

Si bien Schmitt fue nombrado Consejero de Estado de Prusia por Hermann Goering, a quien también señalaba como quien había protegido su vida durante la *Nacht der langen Messer*, el académico nunca llegó a tener influencia real; antes bien, como ha señalado Wistrich, “aparte de Goering y Hans Frank, Schmitt no tenía conexiones con la alta jerarquía nazi, la cual tenía sus propios teóricos jurídicos como Werner Best, Reinhard Höhn, y el mismo Frank. Schmitt podía protestar que el derecho era ‘lo que el Führer desee’, pero su estatus de recién llegado, conservador tradicionalista e intelectual lo hacía vulnerable”³.

Afirmar que Schmitt fue “reconocido como el *Kronjurist* de Hitler” (p. 28) es distorsionar el registro histórico; involucra, como dijera Bendersky respecto de la similar opinión de Karl Loewenstein, “un total olvido de la real relación de Schmitt con el Tercer Reich, intelectual e institucionalmente, de principio a fin”⁴. El rol de arquitectos jurídicos del nazismo ha de ser reconocido a los ya mencionados Frank (condenado por crímenes contra la humanidad en Nuremberg y ejecutado), Best (sentenciado a muerte por los tribunales daneses) y Höhn (juzgado por un tribunal de desnazificación), así como a los Ministros de Justicia Franz Gürtner (fallecido en 1941), Franz Schlegelberger (condenado por el Tribunal de Nuremberg) y Otto Georg Thierack (quien cometiera suicidio antes de ser juzgado en Nuremberg). En contraste con todos ellos, Schmitt, apresado por el gobierno provisional americano tras las insistentes gestiones de Loewenstein, fue liberado sin que se le formularan cargos⁵.

Schmitt habrá sido un pensador conservador, un teórico falocéntrico de la democracia y un ingenuo aprendiz de mago; pero no jugó el rol en la Alemania Nazi que Jaime Guzmán jugó en el Gobierno Militar chileno. Más provechosas comparaciones se obtienen comparando a Guzmán con otras figuras históricas tales como Madison, constitucionalista de la reacción propietaria; Portales, dirigente del golpismo aristocrático; William Buckley, inspirador intelectual del renacer contemporáneo del movimiento conservador de masas; o John Yoo, ejecutor jurídico de la restricción de derechos en la guerra contra el terrorismo.

Fernando Muñoz León
Universidad Austral de Chile

DOI: 10.4067/S0718-09502012000100015

MIGLIETTA, Massimo; SANTUCCI, Gianni (editores). *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del ‘Seminario internazionale di diritto romano’ e della ‘Presentazione’ del terzo volume dei ‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’. Digesti o Pandette dell’imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani*. Trento: Università degli Studi di Trento, 2011 (252 págs.).

³ Wistrich, Robert, *Who's who in Nazi Germany*, p. 226, Routledge, London, 1995.

⁴ Bendersky, Joseph, “Carl Schmitt's Path to Nuremberg: A Sixty-Year Reassessment”, en *Telos* 139, p. 18, 2007.

⁵ *Id.*

1. Que la crítica deba ser presupuesto del trabajo cuyo objeto son textos históricos, parece no dar lugar a controversia alguna. Si tales textos contienen, además, el testimonio del derecho de una época, entonces la crítica de los mismos es condición de veracidad de la exposición acerca del derecho de una determinada sociedad, en cuanto aquella se funda en la interpretación de su contenido, cribado, depurado o reconstruido. Si consideramos, ahora, que a partir de sucesivos análisis del mismo tipo se desarrolla una disciplina histórico-jurídica, entonces lo que está en juego es nada menos que el estatuto científico de ella⁶.

