

# La Historia jurídica como materia de docencia

## Legal history as a matter of teaching

### RESUMEN

*Hace ya más de tres lustros que arrancó entre nosotros el llamado Plan Bolonia. En las enseñanzas histórico-jurídicas se tradujo, por lo general, en una contracción considerable. El presente artículo aspira a reconstruir, en lo que hace a sus claves y contenidos, la situación actual de la docencia en la asignatura básica de historia del derecho para hacer balance, detectar constantes y singularidades. Dado el temor difuso a que nuevas reformas se materialicen en mayores restricciones, se plantean, a su vez, alternativas de posible actualización.*

### PALABRAS CLAVE

*Docencia universitaria histórico-jurídica, Plan Bolonia, historia de la historiografía jurídica.*

### ABSTRACT

*The Bologna Plan is being implemented for more than fifteen years. In legal-historical teaching, it has generally resulted in the loss of a third of teaching hours. This article aims to examine the current situation of basic legal history teaching in terms of its key elements and content, in order to detect constants and singularities. Given the widespread fear that further reforms will lead to further restrictions, alternatives are also proposed.*

## KEY WORDS

*Legal-history teaching, Bologna Plan, history of legal history.*

**Recibido:** 30 de abril de 2023

**Aceptado:** 19 de mayo de 2023

SUMARIO/SUMMARY: I. Preliminares.–II. Acotación general: 1. Delimitación cronológica; 2. Acotación geográfica o nacional; 3. Armazón temático.–III. Los asuntos clave: 1. Antiguo régimen; 2. Época contemporánea.–IV. Constitución pasada de la asignatura presente.–V. Trazado genealógico.–VI. ¿Hay necesidad de renovación? 1. Conclusiones provisionales; 2. Refundación disciplinar en la dictadura; 3. Traslado a la docencia del impulso investigador; 4. Congruencia con la situación cultural presente; 5. Desafío colectivo.–VII. Alternativa integrada: 1. Sin preconcepción del derecho; 2. Asignatura desnacionalizada; 3. Temática deslegalizada; 4. Reformulación de hitos.–VIII. Desplazamientos respecto de la ‘vía cultural’.–IX. Alternativas de ruptura: 1. Una historia jurídica europea contemporánea; 2. Las funciones del derecho en la historia.

## I. PRELIMINARES

¿Cuáles son los contenidos que suelen enseñarse hoy en la asignatura básica de historia del derecho? ¿Qué función específica desempeñan en la formación de los futuros juristas? ¿Se encuentran coordinados con las últimas líneas de la investigación histórico-jurídica? ¿Se hallan constituidos en diálogo con la labor docente de otros colegas europeos?

El presente trabajo trata de encarar estos interrogantes con el propósito de identificar la situación actual de nuestra disciplina en el plano docente y, en su caso, plantear alternativas de posible mejora. Sus consideraciones se hallan referidas a la tradicional asignatura de historia jurídica impartida en el primer año de carrera, contraída en numerosos casos en la actualidad, tras el Plan Bolonia y el Espacio Europeo de Educación Superior, a una materia obligatoria cuatrimestral de seis créditos.

## II. ACOTACIÓN GENERAL

¿Qué se enseña hoy en esa asignatura elemental? La pregunta puede responderse solo por aproximación con los materiales que se van a utilizar. Su contestación exacta exigiría una encuesta representativa al propio profesorado del ramo, circulada en un número suficiente de facultades como para arrojar una imagen fiable de las regularidades existentes. La base documental que nos va a servir, la manualística circulante desde principios del presente siglo, puede

además proyectar una imagen distorsionada de los contenidos efectivamente transmitidos en clase, porque suele existir un desfase entre la ambición organizada del libro de texto y el imprevisible, y siempre abreviado, curso de la docencia. Con todo, de los manuales últimamente publicados se desprenden unos contornos más o menos homogéneos, solo excepcionalmente revisados, lo que nos va a permitir conjeturar cuáles son los contenidos esenciales, al menos en los nudos problemáticos, escogidos habitualmente para la formación histórico-jurídica del estudiante.

Los manuales que vamos a utilizar posiblemente compongan una cata incompleta<sup>1</sup>; es incluso posible que a veces reflejen un criterio docente no ajustado a la visión actual de su autor<sup>2</sup>, pero de su selección y contenidos va a saltar pronto a la vista una evidencia: que una parte considerable de los libros de texto empleados en la enseñanza histórico-jurídica vigente es deudora de los manuales y tratados elaborados y publicados en las décadas de los 1970, 1980 y, como mucho, 1990 del siglo pasado, auténtica y perdurable fuente de inspiración –aunque puede también que de congelación– de la literatura escolar de nuestra disciplina.

<sup>1</sup> Incompleta será seguro porque no se recorre con exhaustividad la trayectoria editorial de cada uno de los manuales y tratados utilizados, contando muchos de ellos con su propia evolución. Es posible además que se nos haya quedado algún título atrás. En concreto, vamos a manejar los siguientes títulos, casi todos adaptados al EEES: ALVARADO PLANAS, J., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, Madrid, Sanz Torres, 2006; ÁLVAREZ CORA, E., *Compendio de Historia del Derecho español*, Murcia, Diego Marín, 2011 (que será utilizado solo para informar sobre usos de periodificación, pues se trata, como el título expresa, de un compendio, compuesto de «resúmenes», «esquemas» y «textos» que ayudan a orientar al estudiante, pero sin suplir las explicaciones de clase, ni permitir, por tanto, la exacta detección de sus postulados y contenidos); CALDERÓN ORTEGA, J. M.; DÍAZ GONZÁLEZ, F. J., y PÉREZ KÖHLER, A. *Lecciones de Historia del Derecho español*, CERS, 2012; DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., y PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, C., *Historia del Derecho español*, Madrid, Universitat, 2015<sup>2</sup> (compuesto de orientaciones y textos para la labor de «grupos de trabajo» que nos van a ilustrar acerca de usos cronológicos y preferencias temáticas); Mercedes GALÁN LORDA, *Historia del Derecho*, Pamplona, EUNSA, 2021; LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, Granada, Comares, 2018; Lorente, M., y Vallejo, J. (coords.), *Manual de historia del derecho*, Valencia, Tirant, 2012; PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho*, Valencia, Tirant, 2020; RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, Madrid, Iustel, 2010; RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, Madrid, Dykinson, 2020; SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, Madrid, Dykinson, 2008; Torres Aguilar, M. (dir.), *Manual de Historia del Derecho*, Madrid, Tecnos, 2015; Turull Rubinat, M. (coord.), *História del dret*, Madrid, Marcial Pons-UOC, 2017; VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, Madrid, Ramón Areces, 2014 (del que destacan sus recomendaciones culturales).

<sup>2</sup> Quizá sea el caso de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Manual de Historia del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, elaborado sobre la base del que «publi[có] en 1995». El propio autor indicaba en su momento que se trataba de «una obra de transición», convencido de que no proporcionaban sus contenidos «la Historia del derecho que se debe hacer y, mucho menos, enseñar a los alumnos de nuestras Facultades de Derecho», p. IX. Salvando error por mi parte, del cotejo de índices con la versión que publica en Reus en 2008 y su *Compendio* de Dykinson del año posterior, ninguno de ambos es el manual con el que ha podido desembocar en la otra visión, plasmada más bien en su *Una Historia del Derecho contemporáneo (siglo xx)*, Madrid, Dykinson, 2022, según reconoce en su introducción («Debo confesar que durante muchos años me he equivocado»).

Evitaremos una exposición casuística, siguiendo el índice de cada uno de los manuales utilizados, o atendida a las unidades de cada libro y cada autor o grupo de autores; perseguiremos más bien una síntesis comprensiva de las pautas, cadencia y contenidos más o menos compartidos, a la busca de ciertas regularidades y de las relativas excepciones vigentes. Para ello me voy a servir de un sencillo patrón, que identifica la acotación cronológica, la delimitación geográfica, la selección de asuntos y el abordaje de lo que entiendo los nudos más problemáticos o controvertidos, pero también más representativos, de la visión de fondo de nuestra materia.

## II.1 DELIMITACIÓN CRONOLÓGICA

El primer rasgo que llama la atención sobre la práctica unanimidad de la docencia histórico-jurídica es su ambición cronológica o temporal (tal disposición contrasta con la más ceñida acotación geográfica, estando una y otra cosa estrechamente conectadas, como veremos). Diríase que rige un consenso tácito en torno al propósito de contar las cosas «desde el principio», a exponer la asignatura «desde *los orígenes*». Así lo recomendaba Alfonso García Gallo: «La Historia del Derecho ha de ser verdadera historia [...] en el sentido de exposición del origen y desarrollo del Derecho desde los tiempos más antiguos en que nos sea posible conocerlo hasta el momento presente»<sup>3</sup>. Aunque parezca que se trata de un gesto epistemológicamente neutro, o metodológicamente inocuo, parte, aun de forma implícita, de premisas teóricas comprometidas.

Este presupuesto metodológico es, en general, propio de las llamadas «filosofías del origen»<sup>4</sup>, y, en el universo particular del derecho, característico de la doctrina «institucional»<sup>5</sup>, que entiende el proceso histórico como el desenvolvimiento de ciertas esencias<sup>6</sup>, asociadas a la naturaleza más o menos intemporal del hombre individual, o viviendo en sociedad, y que encontrarían una regulación (jurídica) accidental variada en cada tramo histórico, pero siempre conectada con ese contenido (institucional) esencial anterior a toda relación política o marco cultural. Esta disposición analítica se suele manifestar en la utilización de categorías jurídico-institucionales contemporáneas para desentrañar fenómenos pasados, abordándose cuestiones como el «Estado musulmán» o «La Administración central en la España medieval». Añádase que este modo usual de planificar la enseñanza desde tiempos remotos o

<sup>3</sup> GARCÍA GALLO, A., «Historia, Derecho e Historia del Derecho», *AHDE*, 23 (1953), 5-36 (28).

<sup>4</sup> ADORNO, T., *Sobre la metacrítica del conocimiento* (1934-37), en Id., *Obra completa*, 5, Madrid, Akal, 2012, 26-7.

<sup>5</sup> SCHMITT, C., «Derechos de libertad y garantías institucionales en la Constitución del Reich» (1931), en Id., *Posiciones ante el derecho*, Madrid, Tecnos, 2015, 179-242 (221-39).

<sup>6</sup> De *hechos sociales básicos*, susceptibles de institucionalización jurídica –de «solución-regulación»– diversa a lo largo de la historia, habla nuestra disciplina: ALVARADO PLANAS, J., «La Historia del Derecho ante el siglo XXI», *AHDE*, 71 (2001), 621-690 (648); También RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 40.

primitivos se adecua bien a la imagen refleja que el estudiante tiene de la historiografía, de la cual extrae su principal expectativa respecto de la asignatura básica de historia del derecho: la de que le expongan «los orígenes del derecho actual».

Esta ambición cronológica de partida se manifiesta de diferentes formas: en algunos casos hace comenzar desde lo que se denomina como «La España prerromana o primitiva» o «los derechos prerromanos»; casi siempre implica el deber, por lo menos, de empezar por «La España romana», «La romanización de Hispania», «La incorporación de la península ibérica al mundo romano» o el «Sistema jurídico hispano-romano». Principiándose en tiempos antiguos, suele proseguirse por los reinos germánicos, haciéndose especial hincapié entonces en «La España visigoda», el «Derecho visigodo» o el «Sistema jurídico visigótico», para seguir después por «El Derecho de la España altomedieval», el «Sistema jurídico [alto]medieval» o hablarse incluso de un «reino dividido»<sup>7</sup>. En algún caso, la incursión en la Antigüedad arranca ya del siglo tercero y la decadencia imperial<sup>8</sup>, y solo en uno de los manuales empleados se excluyen estos tiempos con la convincente indicación de que la «edad antigua, Roma, cuenta con sus propios especialistas – figura en la carrera como asignatura de derecho romano–; [y] los visigodos, siglos v a vii, sus códigos, pertenecen al mundo romano en su etapa de vulgarización o simplificación»<sup>9</sup>.

