

### III

## HISPANIA, DESPUES DE ENTONCES \*

«Habría, por tanto, que distinguir entre lo que se presenta como claro y lo que en su palpar oscuro crea claridad »

María ZAMBRANO

#### LOS MOMENTOS DEL GRANDUCA

En mayo de 1987, y en el marco del seminario sobre historiografía jurídica escandinava organizado en Florencia por el Centro di Studi per la storia del pensiero giuridico moderno, Giulio Vismara reconocía que «molto ho imparato dalla partecipazione a Convegni e a Congressi, restanto di solito in silenzioso ascolto; in questa occasione, tra le moltissime cose, ho apreso anche che è superfluo iscriversi per un intervento, dal momento che il Granduca ti convoca»<sup>1</sup>. Esta frase, nos parece, no es sólo una congregación elegante de palabras en torno a Paolo Grossi; ni tampoco consiste exactamente en una evocación genérica de las virtudes comunicativas del *silencio* en el seno de cualquier reunión científica. Siendo un poco ambas cosas, lo que las reúne otorgándolas un preciso sentido es la invocación implícita de un principio de oportunidad que rige la convocatoria de estos «encuentros» florentinos: el hecho de que la experiencia del tiempo que se está viviendo exija imperiosamente —por *imperium* del tiempo— vivir la experiencia complementaria de escuchar (más que hablar con,

---

\* A propósito de Bartolomé CLAVERO/Paolo GROSSI/Francisco TOMÁS Y VALIENTE (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales Atti dell'incontro di studio Firenze—Lucca 25, 26, 27 maggio 1989* (=Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 34/35), Milano, Giuffrè, 1989, 2 vols. pág. 1036 La indicación de páginas entre paréntesis dentro del texto se refiere siempre a este libro

<sup>1</sup> Paolo GROSSI (ed.), *La storiografia giuridica scandinava Atti dell'incontro di studio Firenze 22-23 maggio 1987*, Milano, Giuffrè, 1988, págs 63-64.

más que influir sobre) a colegas reconocidos de ámbitos culturales y geográficos diversos. La opinión de Vismara revela entonces una postura táctica coherente con una estrategia más general, diseñada desde la convicción de que son los oídos arma principalísima de combate contra el provincialismo, contra ese «atteggiamento psicologico di rifiuto o di indifferenza per il remoto e per il diverso», según definición del propio Grossi <sup>2</sup>.

Dicho de otra forma, lo que en verdad importa no es tanto la decisión de convocar como el momento en que el Granduca te convoca; no tanto el encuentro en sí con representantes de un saber histórico-jurídico formado extramuros, como el hecho de que aquél suceda en un instante muy preciso, tan determinado que sobredetermina el acto de escuchar la palabra que se cede a otros. Estamos entonces ante una lógica o, quizá mejor, una sensibilidad que sin duda exige del organizador de estos encuentros poseer el don de la oportunidad. Empero, ¿qué es en realidad este don sino sentido del espectáculo? Sentido del espectáculo en sentido fuerte, naturalmente, es decir, desarrollado desde la convicción de que la confluencia del lugar propio (que pone uno), la palabra extraña (que ponen otros) y el momento justo (que es de todos) constituye todavía un acontecimiento científico no menos trascendente que el de la puesta en discurso de aquello que se elabora entre la mesa y la lámpara del investigador aislado (Gracián decía, expresando una predisposición intelectual que agostará el positivismo, que el sabio es aquel que sabe que no puede ver directamente el teatro del mundo, sino tan sólo *adver-tirlo* <sup>3</sup>).

#### CORONACIÓN Y FUERZA DE FUTURO

Sin duda, esta particular idiosincrasia de los encuentros de Florencia ha de ser bien tenida en cuenta a la hora de reseñar los dos recientes volúmenes que la «Biblioteca per la storia del pensiero giuridico» ha dedicado a las actas del encuentro sobre «Hispania» celebrado en la primavera florentina de 1989. Así, desde ella ya adquiere seguramente más sentido esa proverbial preocupación —se trata, lo sabemos bien, de una marca de la casa— por hacer que dichos volúmenes no se reduzcan a ser la suma aritmética de todas las ponencias y comunicaciones presentadas, sino que recojan también las palabras de bienvenida del anfitrión,

<sup>2</sup> *Ibidem*, pág. v. Se trata de la *Premessa* de Grossi a la aparición por escrito de las ponencias e intervenciones de dicho encuentro. Muy breve, constituye, sin embargo, toda una declaración científica de intenciones.

<sup>3</sup> Baltasar GRACIÁN, *El criticón* (1650), Madrid, Espasa-Calpe, 1948, págs. 16-22.

las intervenciones suscitadas por las ponencias o el programa distribuido a los asistentes. El libro *Hispania* pretende ser así leal trasunto discursivo del coloquio «Hispania», y su lector puede hasta imaginar el deleite de parlantes y oyentes ante el castillo de Meleto o la basílica de S. Maria dell'Impruneta o sus trastornos por la huelga del transporte: como si los textos que se ofrecen ahora a la lectura fueran inescindibles de su matriz originaria de acontecimiento, de su condición de palabras dichas para ser oídas<sup>4</sup>.

Pero oídas en el momento justo y oportuno, como sabemos. Lo que bien mirado implica que han de ser también apropiadas y ajustadas a las circunstancias. con otras palabras, la actividad de oír —de *tendere l'orecchio*, dice Grossi (pág. 5)— es al mismo tiempo voluntad de escuchar, es decir, está ligada a la creación de ciertas expectativas por parte del oyente, las cuales, lógicamente, esperan verse realizadas. En el caso del encuentro con la historiografía jurídica escandinava, éstas consistían esencialmente en el destierro de una mutua ignorancia y la normalización de una «rarificada» comunicación científica entre Italia y los países del norte europeo. No así para el caso de «Hispania», dado que explícitamente se parte del reconocimiento de la existencia desde hace tiempo de «intensas relaciones de familiaridad» entre historiadores del Derecho portugueses, españoles e italianos, y singularmente de cooperación con las actividades y publicaciones del «Centro di studi per la storia del pensiero giuridico moderno». Como ha señalado Paolo Cappellini en la crónica que ha publicado sobre este encuentro, «ma quanto —per la nouva Spagna della democrazia e della movida, di Almodóvar e Cela— in alcuni settori appare ancora ad uno stadio *aurorale* perlomeno sotto il profilo dell'ascolto, della ricezione, proprio sotto questo medesimo profilo muta d'aspetto ove ci si rivolga, forse più modestamente, al settore disciplinare di cui questi pochi appunti vogliono costituire rendiconto: la storia del diritto»<sup>5</sup>. En este sentido, puede decirse que las expectativas puestas en el coloquio y en el

<sup>4</sup> «Las atenciones que la organización —eficaz, puntual, imperceptible— prodigó a los asistentes sobrepasaron los cánones habituales», cuenta Jesús Vallejo, antes de hacer una delicada asociación entre Paolo Grossi y el rey anfitrión. No sería descabellado afirmar que esta elegante interpretación *contra legem* que se hizo en Florencia del código de cortesía académica es a su modo consecuente con este modo antiprovinciano de tratar aquello(s) que es(son) diferente(s). V. Jesús VALLEJO, «Encuentro hispano-italiano en Florencia», ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL (AHDE) LIX (1989), 982-984. Se trata de una crónica que sería deseable se leyera con anterioridad a estas páginas.