La ciencia romanística —la disciplina histórico-jurídica de la que hablo— se constituye como tal hace ya siglos, orientándose hacia metas diferenciadas en atención a su función en la sociedad en la cual se desarrolla; así, aquella es en ocasiones dogmática —por ejemplo, en la época del *mos italicus*, o de la Pandectística— y en otras tantas científico-jurídica —*mos gallicus* y la romanística del siglo XX. Es precisamente en esta última función en que la discusión acerca de los textos y su crítica aparece con fuerza. Pero no es sino desde fines del siglo XIX y parte significativa del XX, especialmente en su primera mitad, que la crítica textual se traduce en un específico método de trabajo, el interpolacionismo, cuya práctica, en ocasiones excesiva, conduce finalmente a su abandono⁷ y, con ello, el de la atención hacia la crítica textual. El problema radica aquí: si la crítica textual queda reducida operacionalmente a la hipotización de interpolaciones y ésta, en cuanto método de la romanística contemporánea, es abandonada —como es palpable desde los años setenta del siglo pasado—, cabe preguntarse si las condiciones epistémicas en que la romanística realiza su labor permiten validar sus afirmaciones acerca de la exacta realidad del derecho de la antigua Roma y de las interpretaciones de aquellos textos con los que ha de vérselas. En otras palabras, ¿en qué condiciones queda su estatuto como disciplina científica?

2. Movidos por preocupaciones de esta naturaleza, Massimo Miglietta y Gianni Santucci, ambos profesores de la Universidad de Trento, convocaron a un seminario europeo cuyo objeto no era otro que el de la crítica textual, el que tuvo lugar en 2007 y cuyas actas, anotadas y ampliadas por los expositores del mismo, han visto la luz hace pocos meses. El seminario tuvo dos fases, que se replican en la edición del volumen: la primera, de ponencias, y a modo de segunda, una mesa redonda. En el volumen impreso, cada una de las intervenciones es recogida ahora en forma de artículo. Los editores, además, añaden la reedición de un artículo de Mario Talamanca, debido a una razón muy especial: su intervención en el seminario había tenido lugar en sede de “relación

⁶ Sobre lo cual, *vid.* el debate de los años setenta, ahora recogido en español: Kaser, Max, *Las interpolaciones en las fuentes jurídicas romanas*. (Granada: Comares, 1998) y Guarino, Antonio, *Sobre la credibilidad de la ciencia romanística moderna* (Granada: Comares, 1998).

⁷ Para una exposición histórica sobre el método interpolacionista *vid.* el reciente artículo de Andrés Santos, Francisco Javier, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 33 (2011), pp. 65-120.

de síntesis”, de acuerdo a lo previsto. Pero, en 2009, mientras hacía las correcciones y ampliaciones de dicha exposición, Talamanca fue sorprendido por la muerte. Ante esta situación, los editores decidieron –acertadamente– en lugar de la relación de síntesis agregar a la edición un artículo anterior del propio Talamanca sobre crítica textual e interpolacionismo. Finalmente, el volumen incluye la presentación que en el marco del mismo seminario realizó el profesor de la Universidad de Roma La Sapienza, Sandro Schipani, del tercer tomo de su traducción italiana del Digesto⁸.

En lo que sigue me propongo dar breve cuenta del contenido de las contribuciones que integran este volumen, aunque no siempre en el orden en el que vienen recogidas. Ello, por cuanto dentro del seminario tuvo lugar un debate entre dos de los asistentes (me refiero a Giuseppe Falcone y Dario Mantovani) que queda recogido en sedes distintas de la obra. Creo que procediendo así se permite poner en tabla un diálogo científico que refleja lo complejo –y conflictivo– que puede llegar a ser el tema.

3. Renzo Lambertini, *Interpolazioni dei 'Digesta'. Dichiarazioni di Giustiniano, esperienze di ricerca* (pp. 3-28), ofrece una contribución acerca de numerosos fragmentos de los que en su actividad investigadora ha debido hacerse cargo, todos ellos sospechosos o derechamente denunciados como contaminados. El análisis que propone Lambertini comienza por tomar con escepticismo tales denuncias y examinar el problema propuesto en el fragmento en cuestión con una perspectiva más amplia, que combina factores tanto lingüísticos como dogmáticos. Su conclusión, en la mayoría de los casos, es que la sospecha de contaminación es infundada y que, por el contrario, los indicadores de genuinidad del pasaje están presentes y conducen a desechar las hipótesis de corrupción.

