formación y asentamiento del *ius commune* europeo respecto del *common law* inglés, señalando sus puntos de conexión y, consecuentemente, rebajando en algunos grados la naturaleza excepcional de aquel último; en este sentido, el capítulo 6 (“El nacimiento del *common law* inglés”), resulta especialmente ilustrativo para los ajenos por su concisión y claridad. Justo por ello, se hace difícil aceptar generalizaciones de signo comparativo como es aquella en la que, obviando anaqueles enteros de historia tanto de las diferentes magistraturas cuanto del proceso, se sostiene que en la Europa continental los jueces estaban encargados de hacer justicia sin que el cómo llegaran a una resolución justa no fue particularmente importante (p. 147)¹¹. Cuestiones como esta hacen dudar de la misma posibilidad de confeccionar una historia breve del de-

¹⁰ Douglas J. Osler, *The Myth of European Legal History*, *Rechtshistorisches Journal* (1997), 393-410.

¹¹ En sentido contrario, véase el esclarecedor artículo de Jesús Vallejo, “Acerca del fruto del árbol de los jueces. Escenarios de la justicia en la cultura del *ius commune*”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2 (1998), pp. 19-46.

recho en Europa, que en definitiva es lo mismo que preocupaba a Osler: como quiera que no hay una historia del derecho europeo, sino por el contrario miles de piezas que se resisten al ensamblaje, el peligro de contribuir a la invención de tradiciones buscando legitimación sobrevuela de continuo la labor del por tantas razones “solitario” historiador del derecho¹².

Plenamente conocedora del fenómeno, la autora recurre de continuo a un expediente simplificador: el mundo fragmentado, pero en buena medida también unificado europeo, asistió a la convivencia de derechos romano, germánico, local y canónico (p. 85). Pocas objeciones pueden realizarse a esta descripción, pero en esta narrativa se echa de menos una explicación política, que durante todo este largo periodo se expresó en clave jurídica: me estoy refiriendo obviamente al término/concepto “iurisdictio”, que tan bien han explicado autores como el italiano P. Costa o, entre nosotros, J. Vallejo¹³. Y es que su manejo hubiese impedido a TH abundar en concepciones periclitadas, como es por ejemplo aludir a “jerarquías de fuentes legales” refiriéndose al Ordenamiento de Alcalá de 1348, cuando lo que se ordenó realmente fueron jurisdicciones¹⁴.

Llegados aquí, cabe recordar una problemática eminentemente iushistórica, como es la que proviene del establecimiento de una distinción entre el mundo de la política y el del derecho basada en la supuesta autonomía que, caracterizando a este último prácticamente desde su “invención”, explica en buena medida la auto-atribución de valores tales como su racionalidad intrínseca, su naturaleza esencialmente técnica o incluso su atemporalidad. Esta llamada de atención viene a cuento debido a que una de las referencias más “políticas” de los capítulos centrales del libro de TH es la referida a la cuestión de la feudalidad, la cual, sin embargo, analiza en términos estrictamente jurídicos: solo así se entiende no solo que sostenga que el siglo XII asistió “al fin del feudalismo (donde existía)” (p. 107), sino que sitúe esta comprensión en la base de los capítulos centrales de su *Breve Historia*.

Claro está que de la misma manera que no se puede exigir que esta obra solucione el problema de la complejísima identidad europea, tampoco se puede esperar que resuelva satisfactoriamente la vieja polémica historiográfica sobre el feudalismo, que tanto tiempo y tantos esfuerzos ha venido consumiendo hasta la actualidad: en este exacto sentido, se entiende muy bien que TH resuelva el expediente dando cuenta simplemente de la existencia de un complejo debate. No obstante, resulta un tanto sorprendente en términos de historiografía jurídica crítica que se afirme que los juristas se interesaron por el derecho feudal cuando ya estaba en decadencia (p.123), sin ni siquiera recordar que una de las obras más significativas de la renovación de la historiografía jurídica ibérica, en cuya estela se sitúa *grosso modo* TH en virtud de su estrecha vinculación con A.M. Hespanha, fue precisamente la de B. Clavero, quien como es sabido situó la feudalidad no sólo en la geografía castellana sino en una

¹² Pio Caroni, *La Soledad Del Historiador Del Derecho. Apuntes sobre la conveniencia de una disciplina diferente*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014.