<sup>5</sup> Paolo CAPELLINI, «Le "Spagne" del diritto», *Rivista di storia del diritto italiano*, LXII (1989), 505-517. En esta crónica el lector puede encontrar un repaso de las contribuciones «hispánicas» a las publicaciones del Centro de Florencia.

libro consistían ciertamente en propiciar la *coronación* y *autopresentación* en la escena europea —son palabras utilizadas también por Cappellini<sup>6</sup>— de la historiografía jurídica «hispana». A través de esta notabilísima vía granducal se pretendía entonces constatar y difundir un orden científico de cosas, el cual no se había visto objetivamente obligado de antemano a recurrir al singular éxito que sólo otorgan inteligentes mujeres al borde del ataque de nervios.

«Antiqua è questa familiarità fra noi» (pág. 6), por tanto, y, sin embargo, nos parece que también, en ese punto de partida, renovada e interrogante curiosidad por el futuro. Pues si este tipo de expectativa recurre un sutil camino que va del cerebro (de su memoria: de los lazos familiares ya establecidos) al oído, el que después lo desanda debe incorporar sin duda una evaluación de los resultados que sea al mismo tiempo prognosis de lo que puede dar de sí la actual historia del Derecho hispana. Así Grossi no deja de recordar que respecto de ésta «la curiosità si sposta sui loro progetti e sul loro orientamento de futuro» (pág. 6). Abusando de otro tipo de lenguaje, diríase que el lector y el oyente albergan pocas dudas sobre la existencia de un nuevo modo de producción de capital científico de este lado de los Pirineos; ahora bien, ¿cuáles son las características del producto, cuál el ritmo de producción, cuáles las señas de identidad de ambos? En la *Premessa* de Grossi a la *Hispania* escrita se ofrece un principio de respuesta cuando se rubrica la «straordinaria vitalità della nuova storiografia giuridica iberica, ricca di forze nuove e con sentieri di ricerca profondamente nuovi», y en virtud de esta rúbrica se invita a «credere nelle forze interne e proprie alla cultura mediterranea». Novedad, fuerza, vitalidad, he aquí inteligentemente retomadas las viejas conquistas de la fracción más clarividente, y seguramente también la más angustiada, del pensamiento jurídico ochocentista. Se trata sólo ahora de ser quizá un poco más concretos, un poco más cercanos a los *límites* de esa vitalidad.

Las páginas que siguen se proponen comentar algunos aspectos muy determinados de las actas publicadas del encuentro de Florencia, siempre a partir de esta reconstrucción que tan libremente hemos hecho de su contexto. Esto significa que de un modo deliberado nos ceñimos al problema fabricado por estas concretas expectativas y que, por tanto, nos seguimos manteniendo en un terreno sobre el cual lo que verdaderamente cuenta es el alcance de las nuevas pulsiones histórico-jurídicas y no el escrutinio de venerables formas inertes. Ni, dicho sea de paso, tampoco el censo de los déficits: pues, por lisa y llana exclusión, desistimos aquí de la tarea de enjuiciar el grado de representati-

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 507

vidad de esta *Hispania* que tenemos entre manos en relación con la Hispania realmente recreada en las áreas de historia del Derecho peninsulares. Nos interesa la pobreza o riqueza en sí, textualmente considerada —en relación con los objetivos, la estructura, los temas y métodos empleados—, de las palabras un día escuchadas; nos interesa, por tanto, un libro, no un eventual correlato de todas las palabras y de todos los silencios posibles <sup>7</sup>.

#### LAS LÍNEAS DEL CUADRO

*Ora il paese, c'è: la Spagna. / Ora il pittore c'è: Goya. / Il quadro c'è: la novillada. / Ma non tutto il quadro: la parte alta.* Estos versos de Alessandro Parronchi, que con sano humor malicioso pone Cappellini en la cabecera de su crónica ya citada, nos sirven aquí magníficamente para tomar el pulso a esta nueva historiografía jurídica desplegada en «Hispania». Justamente por esto, porque existe un despliegue en principio ordenado de palabras distintas de autores diversos, resulta plausible empezar a tratar el libro de un modo visual: como un conjunto de elementos organizado en torno a un principio de representación extraído del título del libro; pero también como una superficie básica sobre la cual, al trazar cada participante una serie predeterminada de líneas («entre Derechos propios y Derechos nacionales»), provoca la formación de pliegues argumentativos y zonas problemáticas que a la postre resultan ingobernables desde el punto de vista de la solución concreta aportada por cada uno. He aquí, otra vez, la fuerza y la vida que quería Grossi: pues ya explicó Kandinsky que la pretensión de máxima objetividad en el tratamiento de una superficie obtiene como resultado un cuadro congelado, la muerte simbolizada <sup>8</sup>. Dejando al arbitrio del lector el interrogante dejado caer por Cappellini —a saber: ¿es este cuadro a su vez la parte alta de otro de dimensiones globales?—, esta perspectiva permite también centrarse en la morfología y características de esos distintivos de *novedad* y *vitalidad* concedidos a la historiografía reflejada en Hispania.

A la hora de enjuiciar y admirar la novedad de un cuadro de hechura hispánica y composición florentina, nada mejor que confrontarlo con alguno precedente. En este caso, ciertamente ilustre. Pues, como se encarga de recordar Grossi en la bienvenida inicial y el mismo Vismara en su intervención citada al principio, la primera manifestación pública del Centro que el primero de ellos

<sup>7</sup> Por las mismas razones, no nos preocupa la monótona cuestión de saber si estuvieron todos los que eran y si eran todos los que estaban

<sup>8</sup> V KANDINSKY, *Punkt und Linie zur Fläche Beitrag zur Analyse der malerischen Elemente*, Bern-Bumpliz, Benteli, 1973, págs 129-130

dirige consistió en un encuentro internacional sobre la Segunda Escolástica y la formación del Derecho privado moderno (1972). Para ambos, esto prácticamente equivalía a un congreso sobre historia e historiografía de España. Así, Grossi recalca que esta corriente iusnaturalista de pensamiento constituye un «grande fatto culturale non esclusivo della Spagna ma indubbiamente soprattutto spagnolo» (pág. 6) y rememora la nutrida participación de colegas españoles en el evento, mientras que Vismara directamente resumía que en éste se intentó comprender «in un primo momento la storia giuridica dei Paesi della Penisola Iberica»<sup>9</sup>. Se trataba, por tanto, de abordar otra Hispania más conceptual y más entera —la España de los *magni hispani*—, pero, desde la óptica florentina ya comentada, susceptible de constituir a principios de los setenta un problema «storicamente vivissimo»<sup>10</sup>.