Peter Gröschler, *'Actiones in factum' e 'actiones utiles' intorno a la 'lex Aquilia'. Tra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionismo* (pp. 29-49). El autor es suficientemente conocido en la romanística moderna por su contribución al estudio de las acciones *in factum*⁹. En este caso, su exposición aprovecha esa línea de investigación para examinar algunos supuestos en los cuales los textos romanos hablan o de acciones *in factum* o bien *utiles*, sin mayor coherencia. Este aspecto había sido ya tratado por dos romanistas, Ulrich von Lübtow y Walter Selb; el primero, con método interpolacionista; el segundo, con crítica moderada y un marcado temperamento diacrónico en la exposición de las fuentes. El resultado del examen habla a favor del método empleado por Selb, que, alejado de las hipótesis reconstructivas de Lübtow, da cuenta de forma mucho más plausible de la variedad terminológica presente en los juristas romanos.

Christian Baldus interviene en dos oportunidades. En la primera de éstas, bajo el título *Karl-Heinz Ziegler: il diritto internazionale nell'esperienza romana. Discussioni attuali*

⁸ *Iustiniani Augusti digesta seu Pandectae. Digesti e pandette dell'imperatore Giustiniano: testo e traduzione*, vol. III (Milano: Giuffrè, 2007). En 2012 ha sido publicado el cuarto volumen de la traducción, por la misma editorial, con lo que ya van veintisiete libros del Digesto traducidos al italiano por Schipani.

⁹ *Actiones in factum. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich* (Berlin: Duncker & Humblot, 2002).

(pp. 51-59), ofrece un perfil científico y personal de Ziegler: su paso como Professor en Hamburgo, así como el desarrollo de una perspectiva funcionalista del derecho internacional público (a partir de las ideas desarrolladas por Wolfgang Preisler). Valora, como es inevitable en un perfil científico, la proyección de su tesis doctoral, dedicada a los tratados romano-persas, su trabajo de habilitación sobre el arbitraje (publicado en 1971), la monografía *Das Völkerrecht der römischen Republik* (1972) y el artículo publicado en el número 4 (1972) de la prestigiosa revista *Ius Commune*, “Die römischen Grundlagen des europäischen Völkerrechts”; sin duda, la publicación en 1994 de su *Völkerrechtsgeschichte* no es sino coronación de una línea de investigación a todas luces original. En su segunda intervención, *La critica del testo nella romanistica tedesca a dieci anni dalla morte di Max Kaser* (pp. 121-137), ya en sede de mesa redonda, Baldus centra su atención en la relación sistema-método, problema que vincula con el de la crítica textual. Naturalmente, las ideas de Kaser constituyen el punto de partida. La exposición que éste realiza del derecho romano pareciera basarse en la duda acerca de la existencia de un sistema externo en Roma —dejando de lado el sistema del edicto del pretor y el sabiniano—, razón por la cual aquélla se ciñe al sistema de la Pandectística¹⁰. Queda entonces abierta la pregunta acerca de la posibilidad de hablar de un sistema interno, del que, a diferencia de lo que ocurre con el externo, es posible encontrar numerosas evidencias, es decir, soluciones concretas y utilización de herramientas intelectuales que, en su conjunto, configuran una metodología común. ¿Es posible llevar más allá la cuestión y plantear la hipótesis de una cierta identidad dogmática entre los juristas romanos, entendiendo por ésta al conjunto de características que definen a un jurista específico? Baldus sugiere que el estudio del derecho romano no puede evitar el hacerse cargo de la huella intelectual del jurista, en particular, si se inquiera sobre la técnica de éste. Y es entonces cuando aparece la crítica textual, en cuanto presupuesto del trabajo sobre la obra de los juristas, que es la sede en la que el texto se lee también como expresión de un tiempo y una cultura determinados. En definitiva, un camino que retoma de algún modo el propuesto en su momento por Franz Wieacker y sus *Textstufen*.