Si para el punto de arranque rige la convención tácita de que deben contarse las cosas «desde el principio», para elegir el punto de llegada prácticamente todas las exposiciones concuerdan en que, al menos, hay que arribar a la época del «constitucionalismo y la codificación», en referencia expresiva al siglo xix. Sabemos que, desde el manual de Tomás y Valiente, se trata de un muro traspasado, tocándose también los tiempos de entreguerras en su vertiente democrática<sup>10</sup>. El ejemplo se ha seguido y el siglo xx resulta abordado ya en muchos casos, hasta el punto de contar con su propia exposición de conjunto<sup>11</sup>; incluso en el manual que aclara de entrada en letra negrita que se va a seguir el «contenido clásico de la Historia del Derecho y de las Instituciones como disciplina universitaria», cuando se aborda el «Estado constitucional», aun deteniéndose la exposición en la Constitución de 1876, se incluye un anexo sumario para informar sobre los principios de la de 1931<sup>12</sup>. Por consiguiente, llegar a la cons-

<sup>7</sup> VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, lección 2 y p. 100.

<sup>8</sup> BARRIENTOS GRANDON, J., «I. Derecho, sociedad y cultura entre la Antigüedad y el Medio (siglos iii-x)», en Lorente, M., y Vallejo, J. (coords.), *Manual de historia del derecho*, 17-58.

<sup>9</sup> PESET, M., et. al., *Lecciones de Historia del derecho*, 11.

<sup>10</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 1393-8 y 1519-24. Se emplea aquí la cuarta y última edición de 1983, en su sexta reimpression de 1995, recogida en sus *Obras completas*, II.

<sup>11</sup> Me refiero al meritorio ejemplo, ya aludido, de SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Una Historia del Derecho contemporáneo*.

<sup>12</sup> MONTES SALGUERO, J. J., «45. El Estado constitucional», en J. Alvarado Planas et. al., *Manual de Historia del Derecho*.

titución republicana es ya, salvo alguna excepción, logro corriente<sup>13</sup> –si bien solventado de forma sumaria<sup>14</sup>–, y varias obras dedican atención suficiente a la historia jurídica contemporánea como para enunciar las «leyes fundamentales» del régimen franquista<sup>15</sup>, realizar consideraciones sobre los «regímenes autoritarios con apariencia constitucional», en referencia a las dictaduras de Primo y Franco<sup>16</sup>, o incluso dar algún apunte acerca de la transición a la democracia como culminación del recorrido por la «España contemporánea»<sup>17</sup>.

Se ha saltado así en numerosos casos la valla cronológica anterior, que imponía detenerse más o menos en los tiempos del código civil español por entenderse que, en ese punto, comenzaba nuestra actualidad jurídica, ya asunto de los colegas positivistas. Ahora bien, en la mayor parte de las ocasiones, se ha conseguido traspasar solo de manera simbólica. La proporción lo delata. Salvo contadas excepciones –que se aludirán–, las lecciones o capítulos dedicados a la época liberal suelen ocupar entre una cuarta y una quinta parte del conjunto. Importa mucho más la exposición detallada de la «política legislativa de Alfonso X el Sabio»<sup>18</sup>, por ejemplo, que conocer los vericuetos institucionales de la dictadura franquista, o, en todo caso, que nuestro proceso de democratización, aunque no sería del todo descabaldo pensar que es ahí, en buena medida, donde se encuentran «los orígenes del derecho actual»<sup>19</sup>. Además, como se ha indicado, si se tiene en cuenta que los programas inicialmente previstos rara vez pueden llevarse a término, esa porción dedicada a asuntos más actuales probablemente sea inferior en la docencia práctica. Y cuando se desciende a los contenidos expuestos en este bloque contemporáneo, nos tropezamos con otra desproporción: frente a las explicaciones más o menos elaboradas para tiempos medievales o modernos, el tiempo constitucional aparece tratado de forma muy sumaria, e incluso se llega a cubrir con esquemas y tablas de uso docente<sup>20</sup>. Y en los raros casos en que se alcanza el siglo xx, y los regímenes autocráticos, la extensión reducida y el tono esquemático informativo no hace sino aumentar.

Existen excepciones a este panorama. De algunas tengo conocimiento personal indirecto. En la Universidad Pompeu Fabra, Alfons Aragoneses organiza su curso de historia jurídica de quince lecciones dedicando las seis primeras al

<sup>13</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, incluida la mención en cap. 12.

<sup>14</sup> También lo reconoce SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Una Historia del Derecho contemporáneo*, 98.

<sup>15</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 471-2; también las enumera LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 253-4.

<sup>16</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Manual de Historia del Derecho*, 537-9.

<sup>17</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 733-5.

<sup>18</sup> Véase al respecto, por ejemplo, la completa presentación de CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, (96-9).

<sup>19</sup> En igual sentido: SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Una Historia del Derecho contemporáneo*, 16: «¿Qué es más útil que se sepan, la Nueva Recopilación de Casilla o lo que significó la Ley de la Reforma Política de 1977?».

<sup>20</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 378-83.

antiguo régimen; reserva de este modo casi dos tercios al estudio de la «historia del constitucionalismo moderno», el «constitucionalismo español del siglo XIX», la «historia de las codificaciones», el «imperialismo y el derecho internacional del siglo XIX», el «constitucionalismo de entreguerras» y el «derecho de las dictaduras», a lo que dedica dos lecciones completas<sup>21</sup>. De otras excepciones tengo conocimiento personal directo: el programa impartido en los grados jurídicos de la Universidad Carlos III, con el que di mis primeros pasos como profesor, se ocupa fundamentalmente de la experiencia jurídica moderna y posmoderna –por utilizar la cronología de Paolo Grossi–, con propósito de llegar a los dilemas de mayor actualidad<sup>22</sup>. Alguna otra excepción quizá tenga mayor apariencia que realidad, pues, aun dedicándose una proporción considerable a la época contemporánea, se cambia por completo el registro expositivo al adentrarse en ella, ofreciéndose más una historia política general que una historia estrictamente jurídico-constitucional<sup>23</sup>. Se trata –como se verá– de un síntoma que parece caracterizar tanto a las aproximaciones particulares a estos tiempos más cercanos como a las exposiciones generales que se centran por entero en ellos. Por último, existe una excepción en el terreno de la manualística, el volumen coordinado por Marta Lorente y Jesús Vallejo, que dedica aproximadamente la mitad de sus contenidos al ciclo contemporáneo y uno de sus capítulos, obra de quien suscribe, al siglo XX hasta la caída de los sistemas totalitarios<sup>24</sup>.

A su vez, la acotación cronológica responde en una proporción notable de autores y manuales a la división convencional de la historia occidental «universal». La cadencia utilizada por regla general diferencia entre la *Antigüedad*, la *Edad Media* (subdividida por lo común entre el arco altomedieval y el intervalo bajomedieval), la *Edad Moderna* y la *Edad Contemporánea*. Incluso en algún caso en que parece romperse la divisoria entre los tiempos medievales y modernos, prefiriendo exponer en bloque toda «la recepción del derecho común» –pues, en efecto, «¿cómo separar la historia medieval de la del mundo moderno que le sucede?»–, la consulta de los temas específicos permite apreciar que no se prescinde, en realidad, de la disyunción entre los tiempos medievales y los que –«fines del siglo XV y comienzos del siglo XVI»– supuestamente contemplaron «el nacimiento efectivo del Estado moderno»<sup>25</sup>. Existen, por otro lado, admisiones bien

<sup>21</sup> Agradezco al citado profesor que me haya facilitado su programa docente.

<sup>22</sup> Dos tercios del programa se ubican en cronología contemporánea, según pude comprobarse: «I. Antiguo régimen y pluralismo jurídico: la cultura del derecho común europeo. Ilustración y derecho»; «II. Revolución liberal y Estado de derecho. Monismo jurídico (legalismo) y codificación en Europa. Constitucionalismo y constitución. La eclosión del derecho administrativo [...]». «III. La crisis del sistema liberal: autoritarismo y Estado constitucional. El nacimiento del derecho laboral. Descodificación y desestatalización del derecho». Puede consultarse en el propio sitio de la Universidad Carlos III: <https://aplicaciones.uc3m.es/cpa/generaFicha?est=206&plan=397&asig=13567&idioma=1>.

<sup>23</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 593-750.

<sup>24</sup> MARTÍN, S., «XIV. El orden jurídico europeo de 1918 a 1945», 527-72.

<sup>25</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 16, 296. El cuarto bloque de su manual, el mencionado sobre «La recepción del derecho común», compone el nudo del libro, abarcando los temas 8 a 22.

matizadas de la división cronológica tradicional, pues si bien hallan un modo «de creación del derecho» singular debido a la aparición del «estado moderno», su aplicación correcta a la monarquía hispana parece colocarse mejor en el momento de «la formación del estado con los decretos de Nueva Planta»<sup>26</sup>.

Tal matización nos coloca ante otro de los usos en la periodificación, vinculado, no ya a la historia universal, sino a la historia política española, donde la unión de las coronas introduce el gozne entre la edad media y la moderna, y en la que la entrada de la dinastía borbónica con Felipe V señala el comienzo de la baja edad moderna, coincidente entre nosotros con el imperio del «absolutismo». Ya visible tal cadencia en el manual de F. Tomás y Valiente —«17. Entre absolutismo y pactismo» y «21. La plenitud del absolutismo»— y en el de E. Gacto, J. A. Alejandro y J. M. García Marín —«19. Los tiempos “modernos”» y «22. Las bases jurídicas del régimen absolutista a finales de la época moderna»—, se puede identificar ahora en los manuales de López Nevot y también de Torres Aguilar, pero en ambos casos con una matización fundamental: que los «principios del viejo Derecho común» subsistieron vigorosos en la alta edad moderna patria<sup>27</sup>, que «durante la Edad Moderna, el curso del Derecho siguió fluyendo en buena medida por los cauces fijados en la Baja Edad Media», por lo que cabe entonces «hablar de cierta continuidad en lo que a modos de creación jurídica se refiere»<sup>28</sup>.

También en este caso se presentan excepciones. Existe una periodificación —la del antiguo manual de Sánchez-Arcilla— que distingue la «Pervivencia y crisis de la tradición jurídica romana (siglos VIII-XIII)», la «Recepción y triunfo del *ius commune* en la Península (siglos XIII-XVII)», «La crisis del *ius commune* (siglo XVIII)» y «El triunfo del derecho nacional» ya en las dos centurias siguientes. Similar división subyace también al manual citado en el que participo, en el que los capítulos segundo a quinto, sobre cultura del *ius commune* y derechos propios, se organizan sin trazar cesura, a efectos histórico-jurídicos, entre la baja edad media y la alta edad moderna, dejando, en cambio, espacio a las novedades del siglo XVIII en el capítulo dedicado a «La ilustración jurídica»<sup>29</sup>. Aún más terminante trazando la continuidad entre tiempos medievales y nominalmente modernos resulta la apuesta —indicaremos su procedencia— de Magdalena Rodríguez, que, en su historia de los sistemas jurídicos, dedica un bloque de temas al «de la recepción del derecho común (siglos XIII-XVIII)», que ocupa hasta el propio final del antiguo régimen<sup>30</sup>.

<sup>26</sup> TURULL RUBINAT, M. (coord.), *História del dret*, 255 ss.

<sup>27</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*: «VIII. El Derecho de la Monarquía hispánica: castellanización *versus* derecho de los reinos» y «X. El régimen absolutista en la Baja Edad Moderna» (p. 174).

<sup>28</sup> LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*: «XI. Estado, Monarquía y Derecho en los siglos XVI y XVII» y «XIII. El Derecho en el siglo XVIII» (p. 139).