Pese a estas declaraciones, un repaso a más de quince años vista de las actas de este primer encuentro florentino nos hace ahora ser bastante escépticos en relación con sus aireadas señas españolas de identidad. Desde el punto de vista de los participantes, sólo aparecía un único ponente patrio, Pérez Prendes, el cual, en un texto de detalle sobre el Derecho de sucesiones visto por la Escuela de Salamanca en general y Domingo de Soto en particular, epigonizaba un discurso de alta cultura jurídica que tenía por nombres propios a Villey, Thieme, Grossi o Wieacker y que contenía tesis históricas de amplio espectro sobre el problema de la ley, el Derecho subjetivo, la razón natural o la propiedad. Dos eran, por otro lado, los comunicantes: Joaquín de Azcárraga, que describía sin mayores ni menores pretensiones (hacer «una breve presentación de la obra», tal era su propósito) el *Tractatus de potestate in se ipsum* de Gómez de Amescua, y Jesús Lalinde, el cual, me parece que perplejo ante la renovada actualidad europea de un tema tan afecto a la hegemonía cultural del franquismo, asumía un respetable papel de abogado del diablo que le llevaba a cargar las tintas sobre la infección ideológica de los *magni hispani*, tanto por pasiva (la Segunda Escolástica de Hinojosa a Fraga Iribarne) como por activa (la Segunda Escolástica al servicio de la Iglesia y el poder político de la época). Todas estas aportaciones, por añadidura, quedaban bastante desplazadas por cierta tendencia —patente cuando se leen las actas y propiciada por las intervenciones de Wieacker y Feenstra— a privilegiar el problema de la fortuna de la Escuela de Salamanca en el ámbito centroeuropeo.

<sup>9</sup> Paolo GROSSI (ed.), *La storiografia giuridica scandinava* (n. 1), pág. 65

<sup>10</sup> Paolo GROSSI, *Premessa* a GROSSI (ed.), *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto privato moderno (Incontro di Studio, Firenze, 16-19 ottobre 1972)* (=Biblioteca per la storia del pensiero giuridico moderno, 1), Milano, Giuffrè, 1973, pág. 7

En resumen, el precedente de «Hispania» mostraba, directa o indirectamente, síntomas de enflaquecimiento historiográfico en territorio propio. Advertibles no ya en el hecho de que la generalización y centroeuropeización historiográficas del primer pensamiento jurídico moderno concebido en este lado de los Pirineos implicara su desproblematización peninsular, pues aquél es un fenómeno en sí encomiable y ésta es una secuela comprensible. Empero, no se puede evitar pensar que se desaprovechó una buena ocasión. Como si historiográficamente hubiera sido impensable remontar el vuelo por encima de las páginas polvorientas de los tratados (y así quedan, polvorientas); como si hubiera resultado un ejercicio imposible o *poco estimulante* pisar los terrenos históricos del poder para contaminar de contingencia normativa las ideas consagradas. Y eso que es verdad, para dar a cada uno lo suyo, que Lalinde puso rabia, y que este saludable sentimiento le indujo al homicidio de un tema vivo en Italia, pero seguramente *demasiado vivo* para la época en España. Pero quizá le faltó, para resucitarlo y —si se permite la expresión— *rehistorizarlo*, esa dosis de insolencia necesaria a la hora de transitar en la historia entre las instituciones y el pensamiento, entre la norma y la cultura jurídicas <sup>11</sup>.

La «Hispania» de 1990 es, obviamente, otra cosa. Se trata ya, sin duda, de un cuadro, del que han además desaparecido las personas arriba mencionadas. Su objeto es ahora directamente histórico-jurídico, y no podía ser de otra manera: su título es lo suficientemente abstracto (recordemos: «Hispania entre Derechos propios y Derechos nacionales») como para permitir que la relación entre el sujeto que crea y el tema creado nunca llegue a ser violenta, de tal modo que los problemas y soluciones que cobija son casi siempre los problemas y soluciones que libremente plantean y ofrecen los diferentes autores (pese al mencionado título general y pese a los títulos particulares presumiblemente adjudicados de antemano a cada participante). Por lo que hace ahora a las personas, se trata de un proceso de creación deliberadamente abierto a profesionales que no militan en las filas de la historia del Derecho: Encarna Roca (Derecho civil, Barcelona), Pablo Fernández Albaladejo (Historia moderna, Madrid), Pedro Cruz Villalón (Derecho constitucional, Sevilla) y José Ignacio Fortea (Historia moderna, Santander) intervienen en el segundo volumen, aunque en las actas sólo consta una comunicación a cargo de la primera de los nombrados. Tras la lectura del libro hay que entender este *ademán* interdisciplinar en el sentido más estricto del adjetivo: se trata de una petición de ayuda que no se basa en

---

<sup>11</sup> Cfr., en este sentido, Bartolomé CLAVERO, «Tarello Giovanni o la historia como imprudencia», *AHDE* LVIII (1988), 561-572

la carencia, sino más bien en la abundancia de datos, perspectivas, argumentos y modelos teóricos propios; que toma, por tanto, apoyo en el convencimiento de que el saber histórico-jurídico se ha configurado ya como una masa crítica (lo que, como se sabe, no hay que confundir nunca con la exhaustividad) necesitada de la concurrencia de interlocutores cualificados procedentes de otros sectores.

Nos parece que el cuadro tiene dos líneas exteriores que lo perfilan. Una de naturaleza positiva y otra de naturaleza negativa (o punto de referencia y su contrapunto). La primera de ellas viene sin duda proporcionada por la ponencia de Tomás y Valiente sobre «Escuelas e historiografía en la historia del Derecho español (1960-1985)» (págs. 12-46). Este texto constituye la primera ponencia en *sentido fuerte*: no sólo marcha delante de las demás, sino que se encuentra ostensible y cualitativamente separada de ellas: las antecede porque les concede un sentido. Este efecto deriva a partes iguales de esta misma posición inaugural y del carácter exclusivo de su contenido (frente al resto de ponencias, se trata de un trabajo historiográfico *tout court*, pero que toma como objeto a los historiadores y no a un sector de la historia jurídica). Y consiste en que recrea un lugar común donde pueden de una forma u otra situarse casi todos los autores y sus textos que vienen detrás: en él campean un origen remoto (Martínez Marina) o próximo común (Hinojosa), un nombre propio preeminente (García Gallo), ciertas escuelas que canalizan personas y ciertos manuales que vehiculan ideas, así como determinadas revistas profesionales para profesionales.

Naturalmente, la ponencia de Tomás y Valiente no se agota en el suministro de claves esenciales para la lectura del libro. Por sí sola cubre el loable objetivo de orientar al público que desee conocer la herencia adquirida, trayectoria y morfología del campo de la historia del Derecho español en los últimos veinte años. Esto seguramente, indiquémoslo también, puede constituir una cierta trivialidad para aquellos especialistas que participan al mismo tiempo como agentes en dicho campo: de hecho, la ponencia es objeto en el libro de una crítica de Carlos Petit, suscitada por el deseo de que quede «mejor descrita la situación de la mayor parte de cuantos nos dedicamos en España a la historia del Derecho» (págs. 990-992). En este sentido, nos contentaremos con evocar aquí lo que podríamos denominar las *limitaciones objetivas* del autor al encarar un tema de estas características. Por un lado, se encuentra constreñido —como él mismo reconoce— por la doble obligación de reflexionar sobre personas conocidas y sobre el modo en que éstas científicamente se vinculan (el problema de las «escuelas»); esto provoca la autoimposición de la máxima objetividad posible, que luego, a la postre, sólo puede po-

nerse en práctica mediante el expediente de diseñar una tónica elaborada en torno a los manuales más característicos de la asignatura. Por otro, la conocida posición que ocupa el autor dentro del campo hace completamente imposible que pueda ejercitarse una observación distanciada de los acontecimientos histórico-jurídicos<sup>12</sup>. Con otras palabras, no hay —en sentido sociológico— distancia crítica posible, porque quien critica ocupa un lugar *demasiado centrado*, y así, cuando Tomás y Valiente reconoce que Carlos Petit, con su provocación, le ha «rebasado por la izquierda» (pág. 993), en realidad debería decirse que le ha rebasado por hablar *desde más afuera*.