Karl-Heinz Ziegler, *Max Kaser e la revisione della critica interpolazionistica nella romanistica di lingua tedesca dopo il 1967* (pp. 61-79), propone un examen del pensamiento kaseriano acerca de la crítica textual, a partir de la revisión de los escritos en que va dejando testimonio de su alejamiento del método interpolacionista, que en ningún caso llega a transformarse en anticrítica. El acercamiento propuesto por Ziegler no deja de lado el debate Kaser/Wieacker, y su derivada, esto es, la opción entre investigación del contenido material (*Sachforschung*) y la investigación del texto (*Textforschung*).

Fausto Gorla, *Che cosa potevano fare i Compilatori?* (pp. 139-149), sostiene que el trabajo de crítica textual no debería en principio excluir la hipótesis de interpolaciones, para lo cual pone de relieve el esquema propuesto por Chiazzese, en orden a distinguir interpolaciones formales y sustanciales. Se detiene a continuación en el verdadero alcance que debió tener

¹⁰ Expresión de todo ello es su tratado *Das römische Privatrecht*, 2 vols. (München: Beck, 1971 y 1975), cuya versión abreviada, al cuidado de Rolf Knütel, se titula *Römisches Privatrecht*. De ella van, hasta el momento, 19 ediciones de la misma casa editorial.

la iniciativa justiniana de compilar el derecho contenido en las obras jurisprudenciales: los compiladores no habrían estado en la posición de llevar a cabo una reforma del derecho, sino que su función se habría dirigido a hacer primar el derecho efectivamente practicado, es decir, el de la práctica corriente de los tribunales y la costumbre de la capital del imperio. En su opinión, la composición misma de la comisión da luces acerca del alcance no-reformista de la iniciativa justiniana: cuatro profesores, dos funcionarios y once abogados. Hipotiza que la labor de los abogados debió ser más determinante que la de los profesores, en el sentido de ser quienes decidían qué pasajes elegir y cómo modificarlos, puesto que estaban –en razón de su cargo en la prefectura del pretorio de Oriente– en posición de conocer la práctica forense no sólo de la capital, sino también de algunas provincias orientales. En otras palabras, sabían por experiencia cuál era el derecho efectivamente aplicado. Esta hipótesis lleva a descartar un gran número de interpolaciones, pero puesto que éstas existen –en particular las sustanciales– cabe preguntarse por su origen. Su conjetura es que ahí donde existen aquellas que no tienen por correlato una intervención imperial, se las puede atribuir a la praxis oriental de los primeros decenios del siglo VI. Se trata de una posibilidad que, como el mismo autor reconoce, es difícil de probar, debido a los escasos testimonios que nos han quedado de derecho posclásico, lo que no debiese ser impedimento para intentar, al menos en parte, someterla a un trabajo de validación.

Dario Mantovani, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro* (pp. 151-171), expone que en el siglo XX hemos asistido a la reducción de la crítica textual al descubrimiento de interpolaciones y que ello se explica en razón de una serie de circunstancias. De momento, el hecho de que a comienzos del siglo XX el derecho romano comenzara a ser estudiado con una perspectiva historicista, debido a su desaparición como derecho vigente, con enorme contribución de la papirología jurídica. A su vez, la publicación de la *editio maior* del Digesto por parte Mommsen, así como del *Vocabularium Iurisprudentia Romanae* (la obra editada por Otto Gradenwitz, Bernhard Kübler y Ernst-Theodor Schulze y publicado en cinco volúmenes, entre 1903 y 1939) son decisivos en el desarrollo del interpolacionismo. Ello, debido a la valoración que se concede a la *editio maior* mommsiana como representación exacta del texto original, en circunstancias que el propio Mommsen pretendía a lo sumo ofrecer una versión de los testimonios de la *Fiorentina*. A su turno, el uso del *VIR*, tal como había sido concebido, suponía omitir las diferencias entre lengua y palabra, enfocándose en un nivel básico. El autor se muestra confiado en que, devolviendo a la obra de Mommsen el valor que éste mismo quería otorgarle y no confundiendo la crítica del texto con la caza de interpolaciones, será posible no sólo superar el reduccionismo antes denunciado, sino también ampliar los límites de la crítica textual.