<sup>29</sup> Cabría, de todos modos, matizar la aseveración, pues los capítulos centrales a este respecto, tanto el de J. Vallejo, sobre «El príncipe ante la cultura del *ius commune*» como el de C. Garriga sobre «Los *derechos propios* de los reinos hispánicos», marcan inflexiones internas que en el primer caso se hallan referidas a la entrada en la edad moderna y en el segundo al panorama resultante tras la nueva planta borbónica.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, lecciones 14 a 18.

## II.2 ACOTACIÓN GEOGRÁFICA O NACIONAL

Al igual que sucede respecto de la delimitación cronológica, también aquí, en la parcelación geográfica, puede observarse la convivencia entre una orientación más o menos mayoritaria y otra alternativa de menor seguimiento. Pero en ningún caso se trata de una separación neta o excluyente, pues existen numerosas intersecciones entre ambas concepciones, ya que abundan las referencias comparadas en la versión tradicional, así como las ejemplificaciones «nacionales» o «regionales» en la lectura comparatista.

Lo habitual en la literatura escolar manejada es continuar explicando historia del derecho *español*. Es aquí donde se hace patente la coherencia entre la cronología amplia y la acotación territorial estrecha. Para algunos colegas, el propósito de la asignatura consiste en «ayudar a comprender mejor la “esencia” de nuestro Derecho a través del conocimiento del pasado», en el entendido de que ese, nuestro «Derecho español», lleva depositados en su interior unos «elementos formativos», de larga y remota datación, que la enseñanza debe revelar: «el romano, germánico y canónico»<sup>31</sup>.

La delimitación espacial en términos nacionales del objeto de la docencia histórico-jurídica coloca siempre ante un desafío de primer orden: aceptar «lo español» como categoría jurídico-institucional válida a lo largo de más de dos mil años hasta la actualidad, aun riñendo con la evidencia historiográfica de que la concepción vigente de lo nacional, en lo que hace justo a ese plano jurídico-institucional, es de procedencia decimonónica y moderna. Algunos autores, con buen criterio, consideran la cuestión «un tema tan deletéreo y lleno de implicaciones políticas e ideológicas» que mejor prescindir de él a los efectos de delimitar los contenidos de la asignatura, aunque al final estos terminen parcialmente coincidiendo con la acotación tradicional<sup>32</sup>. Otros prefieren eludir toda motivación al respecto<sup>33</sup>, o bien dar por sentado que su historia arranca «desde el reino visigodo y el de Asturias»<sup>34</sup>, o dar la delimitación por equivalente a «los límites geográficos que constituyen la Península ibérica» con la pronta exclusión de Portugal, sin prescindir del elocuente contraste entre *Hispania* y *España* ni renunciar a conjugar «Españas» en plural<sup>35</sup>. Otros, en fin, aceptan el reto, consideran España el sujeto preexistente al que imputar fuentes e instituciones,

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 24 y 30. La propia autora llama la atención (p. 24) sobre la unidad de la experiencia jurídica europea al menos desde el siglo XIII, pero dicha homogeneidad no le hace revisar la delimitación nacional de su didáctica ni tampoco la referencia a esa «esencia» romano-canónica-germánica del «Derecho español» que acaso tendría entonces validez europea. Veremos que esta tensión entre el reconocimiento del carácter «supranacional» de buena parte de la problemática histórico-jurídica relevante y la selección de un hilo conductor «nacional» en sentido fuerte puede que también sea heredada.

<sup>32</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 22-3.

<sup>33</sup> La elusión resulta significativa porque tácitamente sugiere que se trata de una cuestión autoevidente, que no merece problematizarse.

<sup>34</sup> VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 22.

<sup>35</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 22-3.

y tratan de individualizar lo nacional en un desenvolvimiento milenario a través de tres maneras –idealmente distintas, aunque íntimamente relacionadas, pero con resultados conclusivos diferentes–: entendiéndolo como una delimitación geográfica, demográfica o político-institucional.

Así, puede dejarse sentado que la existencia de «un derecho nacional» depende de la previa presencia de «una conciencia nacional, hecho que no se consigue mientras los miembros del grupo no participen al menos formalmente en un plano de igualdad en la comunidad», lo cual no habría ocurrido en nuestro caso hasta la Constitución de 1812, con su afirmación del principio de la soberanía nacional. Por eso la acotación española de la asignatura en ningún caso puede tomar como base las habituales «disquisiciones acerca de la particular personalidad del español o sobre la existencia de España desde tiempo inmemorial», en mención implícita a las obras de Sánchez Albornoz. Se trataría más bien de aislar el espacio en el que estuvieron presentes ordenamientos e instituciones que, en medida variada, acabaron precipitando, ya desde principios del siglo XIX, en el «Derecho español vigente». Por eso, aunque está claro que «España no es una realidad que ha existido siempre como magnitud geográfica y política», los «diferentes derechos que han existido en la Península» sí que compondrían el precedente, los elementos que acabarían conformando el derecho «nacional», de ahí la conveniencia de rastrear su singladura, atendiendo muy en particular a los derechos propios de reinos y coronas<sup>36</sup>.

Cabe también insistir en que «el elemento geográfico [...] no puede ser considerado como elemento diferenciador único y exclusivo», prefiriendo ver la presencia sempiterna de una suerte de *demos* español. La enseñanza histórico-jurídica presupondría, por tanto, «la existencia de una comunidad cuyos miembros tuvieron la condición de *españoles* en cualquiera de los periodos históricos» tratados, y sin perjuicio, desde luego, de «los distintos particularismos existentes», que serían más terminaciones de lo español que excepciones nacionales a su presencia. Presentado de este modo, objeto de nuestra docencia habría de ser el «conjunto de derechos por los que [el pueblo español] se ha regido, [...] tanto si han sido creados por él o en España, como si han sido recibidos de fuera»<sup>37</sup>. Además, esta creencia en una suerte de pueblo español imperecedero puede conjugarse, a nivel político, con la sensibilidad «institucional», para aseverar el carácter connatural de ciertas instituciones como la monarquía<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 33-4.

<sup>37</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 41-2, quien encarna el caso siguiente también. La definición de «lo español» está literalmente tomada de GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español, I: El origen y la evolución del Derecho*, Madrid, 1967<sup>2</sup>, 22, y obsérvese que ese venir «de fuera» es condición que permitía al autor hablar de «desnacionalización del Derecho español», p. 111, característica –la ruptura «con el pasado jurídico nacional»– que también ven en el derecho contemporáneo CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 152. De historiar el «proyecto político español» entendido como unificación hablan VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 21 y 145.

<sup>38</sup> «Desde que el rey visigodo Atanagildo se asentó en la provincia romana Tarraconense en el año 415, han transcurrido dieciséis siglos en los que la monarquía ha tenido una presencia continuada en España», por eso las efímeras excepciones republicanas provocaron «una extraordina-

Por último, en conexión con este postulado, podría apreciarse también la emergencia de lo español en ciertas estructuras políticas e institucionales ya autodesignadas en su momento como españolas (la Monarquía católica). Partiendo de esta delimitación político-institucional se diseñaría entonces un asunto algo más tardío, por arrancar a fines del siglo XV, principios del XVI, pero de más amplio calado territorial, por incorporar el estudio de las latitudes insertas en las coronas de Castilla y de Aragón, esto es, el usualmente denominado «Derecho indiano» o las posesiones aragonesas en Nápoles, Sicilia, Cerdeña y el Milanesado<sup>39</sup>. Fijar la atención en el pluralismo institucional, supone además reconocer cómo los «reyes españoles» habían de plegarse a un relieve territorial con acusadas diferencias institucionales —«su poder no era el mismo en cada territorio»—, pero no necesariamente la renuncia a la teleología<sup>40</sup>.

Sea por un camino o por otro, la acotación nacional del asunto a enseñar sigue jugando en muchos casos como una suerte de factor *a priori* de la docencia histórico-jurídica, en el que un espacio territorial suele transmutarse en una entidad poblacional y cultural. Tal es la tónica aún general. Y puede ser también la razón que explique la *longue durée* que tratan de abarcar y recorrer los programas, pues, existiendo la comunidad política española desde tiempos primitivos, prerromanos o visigodos, se comprende que la historia de sus instituciones jurídicas deba cubrir esos antecedentes remotos. En el interior de esta óptica nacional vienen después los puntos de fuga marcados por la propia resistencia del objeto examinado a dejarse «nacionalizar»: obviamente, por la inequívoca dimensión europea del *ius commune* del que en buena medida participaba el «ordenamiento jurídico español», o incluso por el alcance también europeo de su «recepción»<sup>41</sup>; pero también, por ejemplo, si se explica el «absolutismo» o la soberanía moderna, no falta la referencia a Bodin, como tampoco dejan de aparecer los testimonios de los humanistas y filósofos franceses o de los juristas protestantes al tratar del *mos gallicus* o la transición ilustrada, e igual de obligada resulta la mirada a Francia si se abordan constituciones y códigos. En pocas ocasiones, sin embargo, se toma lo «extranjero» como vía de acceso preferente a una problemática histórico-jurídica, por su valor paradigmático.

Excepciones en tal sentido, con todo, vuelve a haberlas. Destaca la aproximación que rehúye expresamente de «lecturas e interpretaciones finalistas que entiendan la historia del derecho de los pueblos peninsulares como una sucesión de hechos que habían necesariamente de concluir en la formación de un derecho español»<sup>42</sup>. Debido a su relevancia fundacional de la modernidad, en algunos, pocos casos se incluyen referencias a las revoluciones americana y francesa, aunque con un alcance todavía francamente modesto y de tonalidad

ria inestabilidad política», DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., y PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, C., *Historia del Derecho español*, 24.

<sup>39</sup> Es el caso también de RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 307 ss.

<sup>40</sup> CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 121-3.

<sup>41</sup> Destaca en este punto LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 77-80. El lugar por lo general cedido al *ius commune* suele ser proporcionalmente menor.

<sup>42</sup> Turull Rubinat, M. (coord.), *História del dret*, 18.

más histórico-política que jurídico-constitucional<sup>43</sup>. Y aparte de la docencia efectiva mencionada de las universidades Carlos III de Madrid y Pompeu Fabra, completamente europeizada en sus contenidos, y de las puntuales perspectivas euroamericanas y globales introducidas en algún libro de texto<sup>44</sup>, en lo que hace a la literatura escolar, tan solo el manual de Lorente y Vallejo asume un marco expositivo comparado, donde caben capítulos enteros sobre experiencias extranjeras y lo hispano, peninsular o –ya en tiempo constitucional– español encuentra generoso hueco, mas a modo de ejemplificación, ilustración o comparación del escenario general<sup>45</sup>.

### II.3 ARMAZÓN TEMÁTICO

En relación a los temas abordados, salta primeramente a la vista la habitual conjunción de la historia «del derecho» con la «de las instituciones»; si la primera se detiene en el estudio de las fuentes, esta segunda reconstruye tanto los aparatos político-administrativos como, en menor medida, los institutos de derecho «privado, penal y procesal»<sup>46</sup>. Se trata de una división susceptible de abonar contenidos para dos asignaturas separadas, una de historia del derecho y otra de instituciones históricas<sup>47</sup>, mas, en todo caso, salvo alguna crítica razonada que ve en el derecho, ante todo, un mundo de instituciones jurídicas<sup>48</sup>, la definición bimembre oficial de la disciplina tiene su reflejo en la manualística destinada a la asignatura de primer año.

Los contenidos que en ella encuentran cabida –en su propósito de explicar «los diferentes sistemas de creación, aplicación y exposición» del derecho en el pasado– son los habitualmente designados con la etiqueta de «fuentes del conocimiento» del derecho histórico, aquellas que ilustran las relaciones –o «fuerzas»– sociales que engendraron las normaciones jurídicas, pero muy en particular aquellas otras directas en que se plasmaron tales disposiciones. Por eso en ninguno de los manuales examinados faltan referencias sobre historia de la sociedad, la economía y la cultura, si bien cuentan con proporción comprensiblemente reducida frente al plato de veras fuerte de la materia, que con-

<sup>43</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, «Dos importantes hitos en la historia universal: I. La independencia de los Estados Unidos de América. II. La revolución francesa», 567-582. Tan sumaria es la presentación que se obvia entera, por ejemplo, la experiencia de las colonias independizadas en América antes de la Federación.