No ya desde más afuera, tampoco desde afuera del todo, sino desde una singular posición entreverada, nos habla Aquilino Iglesia en su ponencia, la cual es una ponencia que por su propia lógica necesita ser desarrollada en una ponencia y cuatro excursos. La razón de ambos fenómenos —exterioridad más desestructuración del discurso— hay sin duda que empezar a localizarla en la manifiesta fractura existente entre su título «“Doctrinas e instituciones civiles: familia, patrimonio, sucesiones“». La situación de los estudios de historia del Derecho privado en España» y un texto que empieza por afirmar que «no conocemos ni nuestro pasado remoto ni nuestro pasado inmediato en el campo del Derecho privado» (pág. 207) y se despide, al menos en lo que es la parte *pre-excursiva*, con la frase *el dixo non* (pág. 230). Estas tres últimas palabras, este verso en gallego, pueden ser vistas —y quizá lo sean— como una forma retórica —críptica y poética, según Iglesia— de dar marchoso carpetazo a un tema que a todas luces incomoda al autor hasta el punto de convertirle en un participante que no participa del libro *Hispania*. Sin embargo, a nosotros se nos aventura que significan algo más que el remate florido de un supuesto juicio condenatorio global de la historiografía jurídica española en el terreno del Derecho privado.

En efecto, nos parece que cuando Aquilino Iglesia *dice no* no está formulando exactamente el tipo habitual de denuncia propio del especialista que dictamina el estado de la cuestión existente en su ámbito: un grito en el cielo por parte de aquél dotado de competencia científica y académica en sí y para sí. El profesor de Barcelona disfruta naturalmente de esta condición,

<sup>12</sup> Este problema, el de la relación entre la objetividad a la hora de observar un grupo y las condiciones que a la observación impone el hecho de formar parte activa de él, resulta muy difícil de resolver y, seguramente, conviene aceptarlo con resignación. Los observadores completamente exteriores desde el punto de vista de su adscripción profesional o académica siempre tienen menores problemas a la hora de ver y evaluar globalmente al conjunto. Cfr., paradigmáticamente, y aludiendo ya en la primera frase a este *Anschein der Objektivität*, Johannes-Michael SCHOLZ, «Zum Forschungsstand der Neueren Rechtsgeschichte Spaniens und Portugal», *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 3/4 (1980), 164-187

pero su aportación a *Hispania* excede o se distingue de esta forma de alegato: pues, al evaluar o hacer balance, no trata la materia histórico-jurídica como una previa *res extensa* indefectiblemente plagada de lagunas y espacios mortecinos, de acotaciones parciales, sino más bien como una estructura temporal determinable en función del punto concreto (es obvio: también temporal) en el que nos situemos. La historia es su tiempo, y, si hemos entendido bien a Iglesia, éste se divide fundamentalmente en el «pasado remoto», el «pasado inmediato» y el «presente». El segundo de los citados resulta en principio el más relevante, porque puede explicar el presente; pero —y seguimos avanzando— si se aborda desde el presente, se deja de hacer historia. El «pasado inmediato» sólo puede ser entonces rigurosamente abordado desde el «remoto», pero aquí, de nuevo, surgen las dificultades, pues suele resultar demasiado remoto (y, por tanto, complejo) como para poder ser analizado historiográficamente con garantías. Por este camino, el texto de Iglesia está casi obligado a colarse por el difícil intersticio existente entre el *nada se sabe* (sobre el pasado desde el pasado) y el *nada se puede saber* (sobre el pasado desde el presente) (págs. 228-229). Y, obligado a hablar directamente de este enojoso asunto, su discurso resulta entonces tan inasequible como coherente. En su fondo y en su forma, y de aquí, por ejemplo, los excursos <sup>13</sup>.

Al margen de que uno esté o no de acuerdo con Iglesia, creemos que su ponencia, contrapunteando a la de Tomás y Valiente, traza esa necesaria línea negativa a la que nos referíamos antes. Pues de ella es factible desprender una visión casi reducida al absurdo de las (im)posibilidades del saber histórico-jurídico, pero también deducir *un modo dinámico de observación de los límites de este saber para el cual el «no» resulta en primera instancia privilegiado*. Al margen ahora de fundados interrogantes sobre la viabilidad de esta actitud a la hora de construir un hipotético modelo teórico para el análisis histórico del Derecho, sí que parece cierto que la posición del autor resulta por dos veces estimulante: en relación a su propio texto, porque le otorga especial clarividencia a la hora de diagnosticar el modo idóneo o límite máximo de aproximación a las épocas altomedieval, bajo-medieval y moderna (singularmente cuando responde a las objeciones de Enrique Gacto y Carlos Petit, págs. I, 239-249, y II, 1015-1022), y en relación al contexto, es decir, al libro, porque propicia que la pacífica línea horizontal integradora de Tomás y

<sup>13</sup> Este tipo de coherencia exige sin duda la interdependencia entre lo que se dice y el modo de decirlo. Desde este presupuesto, y disculpándose de antemano por la licencia, aquí a pie de página no resisto la tentación de recomendar la lectura de Aquilino Iglesia a los que gusten del estilo literario de Thomas Bernhard y viceversa.

Valiente quede entrecruzada por un caliente trazo vertical de hondo escepticismo. El lector un poco atento podrá entonces apreciar en el cuadro una tensa calma —esa *warme Ruhe*, de nuevo, de Kandinsky<sup>14</sup>—, o mejor, una Hispania saludablemente dramatizada por el hecho de que alguien haya tenido la ocurrencia de dar a entender que lo allí dicho es susceptible de ser completamente puesto en entredicho. O puesto sencillamente por montera: y entonces, si la ponencia de Aquilino Iglesia no hubiera existido, habría habido que inventarla.

#### GUÍA DE LECTURA

Sobre esta estructura, y sin necesidad de recurrir a comparaciones, que en muchos casos podría resultar bastante odiosas (del tipo: ¿qué hubieran dado de sí otras áreas hispánicas de conocimiento jurídico en parejas circunstancias?), la historia del Derecho proyecta en el libro una imagen brillante. A ello contribuye en un principio la disposición formal de éste. Tenemos así que contiene dos partes diferenciadas. En la primera, contenida en el primero de los dos volúmenes de los que consta el libro, siete historiadores «hispánicos» del Derecho (de los cuales los seis españoles ostentan la máxima categoría académica) se reparten el trabajo de las ponencias según un programa en principio bastante lógico: Tomás y Valiente (Madrid) se ocupa, como ya sabemos, de trazar un panorama historiográfico general de las escuelas, manuales y revistas existentes en los últimos quince años; Bartolomé Clavero (Sevilla), del problema que plantea la utilización del término «Derecho español» a la hora de designar las realidades jurídicas del Antiguo Régimen y el Estado liberal decimonónico; Benjamín González Alonso (Salamanca), de la visión historiográfica del Derecho y las instituciones de Castilla durante los Austrias; Antonio Hespanha (Lisboa), de la Administración de justicia entre el antiguo régimen y la Revolución; Aquilino Iglesia (Barcelona), de la historiografía del Derecho privado desde la Edad Media hasta el constitucionalismo; Carlos Petit (UAB, Barcelona), de un Derecho mercantil que se debate entre corporaciones y códigos, y Enrique Gacto (Murcia), de la historia del Derecho penal durante el Antiguo Régimen. Dado que ya nos hemos referido a dos de estas ponencias y que en seguida diremos algo sobre las restantes, exponemos este listado con el único objetivo de dar cuenta de lo que era un plan de trabajo que al

---

<sup>14</sup> KANDINSKY, *Punkt und Linie zur Fläche Beitrag zur Analyse der malerischen Elemente*, cit., pág. 129

mismo tiempo es serie delimitada y en principio lógica de temas, épocas y territorios.