Johannes Michael Rainer, *Problemi e prospettive della critica testuale: riflessioni in chiusura della 'Tavola rotonda'* (pp. 201-205), coincide con el diagnóstico acerca de la falta de discusión metodológica que permita entender o justificar una postura no-interpolacionista. Su intervención expone los orígenes del interpolacionismo y el trasfondo intelectual que lo rodea, lo que lo lleva a sostener que éste se da como variante, en el plano jurídico, de la atención recibida por el mundo clásico en el siglo XIX, la que estuvo acompañada de la pretensión de depurar los textos. La parte final de su contribución se centra en la figura de Franz Wieacker, cuyo perfil interpolacionista es controvertido. Si se trata

de afirmar que los textos han sido corrompidos, Wieacker lo admite, pero, a renglón seguido, sostiene que ello ha ocurrido en Occidente y no en Oriente, como tampoco en el siglo V, sino en el III (entre los años 250-300, época que coincide con el cambio de soporte de los textos: de volumen a códice). Pero en Oriente, la situación sería diferente: algunos volúmenes se encontrarían aún en las bibliotecas de abogados y profesores, lo que habría permitido a los compiladores extraer textos menos contaminados de cómo los habrían encontrado en códices del siglo III, lo que afecta, por consiguiente, al Digesto.

Mario Talamanca, *La ricostruzione del testo della critica interpolazionistica alle attuali metodologie* (pp. 217-239), expone algunas ideas acerca de dos importantes ejemplos de interpolacionismo y antiinterpolacionismo: Siro Solazzi y Salvatore Riccobono. El primero, nunca abandona al método; el segundo, adhiere en un comienzo, pero luego renuncia. A pesar de que el hipercriticismo de Solazzi no sea hoy compartido y, peor aún, objeto de censuras, destaca su coherencia hasta el final. La crítica de Riccobono al método, en cambio, estaría inspirada por su interés en trasladar las soluciones romanas a los problemas modernos, para lo cual la denuncia de interpolaciones habría constituido un obstáculo. Talamanca resta importancia a la crítica de Riccobono al método como factor de su caída. Ésta se explicaría más bien por los excesos de los interpolacionistas y a su estancamiento, prueba de lo cual sería que el método llamado a reemplazarlo no encarnaría en absoluto las ideas riccobonianas. En una segunda parte de su exposición, previene contra la costumbre de descartar de entrada las contribuciones de la literatura interpolacionista sólo por razones de método. A su juicio, la reconstrucción del texto a partir de su crítica es todavía un desafío metodológico de la romanística contemporánea. En este contexto, previene contra el peligro inherente al extendido uso de dos instrumentos alternativos a la crítica interpolacionista: de un lado, el recurso al tópico de la “genuinidad sustancial del texto”, a veces repetido sin fundamento y, por otro, el abuso del argumento sobre la abreviación del texto “a causa de la supresión del *ius controversum*”. Pero, ¿qué se ha de reconstruir? A su juicio, esta tarea debe estar centrada en el contenido técnico-jurídico de los textos, de cuyo contenido histórico jurídico afirma que es “nuestra fuerza, la belleza, la vida, el alma, todo”. Culmina su trabajo con algunas referencias a la relación entre cultura y jurista, a propósito de la pregunta sobre el verdadero alcance que debería concederse a la influencia de la filosofía, tanto en las decisiones de los juristas como en la construcción de sus esquemas operativos.