<sup>44</sup> GALÁN LORDA, M., *Historia del Derecho*, 261 ss.

<sup>45</sup> Solo hay una excepción a esa regla, tributo casi indispensable a la tradición, el citado GARRIGA, C., «V. Los derechos propios de los reinos hispánicos», 179-223, en vías además de renovación, precisamente para incluirse experiencias de otras latitudes.

<sup>46</sup> El origen de estos contenidos habituales lo desvela el texto de GARCÍA GALLO, A., «Historia, Derecho e Historia del Derecho», cuando describía «el actual plan de estudios vigente desde 1944», que atribuía a la asignatura «dos cuatrimestres»: «reducido el primero, con un amplísimo contenido –fuentes e instituciones políticoadministrativas– a menos de cincuenta horas; y versando el segundo sobre [...] instituciones privadas, penales y procesales», 19.

<sup>47</sup> La primera de grado en derecho y la segunda en ciencias políticas: RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*.

<sup>48</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Manual de Historia del Derecho*, X.

tinúan siendo los textos –o cuerpos– normativos que se sucedieron desde, como mínimo, los visigodos hasta las constituciones y los códigos, encarados todos habitualmente como manifestaciones legislativas de un derecho aplicado por tribunales.

Es en este punto donde se percibe aún cierto predominio de la visión estatal-legalista del pasado jurídico. Se indicará después que no es inusual partir de un concepto moderno de derecho como sistema de normas de vigencia coactiva en una determinada comunidad política; tomándolo de un modo u otro como postulado apriorístico del análisis histórico-jurídico, resulta entonces consecuente que entre esas fuentes que sirven para conocer el derecho pasado destaquen –como «fuentes de creación»– aquellas «normas y principios jurídicos que en un determinado momento histórico han tenido rango de ley (derecho positivo, coactivo)», pudiendo considerarse como tales solo «la costumbre, la ley y las sentencias judiciales»<sup>49</sup>. La diferenciación entre las reglas jurídicas y las normas morales o los usos sociales gozaría, así, de una validez atemporal, aunque con ámbitos respectivos cambiantes según la época<sup>50</sup>. En parecida línea se situaría también la noción de la disciplina como estudio de «los ordenamientos jurídicos que en una sociedad se producen a lo largo del tiempo», entendido por tal ordenamiento, como se ha sugerido, un «sistema de reglas» con «fuerza vinculante»<sup>51</sup>. Más allá de quienes los impugnan tácitamente con sus contenidos más atentos a la cultura jurídica, escasísimos son los acercamientos que tematicen críticamente, siquiera con brevedad, esta «influencia del positivismo jurídico» en los manuales de la materia; quienes así proceden reprobaban esta equiparación del derecho con la norma positiva, pues lo que en realidad definiría el fenómeno jurídico no sería tanto «la norma, sino su aplicación», y a fin de «conocerla habría que acudir a fuentes más cercanas y completas», como «la doctrina de los autores» y «la jurisprudencia»<sup>52</sup>.

Los contenidos de uno y otro brazo, el jurídico y el institucional así entendidos mayoritariamente, de los cuerpos normativos de los derechos propios o, en menor medida, los textos constitucionales a las instituciones políticas, oficios públicos e institutos jurídico-privados más relevantes, nos resultan conocidos. Baste subrayar que, en este armazón tradicional, comienzan ya a contemplarse los boquetes debidos a los debates de actualidad, la especialidad y el pluralismo. Con independencia de su predeterminación nacional, muy destacable resulta la atención prestada por Ignacio Ruiz al «Derecho de los españoles de religión judía» o al de «Otra minoría en tierras de España: la comunidad gitana», así como a «La discriminación de la mujer en la historia». También

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 43.

<sup>50</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 17-9.

<sup>51</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 27-8.

<sup>52</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 39-40, dando información sobre la trayectoria y el contexto histórico que explican esa decantación legalista de la disciplina, lo cual nos habrá de interesar después. Indíquese ahora que se trata de una enmienda referida a tiempos premodernos, pero también a los constitucionalistas, pues de «poco sirve aprender u ordenar las diversas leyes que se van produciendo, los códigos y sus proyectos, las constituciones que van cambiando» si se deja de lado el esclarecimiento de «su contexto social, económico y político», p. 276.

apuntan en línea especializada la «Breve introducción de la Historia de la Unión Europea» del propio autor, o los temas dedicados en el manual de Peset a los «Orígenes del derecho administrativo», las «Primeras etapas del derecho laboral» o a las «Universidades y ciencia jurídica», destacando asimismo su congruente interés por el «Derecho valenciano». Sin embargo, salvo estas líneas de fuga, explicadas en el primero de los casos más por querer atender a una variedad de enseñanzas que por aspirar a integrar tales contenidos en la básica de primero, el edificio temático tradicional, con sus diferenciados –aunque conectados– aspectos legal e institucional, resiste bien el paso del tiempo.

### III. LOS ASUNTOS CLAVE

No podemos detenernos en desgranar los temas de parada habitual en la manualística, pero acaso resulte de mayor provecho reparar en los puntos más polémicos, y por eso más distintivos, de toda exposición histórico-jurídica.

#### III.1 ANTIGUO RÉGIMEN

Atengámonos, para ello, a una cronología que coloque como punto de inicio el siglo XII. Debido a la relevancia insoslayable de la difusión europea del derecho romano-canónico, en todos los libros de circulación presente resulta también un hito de partida, aunque se llegue al mismo bien comenzado el curso. En muchos casos se entiende necesario, con razón, transmitir una imagen, siquiera sucinta, acerca de la estructura social bajomedieval. El contenido de esa breve explicación suele aludir en casi todos los casos a la división de la sociedad en estamentos, y a la existencia de los privilegios asociados a la nobleza y al clero<sup>53</sup>. No se encuentra, sin embargo, mención pormenorizada a la urdimbre corporativa que comienza por entonces a articular también la sociedad política, tan decisiva a efectos jurídicos durante todo el antiguo régimen<sup>54</sup>, ni menos aún a la configuración del orden doméstico como espacio relevante para el ejercicio del poder o el despliegue de funciones colectivas materialmente administrativas. En algunos casos el feudalismo –observado en su aspecto jurídico-institucional, con la dislocación consiguiente del régimen «feudal» y el «señorial»– se da ya por prácticamente liquidado en Castilla para aquellas fechas<sup>55</sup>, y realidades como la del *señorío natural* marcarían desde bien pronto unas relaciones directas, regidas por el

<sup>53</sup> V. gr. J. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Manual de Historia del Derecho*, «4. II. La organización de la sociedad»; PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 76 ss.

<sup>54</sup> Y empleada tempranamente como criterio diferenciador en HESPAÑA, A., *História das instituições: épocas medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982.

<sup>55</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Manual de Historia del Derecho*, 307. En sentido similar, VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 73 y 75.

derecho público, entre el monarca y los súbditos, no cortocircuitadas más por las potestades señoriales<sup>56</sup>.

No es excepcional además que, para contrastar los tiempos altomedievales, de un lado, y bajomedievales y altomodernos, de otro, se acuda a la didáctica diferenciación superpuesta de los derechos en «señorial, municipal y territorial»<sup>57</sup>, una clasificación que se suele revelar funcional para explicar la posterior «decadencia de los derechos locales y consolidación de los territoriales» ante todo en la corona castellana<sup>58</sup>. No se contempla que la obsolescencia de los órdenes normativos locales pudiera venir suplida por vía consuetudinaria o, en mayor medida y congruencia con la praxis, por un *ius commune* que envolvería además también el derecho territorial de procedencia regia. Y solo en ocasión excepcional se subraya la insuficiencia de la citada tripartición por ser lo distintivo del derecho medieval, no tanto esos niveles tan íntimamente imbricados como sus relaciones «con las clases o estamentos existentes»<sup>59</sup>.

Si pasamos a un momento cronológicamente ulterior, y continuamos contraídos a la realidad peninsular<sup>60</sup>, observaremos también cierto consenso en torno al nacimiento del «Estado moderno» y el «absolutismo» regio en el siglo XVI, y a su significado o alcance político. Ya se ha dicho que, con matices, se suele considerar válida la división histórico-general entre edad media y moderna. Y uno de los goznes que sirve para trazar tal divisoria es justo la cristalización estatal y la consolidación de la figura del soberano absoluto. Si para algunos cabría hablar, ya para tiempos visigodos, de la vigencia de «los elementos configuradores de la organización estatal»<sup>61</sup>, o para los medievales de «un Estado con carácter general público» por el citado señorío natural y la pronta definición precisa de las «regalías»<sup>62</sup>, se va a entender casi siempre existente un «Estado en la Edad Moderna, con personalidad propia distinta de la del monarca», capaz de «orienta[r] sus actuaciones y sus órganos a la consecución del bien común entendido como *res publica*»<sup>63</sup>. Los estudiantes se encontrarían ante «una institución caracterizada porque ostenta de forma legítima la titularidad exclusiva del poder político», lo que explica que, en esa «época, el monarca carec[iese] de límites a su

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 175.

<sup>57</sup> LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, «II.5».

<sup>58</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 182-3. Destaca en este particular CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 123-4.

<sup>59</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 75.

<sup>60</sup> Si no lo hiciéramos, y tocásemos también el asunto del aún llamado «Derecho indiano», la comparación de opciones la permitiría, por ejemplo, el cotejo de CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 135-7, y A. AGÜERO, «Expansión y colonización», en Lorente, M., y Vallejo, J. (coords.), *Manual de historia del derecho*, 225-58.

<sup>61</sup> VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 52.

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 178.

<sup>63</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> D. del M. «38. Monarquía y Cortes en la Edad Moderna», en J. Alvarado Planas *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 629.

poder legislativo»<sup>64</sup>, a imagen y semejanza de como lo había descrito Bodin<sup>65</sup>. Siguiendo, pues, las enseñanzas de José Antonio Maravall, el Estado moderno habría supuesto la «abolición de los poderes intermedios»<sup>66</sup>, y entre sus características más señaladas figurarían «la creación de un ejército permanente, la organización de una administración centralizada dependiente del monarca»<sup>67</sup>, y pautada ya según las reglas técnicas de una moderna «organización burocrática»<sup>68</sup>, que para algunos es precedente directo de «la actual Administración española»<sup>69</sup>. De estas premisas se extrae después una organización coherente –estatal– de los poderes, apareciendo desde bien pronto el real como una «jurisdicción general» y el señorial y corporativo (mercantil) como «jurisdicciones especiales»<sup>70</sup>.

Este canon interpretativo resulta ya en muchos casos relativizado o contextualizado. Se puede, por tanto, aceptar que tras la unión de las coronas, y ya con Carlos, se «implantan en los territorios españoles algunos de los elementos que suelen considerarse como definidores del *Estado moderno*» –así, una «monarquía burocrática sin precedentes en siglos anteriores» basada en «un régimen de Consejos especializados», o la «aparición de un ejército profesional»–, pero dejando sentado que «el espíritu que impregnaba» esas novedades «seguirá siendo el mismo que en su día conformara el Derecho común bajomedieval»<sup>71</sup>. Cabe asimismo precisar que «durante los siglos XVI y XVII solo puede hablarse con propiedad de la presencia de un Estado en la Corona de Castilla», no en el resto de «reinos hispánicos», donde pervive «la doctrina pactista», e incluso ni siquiera en ese caso, dada la conflictiva convivencia de la «organización estatal» con las «instancias de poder [...] eclesiástica y señorial»<sup>72</sup>. O es posible, en fin, recordar que el «Derecho bajomedieval se conservó casi íntegramente durante la Edad Moderna», jurídicamente caracterizada entonces «como un desenvolvimiento homogéneo del Derecho anterior, a manera de agregaciones a los sistemas preexistentes»<sup>73</sup>.

<sup>64</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 296-7.