La segunda parte o segundo volumen de *Hispania* sí que exige ahora más detenimiento. Además de incluir al final la transcripción de las intervenciones orales suscitadas por las ponencias (esta última sección tiene, lamentablemente, bastante poco peso), recoge sustancialmente las comunicaciones presentadas al encuentro. A pesar de que por el programa deducimos que estaban temáticamente adscritas a las ponencias, ahora aparecen liberadas de esta sujeción y, por tanto, al lector *se presentan* como aportaciones autónomas y teóricamente susceptibles de transmitir la misma —o mayor, por qué no— *voluntad de saber* que los ponentes. Emancipación formal que nos permite de paso a nosotros ordenarlas y comentarlas a nuestro gusto y manera, a partir de una división básica: aquellas que fundamentalmente tienen un contenido historiográfico, según la fórmula típica del *status quaestionis* (a) y las que, por el contrario, se ocupan de desarrollar materialmente un tema o un aspecto más o menos directamente relacionado con las ponencias (b). De este encasillamiento a todas luces escapa, y nos apresuramos así a indicarlo, el documentado y dilatado trabajo de Salustiano de Dios (Salamanca) sobre la evolución de las Cortes de Castilla durante los siglos XVI y XVII. Escapa porque nos parece que en realidad ha escrito dos textos en uno: en el primero, que ocupa la parte inicial y de menor extensión de su estudio (págs. 593-618) y que complementa estupidamente la ponencia de González Alonso, hace un clarificador planteamiento historiográfico del candente (y nos da la impresión que todavía muy capcioso) problema de las funciones y representatividad de aquella institución castellana; mientras que el segundo prolonga sin excesiva solución de continuidad el primero, pues se sigue de un modo muy minucioso la pista de las vicisitudes institucionales de las Cortes entre los Reyes Católicos y Felipe IV, pero al final no llega a ofrecerse una solución original o propia a los dilemas en un principio planteados.

(a) Dentro ya del apartado historiográfico, hay que incluir sin duda tres comunicaciones. En primer lugar cabe citar el sucinto pero instructivo texto de Clara Álvarez (UAM, Madrid), dedicado a la historia del Derecho penal en España. Como ya se da a entender en el título, que habla de «Tendencias generales de la historiografía penal», el lector de esta comunicación no debe esperar la entrega de un mapa topográfico actualizado en el que aparezcan especificadas las conquistas y lagunas historiográficas respecto de esta rama del Derecho. El propósito de la autora es otro: sencillamente se limita a describir modos típicos de observación de la historia del Derecho penal (de la Ilustración a Tomás y Valiente y Bartolomé Clavero, pasando por la *Revista*

*General de Legislación y Jurisprudencia e Hinojosa*). Al final de la lectura queda flotando en el aire alguna *cuestión previa* —por ejemplo, ¿por qué ha resultado tan conceptualmente pobre y poco interesante el Derecho penal *en tanto que material histórico que se ofrece a la observación?*—, pero tal suspensión del juicio no hay que atribuirle a un defecto del texto, sino más bien a lo contrario.

Cambiando de época, tema y perspectiva, Carlos Garriga (Salamanca) hace unas «Observaciones sobre el estudio de las Chancillerías y audiencias castellanas (siglos XVI y XVII)» en las que palmariamente constata la parquedad —«es todavía muy corto el camino recorrido» (pág. 773)— y también el desequilibrio del nivel de información actualmente disponible sobre ellas: mientras se sabe algo o bastante sobre su composición personal y sus atribuciones, no se puede decir lo mismo respecto de su organización y régimen de funcionamiento interno. El problema además se agrava porque «se carece de un estudio general que abarque uno y otro extremos» (pág. 798). Al final, tales carencias impelen al propio autor a señalar las características de la justicia superior castellana que él considera más relevantes, sin ocultar en todas estas empresas y en ningún momento su posición historiográfica, que privilegia «lo jurídico» frente al casuismo documental, las explicaciones de carácter «social» y las biografías o prosopografías (págs. 773-776).

Este trabajo de Garriga sin duda se inscribe dentro del elenco de preocupaciones jurídico-institucionales puesto de manifiesto por González Alonso. Pero también ha de remitirse por fuerza a otro texto, que no es una ponencia, sino una comunicación: la «Historia del proceso, procedimiento de la historia. Diez años de historiografía procesal en España (1979-1988)», de Jesús Vallejo (Sevilla). Tal remisión se explica porque este texto constituye una aportación historiográfica ejemplar, casi el trabajo historiográfico por excelencia cuando se trata de erigir el *status quaestionis* de una determinada materia.

Nos parece que esto es así porque se trata prácticamente del único trabajo de este libro que informa sobre todo aquello historiográficamente acontecido en cada época histórica; también porque en él aparece esa sensibilidad o flexibilidad metodológicas que requiere un tipo de trabajo que en principio ha de ser capaz de integrar o, al menos, otorgar pertinencia a todo aquello (sobre fuentes, sobre métodos) que los otros han dicho; pero sobre todo porque, sin duda como fruto de las dos disposiciones anteriores, el propio trabajo historiográfico *trabaja a su vez el tema mismo*. De tal modo, y éste es el mejor resultado indirecto de la comunicación de Vallejo, que al final extraemos, como sin quererlo, casi taumatúrgicamente, una nueva idea histórica del proceso:

en este caso, su consideración como un conjunto abierto de variables procedimentales que sólo pueden ser determinadas en relación con un contexto histórico preciso.

(b) Si en el apartado anterior era posible establecer algunas conexiones entre los textos, no se puede decir lo mismo del resto de comunicaciones que quedan por reseñar. El orden en su exposición no responde a lógica interna alguna, sino a simples razones de comodidad expositiva. Diremos entonces que se puede señalar un punto temático más condensado y varios otros ajenos y exteriores entre sí.

En esa parte exterior lo primero que encontramos son las Indias. En efecto, los organizadores del encuentro y los editores del libro han tenido el buen gusto y el acierto de acoger en *Hispania* las palabras y también un texto de Víctor Tau (Buenos Aires), con el cual pretende estimular la atención de sus colegas europeos sobre el fenómeno jurídico americano. La comunicación lleva por título «El Derecho indiano en su relación con los Derechos castellano y común», pero casi podría indicarse que el título tendría que haberse invertido. Pues el autor desarrolla tanta convicción, limpieza y variedad de criterios a la hora de defender la tesis de que los Derechos común y castellano constituyeron centrales elementos constitutivos del Derecho indiano, que finalmente son aquéllos los protagonistas fundamentales de su exposición. Por esto quizá el lector echa un poco en falta cierta problematización de la superficie de fricción o contacto entre estos fuertes componentes europeos y los indígenas.