¹³ Pietro Costa, *Jurisdictio. Semantica del potere politico medioevale* (1100-1433). Milano, Giuffrè, 1969; Jesús Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada. Concepción de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1992.

¹⁴ Jesús Vallejo, “Leyes y Jurisdicciones en el Ordenamiento de Alcalá”, en *Textos y Concordancias del Ordenamiento de Alcalá*, Madison, Estados Unidos. The Hispanic Seminary of Medieval Studies. 1994, pp. 1-19. Del mismo autor, “El cáliz de plata. Articulación de órdenes jurídicos en la jurisprudencia del ius commune”, en *Revista de Historia del Derecho*, 38 (2009), pp. 1-13.

larguísima cronología abarcadora del ese universo pre-moderno en el que el derecho resultó ser un elemento infraestructural¹⁵.

En todo caso, certificar la muerte de la feudalidad antes de tiempo acarrea más problemas que los exclusivamente historiográficos, habida cuenta que rebaja en varios grados el relato de la furia revolucionaria francesa, la cual, junto a la mucho más contenida norteamericana, ocupan los capítulos 10 y 11 de la *Breve historia*. En ambos capítulos se explica con eficacia los contenidos básicos de esa radical innovación que, para el universo jurídico, supuso la asimilación de la idea de “poder constituyente” y, por tanto, de disponibilidad absoluta del derecho. Como bien señala TH, ello no quiere decir que la revolución permitiera que todo fuera nuevo bajo el sol, pero sí trastocó por completo la tradicional fundamentación del mismo. Mas quiera que la ruptura con la historia fue distinta a uno y otro lado del Atlántico, los resultados institucionales y jurídicos también difirieron en los nuevos Estados: según TH, los más radicales franceses fueron más significativos en términos globales, por cuanto que “la mayoría de nosotros somos, en un grado o en otro, herederos de la Revolución francesa” (p. 281).

Estos dos capítulos abarcan una cronología que va más allá de la estrictamente revolucionaria, ya que se extienden a todo el siglo XVIII y, por tanto, a lo que tradicionalmente se consideran antecedentes ideológicos o fácticos del acontecimiento revolucionario. De nuevo, resulta difícil superar esa primera impresión que asalta al iniciado cuando se enfrenta a las sesenta páginas en las que se condensan unos acontecimientos que cambiaron la historia no solo de unas determinadas comunidades políticas sino prácticamente de la humanidad. Ello explica que cada uno eche en falta aquello que más le interesa, lo cual, en el caso de quien esto escribe, se reduce fundamentalmente a la problemática que rodea a la nueva comprensión del término Constitución¹⁶. No viene al caso extenderse en la transcendencia de esta cuestión, que desde entonces hasta ahora ha marcado la agenda de muchos juristas¹⁷, pero sí subrayar que esta obra no se extiende en una problemáticas jurídicas más importantes de los últimos dos siglos, cual es el establecimiento de instituciones y procedimientos destinados a ejercer el control de constitucionalidad¹⁸.

Una consecuencia del escaso interés de TH por la problemática constitucional resulta ser la identificación de la “historia del derecho europeo” del XIX con los resultados de esa política codificadora que, apoyándose en el sujeto único de derecho nacido en la revolución, se implanto a diferentes ritmos en la mayoría de los países europeos. TH también da cumplida cuenta de la suerte de la codificación en el universo anglosajón, aportando una trabajada información que no suele incluirse en los manuales al uso. Empero, como ya apunté en el arranque de estas páginas, esta identificación expulsa del panorama jurídico decimonónico piezas tan básicas como fueron el derecho público/administrativo, el social/laboral, el internacional/colonial y, si nos ponemos un tanto exquisitos, la propia formación de la historiografía jurídica tras la publicación de los Códigos. Es más: el descompensado inte-

¹⁵ Bartolomé Clavero, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*, Madrid, Siglo XXI, 1974.