<sup>65</sup> M. TURULL RUBINAT (COORD.), *História del dret*, «III.1. Del nacimiento del estado y de la noción de soberanía», con amplia selección de extractos bodinianos de sentido coincidente en lo que hace a la plenitud de poder del soberano.

<sup>66</sup> RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 279.

<sup>67</sup> SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 296-7.

<sup>68</sup> De nuevo, RODRÍGUEZ GIL, M., *Curso de Historia del Derecho Español*, 279, y en idéntico sentido («aparato político» regido por «criterios técnicos racionales»), siempre inspirado en José Antonio Maravall, VILLAPALOS, G., SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 147-8.

<sup>69</sup> DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., y PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, C., *Historia del Derecho español*, 54-5.

<sup>70</sup> SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> D. M., «31. La Administración de justicia. Relaciones con la Iglesia», en Alvarado Planas, J., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 436.

<sup>71</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 176.

<sup>72</sup> LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 139, con referencia a Lalinde y Clavero para esa negación de «la existencia de un verdadero Estado en la Edad Moderna».

<sup>73</sup> CALDERÓN ORTEGA, J. M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del Derecho español*, 119-20, apuntando la clara pervivencia del *ius commune*.

Algún autor expone los términos del debate y transmite a los estudiantes una posición sincrética. De una parte, Jesús Lalinde defendió la incongruencia de titular como Estado a una entidad política, la «Monarquía Universal Española», carente de «base nacional», sin «monopolio de defensa y del orden público», entrelazada con la jurisdicción eclesiástica y alzada sobre la perviviente «sociedad estamental». De otra, José García Marín habría señalado cómo el término «Estado» no solo significaba *estatus*, equiparado a «estamento», sino también era «sinónimo» de «organización política». Y ambas coloraciones habría tenido, en realidad, la monarquía católica, que no puede considerarse estatal sin más por fenómenos como «la patrimonialización de los oficios públicos» o «el respeto a la ‘constitución política’ de uno de sus reinos», pero que presentaba a su vez una institucionalidad común, comprensiva, a su vez, de «diversos *Estados*»<sup>74</sup>. Se admite terminológicamente así la pertinencia de lo estatal, e incluso el «triunfo del absolutismo regio» en tiempos borbónicos, aunque se proporcione una definición muy poco absolutista del fenómeno, por seguir en pie «la teoría del cuerpo místico de la monarquía» y la limitación sustantiva –«leyes de Dios, reglas de la justicia natural, leyes fundamentales»– de los poderes del monarca que ella conllevaba<sup>75</sup>, lo que en otros manuales, que sí señalan el contraste con las presuposiciones del «absolutismo», aparece denominado como «monarquía vicaria»<sup>76</sup>. Así, el empleo con todas sus consecuencias de estas categorías limitativas impediría hablar de «absolutismo regio» en sentido tradicional, u obligaría a una labor de resignificación del concepto.

Existen otras excepciones que ponen en suspenso la validez historiográfica del calificativo absolutista. Una, desenvuelta en un nivel histórico-cultural, recuerda cómo la «literatura de significación jurídico-política» que dejó de concebir «la potestad legislativa del monarca» como modulación de su «potestad jurisdiccional», para pasar a entenderla como expresión primera de soberanía, en absoluto canceló la doctrina medieval sobre la finalidad material de hacer justicia que en todo caso debía perseguirse al legislar<sup>77</sup>. Y otra, desarrollada a nivel histórico-social e histórico-económico, aunque acepta la categoría de la «Monarquía absoluta» porque los reyes lograron sustraer «el poder político» a los señores a través de «un ejército propio» y «una burocracia», rápidamente relativiza los términos de tal sustracción, al menos en dos sentidos: porque el monarca supuestamente absoluto siguió dependiendo de la nobleza para ejercer, en la práctica, su poder, y porque esa nobleza supuestamente desposeída siguió accediendo a la renta feudal –de procedencia campesina–, fuente básica de su estatus social. Así, lo que en el plano del derecho y las instituciones parecía marcado por la discontinuidad,

<sup>74</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Manual de Historia del Derecho*, 306-7.

<sup>75</sup> *Ibid.*, 491.

<sup>76</sup> Sin ser propiamente de historia del derecho, por dedicarse en exclusiva a la de las instituciones, debe citarse, por sus contenidos con frecuencia muy meritorios, MORÁN MARTÍN, R., y GARCÍA MARTÍN, J., *Historia de la Administración en España. Mutaciones, sentido y rupturas*, Madrid, Universitas, 2022, 270-3.

<sup>77</sup> VALLEJO, J., «El príncipe ante el derecho en la cultura del *ius commune*», 164.

en el más decisivo de las relaciones socioeconómicas revelaría que «los monarcas no hicieron nada decisivo para cambiar la estructura existente» y que «la organización medieval se trasmite y mantiene a lo largo de la edad moderna»<sup>78</sup>.

### III.2 ÉPOCA CONTEMPORÁNEA

Cuando se concluye la llamada «Edad Moderna» se ha recorrido en casi todos los casos en torno a dos tercios o tres cuartos de la materia. La manualística disponible llega ya a momentos posteriores bastante exhausta; así que, en probable reflejo de lo que acontece en las aulas, en las páginas de muchos de nuestros tratados el ritmo se acelera, las explicaciones se abrevian, las transcripciones literales de fuentes aumentan y las consideraciones esquemáticas abundan cuando nos adentramos en tiempos constitucionales. Nos solemos encontrar ya con un abordaje sucinto del constitucionalismo y de la codificación, siempre españoles, con alguna anotación sustantiva previa sobre los fundamentos del régimen liberal<sup>79</sup>. A veces incluso se piensa que sobre «espinoso[s] asunto[s]» como el del sujeto de derechos en Cádiz «no es mucho lo que se ha venido a escribir»<sup>80</sup>, supuesto infundado que consiente el seguir sin escribir demasiado sobre el particular con lo que informar al estudiantado.

Y es que, a partir de aquí, salvo contadas excepciones, no existe quizá aún – en la *historia del derecho español*– una diferenciación semántica entre la historia jurídico-institucional y la historia política contemporánea. A efectos informativos del estudiante, el tono puede tener su virtud docente, pero abre las puertas con frecuencia a consideraciones genéricas de cariz político que suponen ya el coladero de la sensibilidad de cada cual, aun con la matización necesaria, siempre descuidada, de que hay sensibilidades democratizadas más atentas al sistema constitucional vigente, y otras más ideologizadas apegadas a cierta querencia preconstitucional. Por eso, cuando se analiza con arreglo a la primera sensibilidad, se introducen referencias dignas de celebrar, como, por ejemplo, cuando se aclara que «el *turno de partidos* no se apoyó nunca en la opinión pública ni en el resultado electoral, que fue, durante la Restauración, sistemáticamente manipulado desde el Ministerio de Gobernación»<sup>81</sup>, o cuando se recuerda el carácter políticamente transversal del republicanismo a la altura de los años treinta<sup>82</sup>, o que la

<sup>78</sup> PESET, M. et. al., *Lecciones de Historia del derecho*, 180 y 186-90.

<sup>79</sup> TORRES AGUILAR, M., et. al., *Manual de Historia del Derecho*, «XI. Crisis del Antiguo Régimen y nacimiento del Estado liberal de Derecho»; LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, «XIV. El Derecho del Estado liberal. 1. Revolución burguesa y derecho», en ambos casos con títulos y contenidos que recuerdan el *Manual* de Tomás y Valiente.

<sup>80</sup> RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 629.

<sup>81</sup> ALVARADO PLANAS, J., «39. La España del siglo XIX. III. La Restauración y la convivencia canovista», en Id. et. al., *Manual de Historia del Derecho*, 748. En idéntica dirección crítica, SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Una Historia del Derecho contemporáneo*, 21.

<sup>82</sup> VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*, 207.

norma fundamental de 1931 fue «una verdadera Constitución, pero el golpe de Estado fascista finalizó con todas las libertades hasta su muerte [de Franco] y la Constitución de 1978»<sup>83</sup>. Ahora bien, si responden a la segunda, dan ocasión a la problemática exhibición de fobias, como cuando se sienta la presunta ley histórica de la política española según la cual «los liberales, cuando alcanzan el poder político, pretenderán poner la Nación al servicio del Estado (y no a la inversa, como habían defendido en teoría), organizando aquella según sus propios intereses»; regla al parecer demostrada «en 1873», pero, sobre todo, en «1931», cuando la República «volverá a someter a la Nación a las pretensiones de los que dominan el aparato del Estado, contradiciendo en muchas ocasiones las aspiraciones de unidad nacional y de igualdad política entre todos los ciudadanos»<sup>84</sup>.

Tan solo contamos con una exposición concentrada, no ya solo en época contemporánea, sino en el siglo xx español<sup>85</sup>. Como se comprobará en el planteamiento de alternativas, no se puede estar más conforme respecto de lo que hoy resulta de interés prioritario para el estudiante, aunque no pueda menos que manifestarse ciertas reservas respecto de lo que se considera de provecho instructivo para juristas en formación: prevenirlos, ciencia mediante, de «la manipulación política» de la que ha sido objeto «nuestra historia reciente» por parte de «políticos ignorantes y, lo peor, historiadores vendidos a una ideología». No se trata tanto de que la propia exposición pueda, en algunos pasajes, pecar, ante ojos ajenos, de ideológica, como de que dicho propósito primordial nos condene a exponer una historia política más que jurídica.

No es siempre el caso de la nueva didáctica de Sánchez-Arcilla, que reserva generoso espacio a la presentación del proyecto de Constitución de 1929, de la Constitución de 1931 y las reformas a que prestó sustento, del proceso de «institucionalización del Nuevo Estado» o de la propia «estructura del Estado franquista». Con ocasión de estas explicaciones, el estudiante puede hallar además consideraciones de conjunto sobre uno u otro régimen, sobre la República del 31 –que, en consonancia con «las constituciones de entreguerras europeas [...], perseguía un afianzamiento del Estado de derecho con especial incidencia en la protección de los derechos fundamentales» (p. 79)– o la dictadura del 18 de julio –que, a diferencia de los fascismos movilizadores, «intentó desarticular la sociedad y convertirla en un elemento pasivo, silencioso» (p. 273)–, las cuales entran de lleno en problemáticas jurídico-políticas. De hecho, la detallada atención prestada al Novecientos permitirá a los estudiantes aproximarse a las fuentes que directamente documentan episodios célebres, como el debate en torno al sufragio femenino (p. 84-90). Pero, más allá del carácter problemá-

<sup>83</sup> MONTES SALGUERO, J., «45. El Estado constitucional», en Alvarado Planas, J., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*.

<sup>84</sup> Un «[e]jemplo de esta política [habría sido] el Estatuto catalán de 15 de septiembre de 1932 que sirvió de fundamento a una legislación peculiar y exclusiva de una región»: SAINZ GUERRA, J., *Historia del Derecho español*, 404.

<sup>85</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, J., *Una Historia del Derecho contemporáneo*, del que vamos a emplear, para las breves consideraciones siguientes, pp. 16, 33-42, 78-107, 277-89, 340-55. El volumen, por la ruptura que comporta, es merecedor de un comentario extenso y sosegado independiente.

tico de las fuentes utilizadas para sustentar criterios<sup>86</sup>, la cuestión es que el grueso del hilo conductor se localiza en la narración de las principales encrucijadas políticas, con sus protagonistas personales y sus hechos cruciales, a fin de que los destinatarios puedan formarse un criterio fiable de los hitos más controvertidos en el debate público.