De vuelta ya del océano, hay que reseñar dos interesantes trabajos, de muy distinto tenor. El primero lo escribe Mario Reis Marques (Coimbra); se trata esta vez de una comunicación *comme il faut* —es decir, de un texto puntual y breve—, versa sobre la justicia administrativa en Portugal y encaja bien, prolongándola, dentro de la ponencia de António M. Hespanha. Precedido de una pertinente consideración metodológica, en él se hace una descripción muy global, pero nada abstracta, de la formación de la jurisdicción contencioso-administrativa a partir de la recepción del modelo napoleónico. Este texto de Reis Marques no olvida los aspectos conflictivos de un problema que, siendo ya de por sí, técnico-jurídicamente hablando, delicado y controvertido, afecta directamente a la esfera más desnuda del poder en el siglo XIX; y en la medida en que esto no lo olvida, nos recuerda a nosotros, vecinos peninsulares, la práctica inexistencia de análisis sobre la justicia contemporánea (*Hispania* incluida). Sin tener que volver a la ponencia de Aquilino Iglesia y a la controversia por ella suscitada, el mismo tipo de advertencia general cabe hacer cuando se constata la soledad del esfuerzo iusprivatístico de Francisco Pacheco (Lérida), quien presenta un documentado

estudio sobre la configuración y suerte de los Derechos de tanteo y retracto entre los siglos XIII y XIX. El estudio de un instituto jurídico tan concreto le da pie maravillosamente al autor para mostrar sincrónicamente un tejido jurídico de permanente y singular tensión entre —de nuevo— Derechos propios e *ius commune*.

Al lado de todos estos autores y aportaciones individuales (pues, al fin y al cabo, tratándose de *Hispania* no es de extrañar que haya tantas personas como estados), aparece, por fin y al final, un tema —el del contenido del Derecho supletorio— que si bien no es analizado en equipo sí que, al menos, es noblemente jugado a dos bandas por Encarna Roca y Josep María Gay (Barcelona). La primera de ellas se encarga de explicar algo en principio tan inexplicable de puertas afuera como el hecho de que se diera en el siglo XIX hispánico codificación, pero no unificación del Derecho civil, o el hecho derivado de que la plasmación supletoria del Código civil fuera vivísimo objeto de argucias y luchas, transacciones y hasta afinidades colectivas, aun cuando al final quedase claro que «el mecanismo de la supletoriedad del nuevo Código sólo produjo problemas de aplicación extemporánea, puesto que nunca ha resultado excesivamente claro el concepto de supletoriedad en defecto de ley propia» (pág. 371). En el estudio de Josep María Gay, por su parte, se transporta en parte este patrón conflictivo básico a su verdadera y (dura) génesis normativa, al tiempo que se lateraliza el ángulo de descripción (de Madrid a Cataluña): escribe así sobre «El Derecho supletorio en Cataluña desde el Decreto de nueva planta hasta la jurisprudencia del Tribunal Supremo (1845)». El efecto final después de leer a una y a otro es parecido, en el sentido de que los autores abandonan al lector con la confirmada sensación de que el establecimiento de un sistema de fuentes no es un pacífico asunto, sino que viene a poner en tela de juicio, como casi ningún otro, los mecanismos de estabilización del orden social y político. Añádase que ambos autores organizan su respectivo discurso desde las trastiendas decimonónicas de la política legislativa, en esa franja previa a la irrupción del discurso de la ley donde comunica tanto la queja airada como el secreto; pero mátese también que cada uno procede con sesgo y estilo distintos: Encarna Roca, con los propios del fino jurista positivo, es decir, con los propios de Stendhal y Napoleón; Josep María Gay, con los del historiador educado y entrenado en los papeles de gabinetes y consejos dieciochescos. Dicho sea esto por dar, también en esto, a cada uno lo suyo.

Mediante esta exposición, quizá pueda disponer el lector de elementos a la hora de confeccionar en este punto su propia guía de lectura del libro; su propia forma de ver el cuadro. Ahora

bien, ¿cuál es la imagen que, como decían que quería Velázquez en pintura, puede *salir* de él hacia donde estamos nosotros? Si ahora desandáramos este camino descriptivo efectuado, pudiera tal vez decirse que la imagen, global, sin duda, y por esto a la fuerza deformada, seguiría acoplada a esas líneas exteriores apuntadas. Y claro está, muchísimo más en la dirección de Tomás y Valiente que en la de Aquilino Iglesia.

#### LA NAVAJA DE OCKHAM

Encontramos entonces una vigorosa exposición de saberes agrupados por ramas. Y también la concurrencia de una actitud lúcida que combina la conciencia de todo aquello que está o sigue por hacer con la disposición para acometerlo (*Hispania* emite en este sentido la importante sensación de que los historiadores del Derecho *están situados*: algo que no sucedía en ese tiempo de la Segunda Escolástica). Pero ¿es esto suficiente? Pues, como decíamos al principio que decía Grossi, al oyente antes y al lector ahora le interesa singularmente la aprehensión de las pautas y expectativas de futuro insertas en este saber histórico-jurídico. Y por ello también importa llegar a alguna conclusión sobre el porvenir —o viabilidad analítica, si se prefiere— de ese ahora que es *Hispania*. Justo porque ya sabemos que se trata de un *después de entonces*.

Sin pretender herir susceptibilidad alguna (pues seguimos tratando con las palabras impresas y no con las personas que las han formulado), nos parece que el procedimiento más directo y claro a la hora de intentar responder a este postrer interrogante consiste en examinar y seleccionar las ponencias que integran el primer volumen, pensadas al fin y al cabo como verdadera parte del león del libro. En este sentido, podemos en primer lugar dejar aparte las valiosas aportaciones de Tomás y Valiente y Aquilino Iglesia, pues ya hemos dicho que en nuestra opinión cumplen otro cometido. En segundo lugar, tampoco parece que se ajusten mucho a este preciso objetivo los también valiosos textos de Benjamín González Alonso y Enrique Gacto. Daremos, ahora sí, razones. Por un lado, nos parece que el primero de ellos tiene toda la razón cuando resalta la firmeza de la historia institucional frente a la veleidad de todas las modas historiográficas que, o bien no tienen la suerte de encontrarse «a caballo entre la Política y el Derecho» (pág. 132), o bien no quieren encaramarse a tan relevante grupa. No discutimos, por tanto, la tesis. Lo único que sucede es que del modo de argumentación empleado por el autor —tan polarizado: se contraponen dos clásicos, Vicens Vives y Maravall, en una atmósfera de defensa global frente a enemigos

de los cuales conocemos la fracción a la que se adscriben (historia económica, *Annales*, marxistas...), pero no sus nombres propios— no logramos extraer otra propuesta salvo la de seguir haciendo, ahora de un modo más desahogado, lo que todo el mundo reconoce (pues creemos sinceramente que González Alonso ha pecado de pesimista) que se estaba muy bien haciendo. En cuanto a la ponencia de Enrique Gacto, es innegable que en ella se ofrece una clara y útil descripción de la morfología del sistema penal español durante el Antiguo Régimen: casi perfecta para introducir al lector que la desconozca y a su vez no conozca los estudios de Tomás y Valiente y Paz Alonso. Empero, da la impresión de que el autor ha supeditado el libre uso de su originalidad y energía personales al buen cumplimiento de este concreto objetivo.