¹⁶ Gerald Stourzh, “Constitution: Changing Meanings of the Term from the Early Seventeenth to the Late Eighteenth Century”, en Gerald Stourzh, *From Vienna to Chicago and Back: Essays on Intellectual History and Political Thought in Europe and America*, Chicago, Chicago University Press, pp. 80-99.

¹⁷ Dieter Grimm, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

¹⁸ Para el ámbito continental europeo, vid. Pedro Cruz Villalón, *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1918-1939)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

rés por lo “público” que sin dificultad se infiere de la *Breve historia* explica quizás la desaparición en sus páginas de buena parte del siglo XX, en especial la referida a la relación del derecho con la barbarie de los totalitarismos, siendo así que en opinión de muchos la misma idea de la UE no se entiende sin contar con ella. En resumidas cuentas, el camino que transcurre entre las revoluciones de finales del XVIII y la creación en 1951 de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero está empedrado de ausencias, cuya identificación, no obstante, depende casi por completo de la subjetividad del crítico.

Ahora bien, lo que sin embargo no resulta opinable es la escasa, por no decir nula, veracidad que cabe atribuir a una serie de informaciones supuestamente objetivas que TH introduce en el Epílogo. Me limitaré a citar algunos ejemplos, todos ellos vinculados a la creación, posición y actividad del Tribunal de Justicia Europeo, que en ningún caso fue el resultado de una fusión de tribunales (p. 322). Pues bien, según TH, las sentencias del tribunal “no pueden ser apeladas (no hay instancia de apelación)”, lo que pone de manifiesto que la autora o bien infravalora, o bien desconoce por completo, que no hay uno sino dos tribunales en Luxemburgo, por lo que solo el superior actúa como instancia de casación. También infravalora o desconoce la radical novedad que introdujo en 2009 el Tratado de funcionamiento, el así llamado “comité del 255”, que limita en grado sumo la selección de los jueces realizada por los respectivos gobiernos (p. 322). En otro orden de cosas, la autora subraya el papel político desempeñado por el Tribunal guiando a las instituciones europeas y países miembros en la interpretación del derecho europeo adoptando “la norma de que las leyes nacionales, incluso que aquellas que son anteriores a la formación del derecho europeo, deben interpretarse que están en conformidad en vez de en conflicto con este” (p. 324), siendo así que esta supuesta decisión del Tribunal no es otra cosa que la tan simple como conocida regla de la “interpretación conforme”. Algo similar podría decirse respecto de la comprensión que tiene la autora de los procedimientos, puesto que de las páginas dedicadas al Tribunal no se infiere la existencia de la “cuestión prejudicial”, que, planteada por los jueces nacionales, que no por la ciudadanía, resulta ser la vía de acceso a la jurisdicción europea: es por ello que *todos* los expertos afirman “que todo tribunal nacional de la Unión es también un tribunal de justicia europeo” (p.324). Y ya para finalizar: solo un error de traducción podría explicar una afirmación como la siguiente: “además, algunas áreas del derecho continental, como el derecho administrativo, están subordinadas a la jurisprudencia” (p. 332).

Ya advertí que el Epílogo de esta *Breve historia* constituía un cierre desafortunado de un empeño arriesgado, aunque sin duda valiente. Con toda seguridad, instruirá convenientemente a estudiantes y curiosos, quienes tienen en esta obra una guía básica con la que deambular sin perderse en uno de los más complejos sectores de la identidad europea.

Marta Lorente Sariñena
Universidad Autónoma de Madrid
marta.lorente@uam.es