Se viene a admitir así que las problemáticas histórico-jurídicas relevantes las dicta la agenda exterior de la opinión pública<sup>87</sup>, en lugar de la historia del derecho como ciencia. La circunstancia es paradójica porque justo cuando el preconcepto –moderno– de derecho resulta de veras válido y operativo –recuérdese: conjunto de normas coactivas impuestas por una autoridad considerada legítima–, el objeto jurídico de una presentación historiográfica se difumina en favor de la narración –no pocas veces desequilibrada<sup>88</sup>– de episodios político-sociales. Si el manual monográfico de Sánchez-Arcilla, debido a su concentración exhaustiva en el periodo, lo remedia en parte, los capítulos reservados en la mayor parte de libros de texto al intervalo contemporáneo incurren con frecuencia en tal disolución del derecho en la política<sup>89</sup>. Y cuando no lo hacen, a esta falta de especialización del apartado más reciente, debe añadirse la manera legalista externa y resumida en que se suele encarar lo constitucional –o incluso lo dictatorial–. El resultado convencional consiste aquí en una concatenación de constituciones sumarisísimamente presentadas en sus rasgos exteriores y principios capitales, sin engarce con el proceso de estatalización de la sociedad ni respuesta por lo general al interrogante sobre el valor y normatividad de las propias normas fundamentales.

Excepciones a la aproximación sumaria y al tono histórico-político preponderantes las hay. En el primer caso, se trata de un exhaustivo y detallado acercamiento al Estado liberal en su aspecto constitucional, administrativo, legalista y codificador<sup>90</sup>. Obsérvese cuál es la clave diferencial respecto de quienes explican la «Edad Moderna» por el eje estatal, que, al darse por establecido, no vuelve a aparecer ya en tiempos decimonónicos, donde lo decisivo pasaría a ser, no lo estatal, sino un «derecho nacional» plasmado en constituciones y códigos; la excepción que referimos, que no introduce disyunción entre edad media y moderna, ni tampoco define a esta por su vocación estatalizadora (centralizado-

<sup>86</sup> Por ejemplo, la monografía de Niceto Alcalá-Zamora sobre *Los defectos de la Constitución de 1931* para realizar una «valoración» de conjunto sobre la misma (pp. 99-103), pese a reconocerse más adelante el comprensible sesgo personal (p. 161). O, aún más vidrioso, el dictamen de *La Comisión sobre la ilegitimidad de los poderes actuantes el 18 de julio de 1936* para ponderar el posible «fraude electoral» de las elecciones de 1936 (pp. 161-2).

<sup>87</sup> La preocupación por prevenir al estudiante de supuestas manipulaciones políticas puede proyectarse también a tiempos pasados, tratando de contextualizarle la Inquisición frente a los rescoldos de la leyenda negra: DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J. C., y PÉREZ FERNÁNDEZ-TURÉGANO, C., *Historia del Derecho español*, 73.

<sup>88</sup> Compárese, por ejemplo, lo dedicado a «la revolución de Octubre» de 1934 (pp. 128-134) y a su posterior represión (cuatro líneas en p. 134).

<sup>89</sup> Véase la lección octava de VILLAPALOS, G., y SAN MIGUEL PÉREZ, E., *Lecciones de Historia del Derecho español*.

<sup>90</sup> SERVÁN, C., «De la Constitución al Estado (1814-1914)» y GARRIGA, C., «Legislación y códigos», ambos en Lorente, M., y Vallejo, J. (coords.), *Manual de historia del derecho*.

ra, unificadora...), coloca ahora en el centro de su exposición justo el Estado como nuevo y decisivo actor jurídico-político. De ahí la necesidad de examinar los flancos –muy en especial el administrativo y el legislativo– de su construcción como ente soberano abstracto. Por trazar una comparación a nivel de un contenido usualmente compartido, el del constitucionalismo español, cabe además destacar de esta excepción una virtud constructiva: el que trascienda el habitual encadenamiento descriptivo de textos constitucionales –esa proyección de la mirada legalista sobre el objeto constitucional– para aportar una síntesis del modelo político hegemónico español en lo que hace al juego de poderes y a la garantía de los derechos<sup>91</sup>.

En este mismo sentido se coloca la segunda excepción a la que querría hacer alusión, capaz de ver también, por debajo del «cambio pendular» de nuestra historia constitucional, no tanto la (discutible) «continuidad» del «régimen liberal» –interrumpida con las dictaduras– cuanto la estabilidad de fondo de un sistema político solo de veras exceptuado en 1873 y, sobre todo, en 1931<sup>92</sup>. Y para apreciar esa permanencia se fija la atención, no en los «esquemas constitucionales», sino en un «poder liberal» que no se atenía a los mismos, ni tampoco a la división de poderes, sino que se alojaba, y encontraba el mejor canal para su reproducción social, en el propio «trono de Isabel II» y después en el de Alfonso XIII, auténticos y oscuros astros en torno a los cuales orbitaban la mayor parte de los agentes oligárquicos.

#### IV. CONSTITUCIÓN PASADA DE LA ASIGNATURA PRESENTE

Se acaba de abocetar la situación actual de la asignatura básica a través de la manualística circulante en las dos últimas décadas. Esta guillotina temporal entrañaría un recorte arbitrario que debe repararse, pues no son pocos los manuales que, procediendo de fines del siglo pasado, llegan con vigor a las puertas y hasta al vestíbulo del presente siglo. Su pervivencia alimenta además la hipótesis que pasamos a formular.

Entre estos títulos pasados de perfecta vigencia actual destacaría los siguientes: el elaborado conjuntamente por José Antonio Alejandro, Enrique Gacto y José María García Marín<sup>93</sup>; la exposición sobre el derecho común de Bartolomé Clavero<sup>94</sup>; el *Curso* de José Antonio Escudero<sup>95</sup>; el manual prepara-

<sup>91</sup> SERVÁN, C., «De la Constitución al Estado (1814-1914)», 386 ss.

<sup>92</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 290-2 y 303-5 para el valioso «Ensayo de una radiografía del poder» que seguidamente se menciona.

<sup>93</sup> GACTO, E.; ALEJANDRE, J. A., y GARCÍA MARÍN, J. M.<sup>a</sup>, *Manual básico de Historia del Derecho (Temas y Antología de textos)*, Madrid, Dykinson, que utilizo en su edición de 2013 (con reimpressiones en 2003, 2005, 2006, 2009, arrancando, en esta versión, de 1997, pues ya veremos que su procedencia es anterior).

<sup>94</sup> CLAVERO, B., *Derecho común*, Universidad de Salamanca, en edición de 2011 (con reimpressiones también de 2009, 2005 y 2001, y de procedencia también muy anterior).

<sup>95</sup> ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, Madrid, Solana e Hijos, en edición de 2012 (con impresiones en 2007, 2006 y 2003, e igualmente de factura pasada).

do por Antonio Merchán para un uso hispalense que goza de cierta continuidad<sup>96</sup>; el gran tratado de José Manuel Pérez-Prendes<sup>97</sup>; y, desde luego, el de Francisco Tomás y Valiente, casi ininterrumpidamente reimpresso hasta al menos 2016<sup>98</sup>.

Con un mero repaso de sus contenidos, salta la evidencia: algunos rasgos de la asignatura presente, tanto en su versión convencional como en las lecturas alternativas, proceden con claridad de atrás, aunque otros, más visible en esta manualística clásica que pasamos a repasar, comienzan a difuminarse. No se trata de descubrimiento alguno, sino de rastrear genealogías para marcar posibles retos a afrontar. En casi todos los casos nos volvemos a tropezar con una cronología con vocación de empezar «desde el principio», se trate de la «época primitiva», la «prerromana», el «sistema jurídico arcaico» o «el Derecho primitivo y [los] derechos prerromanos». En casi todos los casos también se concluye con un último estudio de «constitucionalismo y codificación», centrado en el siglo XIX, llegando a veces al posterior, y de proporción considerablemente menor (entre una sexta e incluso una doceava parte del conjunto).

No obstante la similitud de estas acotaciones con la ya repasadas, llama la atención un relativo hecho diferencial. Como se ha indicado, hay algunos casos en la literatura escolar actual que trazan la divisoria entre la edad media y la edad moderna, o marcan los periodos típicos y paralelos de la historia política española<sup>99</sup>. Cuando en la manualística que ahora repasamos se introducen tales inflexiones se hace advirtiendo que «la Época moderna es un tiempo de grandes paradojas y contradicciones» precisamente por la reluctancia pluralista medieval, bien visible en nuestro caso por pervivencia de los «principios jurídico-públicos» propios de la corona aragonesa. Así, aunque no quepa dudar de la «preponderancia que adquiere el papel del rey en el contexto de las instituciones» a partir de entonces, no se habla de liquidación de cuerpos intermedios ni de desposesión señorial, reconociéndose la persistencia de órdenes concretos vigentes con anterioridad<sup>100</sup>. Pero lo usual, de todos modos, es rechazar la divisoria, sobre todo porque la cronología inmanente al objeto —el *ius commune*— así lo impone, lo cual lleva a tratar entonces de «los sistemas normativos cons-

<sup>96</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *Las épocas del Derecho español*, Valencia, Tirant, edición de 2014, publicado por vez primera en 1998.

<sup>97</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, Universidad Complutense de Madrid, en edición de 2004 (con edición anterior en 1999).

<sup>98</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, existiendo impresiones disponibles de 2016, 2015, 2013, 2012, 2011, 2010 y así sucesivamente.

<sup>99</sup> Presentes estos últimos en MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *Las épocas del Derecho español*, que reconoce que «la clásica y convencional cronología de la Historia General» serviría bien a sus propósitos, aunque toma una división «más propiamente histórico-jurídica», la cual se ajusta, en realidad, a la historia política española.

<sup>100</sup> GACTO, E.; ALEJANDRE, J. A., y GARCÍA MARÍN, J. M.<sup>a</sup>, *Manual básico de Historia del Derecho*, 268-70. Téngase presente que los autores, al delimitar los «periodos de la Historia jurídica», señalan, de hecho, como «quinta fase» el «largo periodo que discurre entre los siglos XIII al XVIII», caracterizado por «la superación del localismo jurídico» y «la recepción» del derecho común, pp. 11-2.

truidos sobre el derecho común» del siglo XIII al XVIII<sup>101</sup>, o del «sistema de la recepción del derecho común»<sup>102</sup>. En efecto, partiendo de tal presupuesto, «[s]e considera una trivialidad anticientífica el traslado de las periodificaciones de la Historia general al ámbito de la Historia jurídica»: y es que «la Baja Edad Media [...] resulta inseparable de la Edad Moderna, en cuanto ambas se reúnen en el sistema jurídico de la recepción del Derecho común». La erosión creciente del *ius commune* en el siglo XVIII –menos corrosiva, de todos modos, en la experiencia hispana que en otras coetáneas europeas– puede obligar a abrir espacio para tratar, de forma autónoma, «la crisis del derecho al final del Antiguo Régimen»<sup>103</sup>, pero aun así podrá dejarse sentado que «la Ilustración no se contrapone ni destruye al *ius commune*», pues se «engarza con él en una continuidad dogmático-técnica bastante evidente» y solo altera, en realidad, «el sentido y la intención» de sus realizaciones prácticas<sup>104</sup>.

Salvo, de nuevo, por imposición del objeto, al tratarse monográficamente del derecho común europeo, la delimitación geográfica de esta literatura devenida clásica sigue siendo, por lo general, de radio «nacional». A veces –caso de Tomás y Valiente– se elude motivar la acotación, aunque se ordene buena parte de la materia en su interior. En otras ocasiones, de forma lapidaria, se zanja toda discusión aseverando que se entiende «por derecho español el creado y aplicado en lo que ordinariamente ha sido España en cualquier tiempo»<sup>105</sup>. Otras veces, de forma prudente, se repara en la distorsión y se advierte que solo utilizando el término *español* «en sentido muy amplio» cabe tomarlo como criterio delimitador, pues si se utilizase «en su más propio sentido, se restringiría el objeto de nuestra disciplina considerablemente, [debiendo] concretarlo a tramos del pasado relativamente recientes o actuales»<sup>106</sup>. Y alguna vez, aun reconociéndose que una «Historia del Derecho europeo o universal» –o «supranacional»– constituye «un programa de actuación y un *desiderátum*» apetecibles, se opta de forma realista –y reverencial con la tradición científica de «la Historia del Derecho»– por una «concepción nacional», no sin adherirse de forma explícita al planteamiento de García Gallo de la preexistencia de un «pueblo español» sobre el que

<sup>101</sup> Título del cuarto bloque de TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, aun trazándose, como sabemos, las dos inflexiones supuestamente ilustrativas de la singlatura española, desde fines del s. XV con «el crecimiento del Derecho estatal» y desde el s. XVIII por «abundar los elementos de desestructuración de la sociedad señorial» a «manos de una Monarquía regalista y absoluta», 945.