Estan así los textos de Clavero, Petit y Hespanha. Tres nombres propios y otras tantas trayectorias científicas que ahora, sin embargo, de modo deliberado, mantenemos en segundo plano. Pues realmente aquí nos interesa sólo considerarlos en tanto en cuanto que, por un lado, proporcionan pautas teóricamente viables para el análisis histórico-jurídico y, por otro, son susceptibles de crear razonables expectativas sobre su general aplicabilidad a objetos diversos de estudio. Con otras palabras, retomamos estos estudios como si se tratase de pequeños paradigmas a escala reducida, a la medida de *Hispania*.

Empecemos, por ejemplo, por Hespanha. Ni el tema ni el período histórico que trata —la Administración de justicia en el Portugal del Antiguo Régimen, pese al título del estudio, algo más ambicioso— resultan a primera vista muy originales. Tampoco lo es la bipartición del análisis en función de que se entienda la justicia como *um campo de conceitos* o como *um mundo de homens*, es decir, como una estructura ideológica y normativa que en la misma medida en que integra y denota a un grupo característico de juristas excluye y profesionalmente estigmatiza a otro grupo de espontáneos dirimidores de conflictos sociales (págs. 177 y ss.). Incluso, si nos apuran, tampoco a estas alturas resulta serlo en exceso la superación del paradigma estatalista —y la cautela contra sus perturbadores efectos cognitivos (páginas 135-136)— en sede histórica del Antiguo Régimen<sup>15</sup>. ¿Qué es entonces lo que nos parece singularmente provechoso o modélico en el procedimiento seguido por el autor? Pues precisamente

<sup>15</sup> En buena parte, por obra y gracia de trabajos anteriores del propio autor V, ejemplarmente, Antonio M HESPANHA, *Para uma teoria da historia institucional do Antigo Regime*, en: HESPANHA (ed.), *Poder e instituições do Antigo Regime*, Lisboa, Fundação Gulbenkian, 1984, págs. 10-87, HESPANHA, «A historiografía jurídico-institucional e "a morte do Estado"», *Anuario de filosofia del derecho* 3 (1986), 191-227

el recurso mucho menos espectacular al estudio de las distinciones básicas que delimitan el *tema* de la justicia, general (justicia/gracia/economía/política, justicia/gobierno) y sectorialmente (jurisdicción ordinaria/extraordinaria, *iurisdictio generalis/specialis, compromissorial/stricti iuris*, contenciosa/voluntaria...). Este modo de orientar la atención ya es particularmente eficaz, porque «a través das classificações que ele comporta, se torna visível uma matriz de distinção e de hierarquização das funções políticas e dos seus portadores que dominou a cultura europeia entre os seculos XIII e XVIII» (pág. 136). Y, en efecto, esta lógica de las clasificaciones en un mundo a nuestros ojos difuso (pues, ¿dónde empiezan y terminan justicia y gobierno?) sirve al autor para explicar que la fragmentación del universo judicial en segmentos de tradición jurídica, «dominio de objetos» y personal administrativo autónomos fue un proceso funcional, es decir, se constituyó en un hecho determinante (o sea, y aunque resulte paradójico, *estructurante*): en ningún caso estaríamos ante la manifestación de una patología jurídico-administrativa o la fatal consecuencia de un sistema de gobierno paralítico, privado de la voluntad y la capacidad —y pasamos ahora a hacer uso de la magnífica expresión de Weber<sup>16</sup>— de llegar a sustituir el privilegio por el reglamento. A fuer de ser sinceros, hay que reconocer también que esta perspectiva no sirve por sí sola para resolver el casi insuperable problema de la interdependencia entre la producción de cosas (conceptos, Derechos, sentencias...) y la producción de personas dentro del aparato de la justicia: de hecho, las dos partes de la ponencia de Hespánha siguen siendo *dos partes*, pese a su hábil engarce a través de la teoría de Bourdieu (págs. 163-166). Pero, en cualquier caso, es innegable su condición al menos de expectativa de herramienta de trabajo en el futuro: siempre y cuando el historiador del Derecho no se detenga en el primer nivel semántico de las clasificaciones (que es siempre técnico o dogmático), el estudio de este tipo de formas jurídicas es ciertamente prometedor, ya que puede poner en sus manos el tesoro de la *construcción de la referencia*: el modo en virtud del cual un sistema jurídico ha establecido y codificado *diferencias* para llegar a definirse y referirse a sí mismo como «Derecho», con exclusión y por oposición a otras instancias<sup>17</sup>.

La extensa e intensa ponencia de Petit sobre la historia moder-

<sup>16</sup> Max WEBER, *Economía y sociedad*, México F C E , 1984, pág. 628.

<sup>17</sup> Por ejemplo, en una clasificación de personal judicial, cuando se distingue una categoría de jueces de otras categorías de jueces se está al mismo tiempo distinguiendo a aquel que con toda seguridad no es juez. Una vía de análisis en esta concreta dirección se ha querido ensayar en Antonio SERRANO, «Der Richter als administrative Kategorie Zur Semantik des Staates in Spanien (19. Jahrhundert)», *Ius Commune XVII* (1990), 113-135

na del Derecho mercantil es formalmente mucho más clásica que la de Hespanha. Pero sólo formalmente: se trata en buena parte de un efecto de imagen, propio justamente de lo que se presenta como clásico *desde el primer momento*, que no es otro que una merecida dedicatoria al maestro. Se trata entonces de un reflejo, que no afecta al espejo, que es cosa distinta, ya que éste sí que nos parece que guarda similitudes con la mencionada orientación del texto de Hespanha. Por mucho que su autor se limite al principio a decir que «la conversión de un estatuto jurídico de raíz corporativa en sector, bien que especial, del derecho burgués privado—...— *bien puede merecer, cuenta habida de la originalidad del dato, alguna atención*, y tal argumento de estudio servirá aún para comprender la original posición del Derecho mercantil en el seno del ordenamiento liberal» (el subrayado es nuestro, págs. 316-317).