Sandro Schipani, *Rileggere i Digesti. Presentazione della traduzione della parte terza dei Digesti di Giustiniano* (pp. 241-250). La presentación de Schipani centra la mirada en la idea del texto y de las circunstancias a las que se ve expuesto. En particular, en cuanto texto de naturaleza jurídica, toda vez que aquellos de una distinta no sortean idénticas vicisitudes. Cuestiones tales como la continua presión a la que son sometidos, en especial, porque conforme a ellos se ofrece una solución a los ciudadanos de cara a sus controversias o a la administración de sus bienes. Agrégase a ello el problema de la estabilización del texto por medio de su fijación definitiva (como ocurrió en su momento con el edicto perpetuo, a partir de la labor de Juliano) a la que los textos son sometidos en la compilación justiniana y las preguntas vuelven a plantearse: ¿en qué medida es capaz el texto de responder a cuestiones cada vez más complejas? Asimismo, aborda

cuestiones más específicas relativas a la función que está llamada a cumplir una traducción a una lengua moderna, como el italiano, en el contexto de un diálogo interdisciplinar.

4. Giuseppe Falcone, *L'esordio del commento ulpiano all'editto sui patti (D. 2.14.1 pr.) tra critica testuale e analisi dei percorsi concettuali* (pp. 81-118); Dario Mantovani, *Appendice. 'Eaquea inter eos placuerunt': sui rischi del riuso dell'interpolazionismo. A proposito dell'emendazione di D. 2.14.1 pr. proposta da Giuseppe Falcone*; Giuseppe Falcone, *Postilla. A proposito dell'Appendice di Dario Mantovani sul mio contributo* (pp. 207-214). Como se ha adelantado, los invitados a exponer comunicaciones y a formar parte de la mesa redonda a que dio lugar el seminario tuvieron la oportunidad de revisar sus escritos e intervenciones, de modo de ampliar su base argumental y de agregar su respectivo aparato crítico. Dos de los intervinientes, Falcone y Mantovani, exponen sucesivamente una comunicación, una observación crítica y una réplica. Excedería los límites de una recensión como ésta el explicar los nudos argumentales en torno a los cuales se trenza la discusión, pero algunas luces pueden darse, al menos, brevemente. Falcone propone una revisión de D. 2.1.4.1 pr., un texto que ha dado lugar a mucha discusión, en particular en la época del predominio de la hipercrítica. Dos han sido los autores adherentes a este paradigma metodológico que no han dudado en señalar el carácter insiticio del texto: Georg Beseler y Fritz Schulz. En su revisión de los argumentos de ambos, Falcone acepta cierto grado de razón en las censuras expuestas en su día por Beseler y con ello reinstala su autoridad y la del método en medio de una discusión sobre la crítica textual. El intento es rechazado por Mantovani, quien advierte sobre los peligros que conlleva la reutilización (*riuso*) del interpolacionismo, en particular en su identificación con la crítica textual. A fin de dar cuenta de su toma de posición, desarrolla argumentos propios de la crítica textual con los cuales dinamita cualquier acierto atribuible a Beseler. Finalmente, Falcone replica con argumentos que, a mi entender, no contradicen los ya expuestos por Mantovani, pero que sí contribuyen a perfilar mejor su propia posición frente a los desafíos de la crítica textual.

5. A modo de balance, cabe precisar que después de cuarenta años, en que la romanística ha tendido a abandonar la discusión relativa al rol que cabe a la crítica textual en su trabajo, retoma –este volumen es testimonio de ello– la discusión acerca de las bases epistemológicas de su propio discurso. Credibilidad y pertinencia son exigencias a las que ninguna ciencia puede restarse y la romanística, a través de discusiones como ésta, se hace cargo de un problema que no podía seguir siendo soslayado, sin exponerse al riesgo de su propia extinción. La iniciativa de los editores es, pues, digna de encomio y alta valoración, en cuanto contribución genuina a un debate siempre necesario. Es de esperar que la lectura de la obra y, en particular, la discusión de los problemas planteados, constituya el punto de partida de una discusión metodológica fecunda, como lo merece la ciencia romanística.

Patricio Lazo González
Universidad de Antofagasta