<sup>102</sup> Caso de PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, de quien se cita seguidamente pp. 168 y 212.

<sup>103</sup> Título del capítulo 22 de TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*.

<sup>104</sup> Atinada indicación de PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 172.

<sup>105</sup> ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, 27. Afirmación que contrasta con el anterior parecer comparatista del propio autor: «Yo creo en la propia autonomía de una historia del Derecho sobre supuestos más amplios que los estrictamente nacionales», entre otras cosas porque le resultaba evidente la «sorprendente similitud» de algunas prácticas jurídicas con independencia de su latitud: «En torno al objeto de la Historia del Derecho» (1969), en Id., *Historia del Derecho: Historiografía y problemas*, Madrid, 1973, 15-65 (59-61).

<sup>106</sup> MERCHÁN ÁLVAREZ, A., *Las épocas del Derecho español*, 12.

habrían ido precipitándose diferentes elementos jurídicos hasta decantar en el «derecho nacional» actual<sup>107</sup>.

Solo en una ocasión se acepta por entero el reto de identificar los orígenes de la nación, concluyéndose que desde tiempos visigodos se detecta la existencia de «un concepto unívoco de España», que por más fragmentado que aparezca a lo largo de su trayectoria en «lo jurídico-público», goza, sin embargo, de mayor estabilidad en «lo jurídico-privado, penal y procesal» y «en la convicción cultural-psicológica»<sup>108</sup>. Pero no se prejuzgue el gesto como expresión de esencialismo nacionalista, pues la clave definidora de lo «español» radicaría precisamente en un dato tan antiesencialista como el «secular mestizaje de sus gentes». Ni tampoco se crea que, en este concreto caso, el de Pérez-Prendes, la acotación «nacional» exonera de esfuerzos comparativos, pues los innumerables rasgos compartidos de alcance «supranacional», más que componer un programa científico futuro, obligan ya en el presente a la «tarea de colocación de la Historia jurídica de España en su marco europeo».

En cuanto a los contenidos, la denominación oficial de la asignatura se plasma con fidelidad, en buena parte de esta literatura, en el estudio de las fuentes y en el examen de las instituciones, con cierta propensión formalista tanto en un caso como en otro, y con abierta preferencia, en el segundo bloque, hacia las de naturaleza «político-administrativa». Para orientar la exposición, se sigue además la triada ya sugerida de «formulación, aplicación y comentarios del Derecho»<sup>109</sup>.

Es en contraste con este tenor expositivo más o menos compartido donde emergen las singularidades. Quisiera destacar al menos tres, antes de lanzar una provisional hipótesis genealógica.

En primer lugar, se han planteado conceptos de la asignatura con una inusualmente trabada fundamentación filosófica, desde la que proponer un recorrido por la sucesión de «*sistemas jurídicos*» acontecida en la experiencia española<sup>110</sup>. Aparte de su ubicación científica en la «Historia total», tres rasgos –al menos– distinguen este acercamiento respecto del más legalista: primeramente, el partir de «la inserción del elemento jurídico en cada una de las formaciones sociales históricas»; en segundo término, una comprensión compleja de esas mismas formaciones sociales, con su dimensión económica y su dimensión institucional y cultural, ambas en permanente y recíproca interrelación; y, en tercer lugar, el atender, ante todo, a la «mutación» de las «estructuras jurídi-

<sup>107</sup> GACTO, E.; ALEJANDRE, J. A., y GARCÍA MARÍN, J. M.<sup>a</sup>, *Manual básico de Historia del Derecho*, 12-4.

<sup>108</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 152 (161 y 211 para citas siguientes).

<sup>109</sup> De todo ello da buen ejemplo ESCUDERO, J. A., *Curso de Historia del Derecho*, 40-1. Se dice *cierta* propensión formalista, pues no faltan en su caso significativas aproximaciones a la «Estructura económica» y «social» de los siglos XVI y XVII (663-99) o consideraciones de este tenor proyectadas sobre todos los tramos.

<sup>110</sup> *Vid.*, al respecto, GARCÍA MARTÍN, J., «Desafíos que permanecen: Una aproximación al concepto de historia del derecho en José Manuel Pérez-Prendes», *Seminarios complutenses de Derecho romano*, 30 (2017), 77-135.

cas» que propicia al final la sucesión de sistemas, relevo que no puede producirse entonces por mera reforma legislativa, consistiendo más bien en la manifestación jurídica de los más profundos y decisivos procesos de transformación socioeconómica, reconducibles a unas regularidades históricas que se denominan como «*leyes de mutación*». Con un objeto así considerado, la historia jurídica permitiría «apreciar el juego de las cuestiones sociales, económicas, ideológicas, etc. en la vida del derecho», el modo en que «la estructura jurídica y el sistema jurídico vienen dados por ellas» o la manera en que éstos las moldean y condicionan<sup>111</sup>.

Una segunda excepción o alternativa la representa por un motivo parecido, y otro diferente, la versión docente de Tomás y Valiente. Su genuino rasgo diferencial –auténtica ruptura en su momento, persistente singularidad a día de hoy– lo suministran dos aspectos: en primer lugar, sus proporciones cronológicas, con un manual que dedica trece temas sobre treinta y cinco (algo más de un tercio) a época contemporánea, y que incorpora plenamente el sistema constitucional republicano y alcanza la Constitución de 1978 en materia territorial; y, en segundo, su especialización temática, con capítulos dedicados al derecho administrativo y laboral. Aun con menor elaboración conceptual que la opción de Pérez-Prendes, pero con mayor eficacia didáctica, también cabe singularizar su aportación respecto del contenido temático ortodoxo por su comprensión socializada del derecho en la historia. Frente a la pretensión de considerar el orden jurídico pretérito como un objeto autosuficiente, capaz de explicarse por sus solas claves formales endógenas, Tomás y Valiente ponía el derecho pasado en íntima conexión con los «conflictos de intereses entre los individuos y grupos de individuos» provocados por la «división del trabajo» o la de sexos, por la dispar «acumulación de bienes y de poder» y, en fin, por las situaciones generadoras de «desigualdad» y consiguiente confrontación. Esto le llevaba a estimar insuficiente el acercamiento al derecho histórico limitado a su «núcleo normativo y técnico», entendiéndolo indispensable, para dar cuenta cabal del mismo, la incorporación de su aspecto cultural –o de «legitimación»– y de sus conexiones con el «poder político» y con los conflictos sociales<sup>112</sup>.

La tercera viene a exceptuar, en realidad, las dos primeras, pues tanto Pérez-Prendes como, de forma más flexible, Tomás y Valiente, partían para su exploración histórico-jurídica de una noción preconcebida del derecho como compuesto de normas «con carácter coactivo»<sup>113</sup>, o «imperativo»<sup>114</sup>. Con la exposición de Bartolomé Clavero sobre el *ius commune* europeo –publicada por vez primera en 1979– esta preconcepción se pone en suspenso por el propio

<sup>111</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 100-1, 108-9, 122-8 y 133. Ya apunta su autor que se trata de una aproximación recibida (aun perfeccionada) de su maestro Manuel Torres López, proscrita de la historia jurídica española durante largo tiempo por ucuse de García Gallo.

<sup>112</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 937-9.

<sup>113</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 97.

<sup>114</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 936.

desmentido al que obliga el asunto examinado<sup>115</sup>. Está aún muy viva aquí –en sintonía con las concepciones socializadas, no institucionales, de Pérez-Prendes y Tomás y Valiente– la importancia atribuida a la «función social» que vino a desempeñar el derecho común: «la de fundar un orden donde pu[dier]an integrarse tanto el mercado como el poder político sin subvertirse las instituciones señoriales». Aquella doctrina proporcionó así el «marco» adecuado para la «coexistencia de los diversos poderes entonces existentes» –reyes, pontífices, señores laicos y eclesiásticos, corporaciones– «sin subordinarlos absolutamente entre sí, [toda] vez que, por la inviabilidad de una jerarquización del género, ninguno de entre ellos [...] p[odía] establecer por vía ‘legislativa’ [...] los fundamentos del orden vigente». Se estaba, pues, en un momento en que no era el poder político, con su soberanía y monismo, al que le cabía establecer y fijar el sentido de «la *lex*», tarea solo asequible para «la *interpretatio*» jurisprudencial en un contexto de pluralidad de potestades<sup>116</sup>. Esto explicaría que, con semejante marco de coordinación disponible, los poderes citados solo se verían así obligados a *crear* derecho «en una mínima medida», dadas las soluciones armonizadoras que ya dispensaba la propia «doctrina del *ius commune*».

Pero la excepción, y la línea de fuga por la que se abrirá una nueva concepción, la daba el hecho cultural de que ese derecho común apareciese a los actores políticos «como un hecho de naturaleza –*ius naturale*–, no sujeto al arbitrio de las fuerzas sociales». Reténgase el dato de que Clavero introducía la crucial matización desde la presunción de mayor racionalidad del presente desde el que se contempla esa particularidad pasada, dando por hecho entonces que tales funciones sociales de coordinación desempeñadas por el *ius commune*, hoy discernibles racionalmente de modo retrospectivo, pasaban por entonces desapercibidas para sus protagonistas, que «no [eran] enteramente conscientes» de aquellos «mecanismos». Lo decisivo ahora es que, justo por su estatuto y finalidad, los principios jurídicos propios del *ius commune* carecerían por necesidad «de la fuerza absoluta de obligar que, políticamente, puede corresponder al ‘derecho positivo’ actual», lo cual conllevaba la posibilidad siempre abierta de alegar «una *causa* para sustraerse al imperio del derecho», no como patología o disfunción del mismo, sino como «una de las más importantes garantías» de la coordinación no jerarquizada de potestades que el propio derecho común procuraba.

De este modo, se abría la compuerta a la historia de un derecho que no cabía en la preconcepción habitual que del derecho mantenía casi toda la historia jurídica. Entraba en escena una historia cultural de las normatividades sociales no necesariamente coercitivas al modo hoy aceptado, como sistema de normas coactivas apoyadas en una autoridad estatal reconocible. Aquel sistema de principios, aquel imaginario jurídico, sustentado por una pluralidad de potestades, articuladas de forma flexible a través de claves interpretativas eminente-

<sup>115</sup> Para las siguientes referencias, salvo anotación especial, *vid.* CLAVERO, B., *Derecho común*, 13 y 41-3.

<sup>116</sup> Aspecto en el que insistió en CLAVERO, B., *Historia del Derecho: Memoria*, 1979, p. 192, su memoria de cátedra que maneja gracias a Mercedes Rodríguez-Piñero.

mente doctrinales, mal respondía entonces al concepto preliminar –por muy provisional que fuese– de derecho mantenido por la mayoría de la historia jurídica. Uno de sus objetos centrales y fundamentales, el *ius commune*, de tanta importancia además para la configuración jurídica peninsular, introducía así, a través de las páginas de Clavero, una problematización de los postulados epistemológicos mantenidos por la mayor parte de la manualística, imponiendo, por su propia fisonomía, nuevos derroteros analíticos.