La razón de la semejanza entre el trabajo con las clasificaciones judiciales de Hespanha y esta bien documentada historia de la conversión de un estatuto corporativo en rama del derecho burgués provista de código y jurisdicción nos parece que estriba principalmente en que ambos análisis se ocupan directamente del problema de la diferencia. En ellos no se parte de la identidad del derecho para ilustrarla, determinarla o averiguarla (ilustrando, determinando o averiguando entonces sus variaciones, sus diferencias en el punto de llegada), sino que se da un *paso atrás* y se trata de iniciar el análisis desde un lugar donde propiamente el Derecho no está todavía, donde sólo se postula una matriz jurídica inicial cuya única forma de identidad posible es un *diferenciarse en el tiempo*<sup>18</sup>. Este punto de partida incomunica entonces al investigador con el Derecho, pero es justamente esta incomunicación la que permite a Hespanha encontrar fragmentos de jurisdicción para después dar un sentido global —¡fragmentado!— a la justicia del antiguo régimen; y, a Petit, trazar una historia del Derecho mercantil que renuncia desde el primer momento a ser la descripción de una evolución anunciada desde un estadio prepositivo y normativamente difuso a otro positivo y codificado. Petit lo que fundamentalmente explica —con buenos resultados— es un determinado proceso de diferenciación del Derecho, y, sin ser éste el momento de discutir los detalles,

<sup>18</sup> V Niklas LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechtssystems* (1976), en: LUHMANN, *Ausdifferenzierung des Rechts*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1981, págs 31-53. Por fin contamos en castellano con una excelente introducción y aclaración de la teoría de este autor, que quiere incorporarse a la gran tradición sociológica (cosmopolita, atenta a la historia y omnicompreensiva) que inauguraron Durkheim, Marx y Weber. V Ignacio IZUZQUIZA, *La sociedad sin hombres. Niklas Luhmann o la teoría como escándalo*, Barcelona, Anthropos, 1990 Para estas cuestiones, especialmente págs 88 y ss

llámese al menos la atención sobre algunas de las dificultades que le plantea la adopción de esta perspectiva: por un lado, no puede recurrir al expediente de aplicar retroactivamente las categorías propias del Derecho mercantil de la revolución burguesa, en tanto en cuanto aquéllas codifican la observación que hace el jurista del entorno en nítidos términos de «esto es Derecho», «esto no lo es»; correlativamente, ha de descubrir las estrategias sociales que pone en práctica un mundo en crisis desde la siempre todavía misteriosa lógica específica de los conceptos e instituciones de la *universitas mercatorum*; finalmente, las condiciones anteriores se endurecen porque se trata del análisis del proceso de diferenciación de un ámbito que se encontraba singularísimamente indiferenciado: allí estaban, sin estar diferenciadas del Derecho, la política, la religión y la economía.

Y queda el texto de Clavero: el ejercicio de anatomía. Este, esta «Anatomía de España», continúa una exitosa serie de prácticas quirúrgicas llevadas a cabo por un consumado diagnosticador de muertes clínicas. Más concretamente, de muertes clínicas por asfixia: pues acontece que venerables ideas mayores («Nación», «Fuero», «Código», «Cortes», «Derecho español» y, ahora, simplemente «España») son convocadas de cuando en cuando en el laboratorio de historia de Clavero, para ser analizadas por éste y escuchar de sus labios: «Ustedes viven en el siglo XIX como pez en el agua, y fuera de él no pueden respirar». Se trate del siglo XX o del XVII.

El juego con esta metáfora es muy rudo —o rústico, que hubiera podido decir Hespanha—, pero me parece que sirve para ilustrar sin rodeos un cierto tipo de nominalismo histórico que afortunadamente Clavero tiene a bien practicar: consiste en el desmantelamiento de entramados histórico-jurídicos construidos mediante la retroproyección de conceptos pergeñados al calor de una alianza demasiado moderna entre Derecho, poder e historia. Esta acción se lleva a cabo de un modo consecuente: empuñando en la mano una vieja e inteligente arma, esa navaja que según Ockham tenía que ser usada para no postular (ahora, en la historia) más entes de los estrictamente necesarios.

En el texto concreto que aporta Clavero, la operación consiste esencialmente en la neutralización hermenéutica de un concepto que, estando simplemente adosado al vértice del sistema político del Antiguo Régimen, se arrogaba funciones representativas respecto del cuerpo social en su conjunto. Este desenmascaramiento es también anatomía, pues automáticamente da realce y juego histórico a un complejo zócalo normativo donde se dirime el problema de la compatibilidad y adecuación entre el *ius commune* y los Derechos propios. De paso, irremediablemente, se alumbra también en mayor medida un tema formidable: el del alcance e

implicaciones de la codificación y el constitucionalismo (del Estado, en una palabra) en la creación de un orden unitario de cosas.

Recuérdese, para concluir (y, de nuevo, pese a la metáfora empleada), que el nominalismo fue una corriente filosófica alegre. Como en general lo es todo intento de poner la realidad en su sitio, pues exige cierta confianza en nuestra capacidad para transformarla. O, al menos, para imaginarla: la colocación de más de mil páginas de erudita y convincente historia del Derecho bajo el signo de una ficción, *Hispania*; el hecho de que se haya procedido a la luminosa apertura de un hueco interpretativo en el mismísimo centro del sentido histórico, allí donde han gravitado tantas imposturas y tantas palabras, no deja de constituir un precioso aliciente.

#### EPÍLOGO «HISPANIA» COMO PREEXPERIENCIA <sup>19</sup>

... Aunque sobre aquello que se ha dejado perder no cabe tener experiencia. Esto expresaba en 1977 María Zambrano en un texto escrito con asombro y con motivo del interés que en esa fecha volvían a cobrar sus viejas reflexiones sobre los intelectuales en el drama de España, escritas en ese tiempo que transcurrió entre 1936 y 1939. Al decir eso, Zambrano estaba pensando justamente en el intelectual, pero ahora en su particular drama: cuando, no viniendo a ser otra cosa que «aquel que da su palabra, el que dice y da nombre o figura a lo visto y sentido, a lo padecido y callado», no *acierta* en el momento exigido por la historia y, por no haber comparecido o haberse fatigado, por andar distraído y aun absorto, por haberse confiado o envuelto en la desconfianza, ha dicho «demasiado o muy poco, antes o después, más no *entonces*, en el instante decisivo, que no vuelve si se le ha dejado perder».

De lo que se ha dejado perder no cabe tener experiencia, «la experiencia es radicalmente imposible». Pero Zambrano apunta una vía de rendición posible para ese saber que ha sido atónito, hipócrita u olvidadizo: la de una mayor entrega y, sobre todo, la de un renovado *comparecimiento*. Pues el saber ha de saber comparecer para ser saber. Y el modo en virtud del cual el historiador está en condiciones de comparecer y saber comparecer se traduce en la acción de devolver al pasado su figura, de convertirlo en

<sup>19</sup> Para todo este epígrafe, v. María ZAMBRANO, *Senderos. Los intelectuales en la historia de España. La tumba de Antígona*, Barcelona, Anthropos, 1986, págs. 11-25. La cita que encabeza este texto también está tomada de este libro y se encuentra en pág. 15. Esta, así como el propio título de esta reseña, quieren constituir un particular recuerdo/guño a su persona, ahora que, habiéndose ido para siempre, su *entonces* no deja por ello de seguir siendo nuestro *ahora*.

prólogo, en una especie, dice Zambrano, de preexperiencia. Cuando se alcanza este estadio, que es, nos parece, un estadio de humildad, «el tiempo no suele faltar entonces al que comparece porque se entrega desde su más hondo centro. Así como la razón asiste al que no busca razones para que le sostengan. El argumento de la historia vivida se descubre por sí mismo lleno de sentido. La revelación del sentido es lo que propiamente ha de llamarse *experiencia*»<sup>20</sup>. De la preexperiencia a la experiencia, o la presura del tiempo histórico a partir del vértigo de este fin de siglo, he aquí un eventual tema para una futura entrega de *Hispania*.

ANTONIO SERRANO

---

<sup>20</sup> *Ibidem*, pág 24