## V. TRAZADO GENEALÓGICO

Recapitulemos. Hemos tomado como referencias datadas de finales del pasado siglo las que han seguido utilizándose, hasta ayer mismo y con bastante vigor, para la formación histórica del jurista actual. Se ha adelantado que esta última línea de fuga histórico-cultural estaba abierta ya en 1979. Pero es datación compartida. De ese mismo año es la primera versión del manual de Tomás y Valiente. Ya en 1973 daba a la imprenta Pérez-Prendes la «parte general» de su tratado, que volvería a editarse con amplia introducción en 1978 y aparecería como parte general de *Curso* en su cuarta edición de 1984. Algo posterior en apariencia es el *Manual básico* de Gacto, Alejandro y García Marín, que tuvo, sin embargo, una primera versión como *El derecho histórico de los pueblos de España* en 1982 (acompañada de una selección de textos primeramente publicada en 1983); además, este manual procede parcialmente de la colección sevillana de *Temas de Historia del derecho* donde se alojaba el *Derecho común* –y el *Derecho de los reinos*– de Bartolomé Clavero, en la que Alejandro publicó su volumen sobre *Derecho primitivo y romanización jurídica* (1979), Gacto el suyo sobre *Derecho medieval* (1977) y ambos los dos tomos dedicados al *Derecho del constitucionalismo y la codificación* (1979). Aunque no ha sido citado, por no alcanzar edición en el presente siglo, en los años ochenta se publicaba otro manual fundamental, el de Aquilino Iglesia, que, como seguidamente veremos, también cuenta con meditada prosecución discipular a día de hoy<sup>117</sup>. Por último, el muy difundido *Curso* de Escudero vio la luz por vez primera en 1985, entroncando buena parte de sus postulados y contenidos con uno de los tratados matrices de la materia, justo el más difundido en los años 1970 y primeros 1980 en que vemos emerger toda la literatura mencionada, el de Alfonso García Gallo, a quien no por casualidad va dedicado («A don Alfonso García-Gallo, maestro de historiadores del Derecho, en testimonio de admiración y respeto»).

Con el recorrido realizado, creo que podemos arrojar alguna conclusión provisional, útil solo al propósito de plantear posibles alternativas. Parte decisiva de las nociones hoy circulantes sobre la historia del derecho español, descontado el antecedente fundacional de García Gallo, y el curso, también entonces disponi-

<sup>117</sup> IGLESIA FERREIRÓS, A., *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, Barcelona, Signo, 2 vols., 1987-88.

ble, de Rafael Gibert<sup>118</sup>, se produce entre la segunda mitad de la década de los 1970 y la primera mitad de los 1980. Con la mirada puesta la mayoría de las veces en la tradición, a la que se pretendía revisar y rectificar, pero no subvertir, se constituyó en ese ciclo una serie de concepciones en torno a la disciplina como materia de docencia que, en buena medida, siguen inspirando contenidos y orientación en la actualidad, aunque alguna excepción sin legatarios existe, como se dirá y se sabrá. En este sentido, y a modo exclusivamente de hipótesis de trabajo, podrían identificarse al menos seis líneas genealógicas, con sus particulares variantes, y todas con versión manualística presente<sup>119</sup>.

1. Destaca y predomina aún hoy una concepción de la historia del derecho –como materia de docencia– caracterizada por los siguientes elementos: *a)* su amplia cronología, con dedicación proporcional y francamente menor al intervalo contemporáneo; *b)* tomar como sujeto colectivo de la experiencia histórica al pueblo (comunidad, nación, colectividad geográfica) español(a); *c)* partir de una preconcepción positivista –legalista– del derecho como conjunto de normas positivas coactivas, apoyadas en alguna autoridad política identificable, que organizan o posibilitan el orden en sociedad; *d)* entender las instituciones jurídicas como articulación normativa de un *hecho social básico*, de carácter natural e imperecedero, inherente al ser humano individual y viviendo en sociedad, pero con exteriorización legal cambiante a lo largo del trascurso histórico; y *e)* combinar en su tratamiento la materia jurídica y la institucional así concebidas, dando congruente preferencia a contenidos dogmático-formalistas, aun sin omitir los histórico-sociales a modo de contextualización, y concediendo prioridad a la identificación y descripción de las fuentes normativas del derecho y a la dimensión legal de las instituciones.

Si esta línea encuentra una inspiración fundamental en los trabajos de García Gallo, tiene su jalón central en el *Curso* de José Antonio Escudero, procediendo de aquí una orientación clásica que en la actualidad es reproducida, o al menos adaptada en cierta proporción, por exposiciones como las de Javier Alvarado o Ignacio Ruiz<sup>120</sup>. Ahora bien, salvo su conservación parcial en algunos libros de texto, debe indicarse que el hilo conductor de explicar la época altomedieval por formarse en ella el «derecho nacional», y la contemporánea por empezar a sufrirse «la desnacionalización del derecho español», que solo se detendría gracias al «Movimiento» de 1936, capaz de retornar «el sistema jurídico» a los fueros de «la conciencia nacional»<sup>121</sup>, desaparece por entero desde el propio curso de

<sup>118</sup> Genealógicamente procedente, a su vez, del manual de Galo Sánchez: GIBERT, R., *Historia general del Derecho español*, Madrid, s. e., 1974.

<sup>119</sup> No debe apartarse de la vista aquí el estudio inspirador de TOMÁS Y VALIENTE, F., «Escuelas e historiografía en la Historia del Derecho español (1960-1985)», en Clavero, B.; Grossi, P., y Tomás y Valiente, F. (a cura di), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè, 1990, I, 11-46 (25-37).

<sup>120</sup> Quien reconoce la ascendencia de García Gallo, Escudero López, Aguilera Barchet y Pérez Bustamante: RUIZ RODRÍGUEZ, I., *Curso de Historia del Derecho y de las Instituciones españolas*, 5.

<sup>121</sup> GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, 111.

Escudero<sup>122</sup>, e incluso es invertida por Sánchez-Arcilla al considerar la época contemporánea como de «triumfo del derecho nacional».

2. Este canon tradicional se ve quebrado con diferentes grados de intensidad por introducir una comprensión socializada –más que legalista o formalista– del derecho pasado a reconstruir. En función de la envergadura de las distancias tomadas a este respecto, y de los fundamentos teóricos de partida, podríamos identificar, al menos, tres canales de desenvolvimiento de esta separación relativa.

El primero de ellos, que tiende con mayor nitidez a inscribir el fenómeno jurídico en su contexto histórico-social y económico, lo situaría en la literatura escolar producida por los discípulos de José Martínez Gijón, Gacto, Alejandre y García Marín; notoriamente actualizada, alcanza hoy al manual suscrito por Manuel Torres, María José Collantes, Miguel Pino y María Jesús Torquemada, que no por casualidad dedican a aquellos «nuestros Maestros», reconociendo explícitamente la deuda contraída con *El Derecho histórico de los pueblos de España*<sup>123</sup>.

El segundo de ellos, si comparte en buena medida casi todos los rasgos citados –cronología, objeto nacional, derecho coactivo, hechos sociales básicos, tendencia legalismo institucional, proyección de categorías estatistas hacia el antiguo régimen–, se articula sobre la base de una elaborada filosofía de la historia y de un refinado análisis estructuralista, que hace estallar el corsé tradicional para proporcionar al final una economía expositiva de carácter alternativo. Abierta esta historia de los sistemas jurídicos en primer término por Pérez-Prendes –bajo la reconocida influencia de su maestro Manuel Torres López– se puede apreciar su relevo en los manuales de Magdalena Ruiz o, para la historia de las instituciones, Remedios Morán.

Y, por último, debe mencionarse la completa interpretación de Aquilino Iglesia, configurada también sobre un molde legal-estatista, atento esta vez a la variada continuidad de la tradición jurídica romana en la Península, que tiene en el manual coordinado por Max Turull su síntesis didáctica actual.

3. Compartiendo buena parte de los elementos tradicionales, pero revisando a fondo al menos dos de ellos, encontramos la noción postulada por Tomás y Valiente. Alteró por completo la cronología, dejando un espacio entonces inédito tanto a lo contemporáneo como a lo especializado, e inscribió de forma resuelta y con mayor intensidad el fenómeno jurídico-institucional en las relaciones sociales. Su concepción de las instituciones jurídicas en función de los conflictos de intereses que las alumbran y dan sentido, el hecho de que tales conflictos aparezcan claramente mediados por la pertenencia de clase y la razón de la desigualdad, y la circunstancia de que tales fricciones continúen después tanto en la impugnación social de las propias instituciones como en su espacio

---

<sup>122</sup> Que de hecho se adaptaba más al *Curso* de 1946 de García Gallo que a su *Manual* de 1959: TOMÁS Y VALIENTE, F., «Escuelas e historiografía», 33.

<sup>123</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 15, aunque ya se verá que, a mi juicio, no es la única inspiración.

interior, no es que tome distancias, es que pertenece ya a otra, opuesta tradición, la que renuncia a la idea de la institucionalización de esencias naturales. Así, pese a la permanencia en esta versión de un concepto trascendente, positivista del derecho y del marco epistemológico estatalista, con ella arrancó, a mi juicio, una línea de comprensión y elaboración de la asignatura bien diferenciada, con potencialidades aún por explotar.

¿Encontraron tales posibilidades desarrollo? Me parece que, de forma cumplida, no<sup>124</sup>. Es decir, carecieron de actualización por la senda marcada, aunque no de emulación, síntesis o incorporación fragmentaria, ni tampoco faltaron líneas paralelas y afines. Cuando hoy se sostiene que «la aparición de una norma jurídica [...] obedece siempre a la existencia de unos previos conflictos de intereses entre los individuos o grupos de individuos que conforman una sociedad», colisiones desatadas en torno a cuestiones como la «propiedad de las cosas, la división del trabajo [o] la acumulación del poder»<sup>125</sup>, creo que se están compartiendo postulados inicialmente puestos en consideración para nuestra asignatura por Tomás y Valiente. E igual acontece, a mi juicio, cuando se denuncia cómo la historia jurídica de orientación institucional cumplió «una función legitimadora del Derecho vigente, al pretender demostrar que determinadas categorías e instituciones jurídicas son naturales», y se aspira por consiguiente a «una historia jurídica explicativa y no meramente descriptiva o legitimadora» a través, sobre todo, de la conexión «del Derecho pretérito» con «los contextos político, ideológico, económico y cultural»<sup>126</sup>.

Notoria resulta asimismo la proximidad, explicada en esta ocasión más por afinidad de planteamiento que por descendencia académica, cuando se localizan «las claves de la historia del derecho», no en «las leyes –las normas escritas generales–», sino en las «fuerzas o poderes sociales» –«estamentos, clases dominantes, élites»– agazapados tras las instituciones encargadas de producir e imponer el derecho<sup>127</sup>. Pero diría que en este caso se da un paso más allá, hasta llegar a una convicción que no podemos encontrar en el manual de Tomás y Valiente: y es que, en la perspectiva de Peset, tan intensa resulta su vinculación con los sectores hegemónicos, que el derecho que se reconstruye en el pasado no sería, como la versión convencional nos relata, un factor de ordenación de la sociedad, sino un instrumento de dominación social.

4. En un comienzo, había elementos más que suficientes para la sofisticación de la línea socializada también en los trabajos de Bartolomé Clave-

<sup>124</sup> No lo tuvieron porque, como ahora se dirá, pronto emergió y se expandió el paradigma histórico-cultural: GARRIGA, C., «Mientras tanto. El Manual de Tomás y Valiente: una obra de y para la transición», en Alonso Romero, M.<sup>º</sup> P. (ed.), *Francisco Tomás y Valiente: memoria y legado de un maestro*, Universidad de Salamanca, 2016, 49-73.

<sup>125</sup> TORRES AGUILAR, M., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho*, 19-20.

<sup>126</sup> LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 21, con una distribución temática y una cadencia cronológica visiblemente inspirada en el de Tomás y Valiente.

<sup>127</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 16.

ro<sup>128</sup>, quien, además, desde bien pronto vino a descargarla de enojosas proyecciones estatalistas<sup>129</sup>. Sin embargo, las indagaciones de Clavero pronto –desde finales de los 1980– se desplegarían con preferencia por el terreno histórico-cultural a la busca de normatividades sociales, dejando entonces obsoleto el panorama anterior por manifestar «un entendimiento más político que cultural» de su asunto central, el de los modos de producción pretérita del derecho. En efecto, frente a una enseñanza histórico-jurídica mayoritariamente centrada en fuentes legales «tenidas por españolas», y en unas instituciones jurídicas sustanciadas en su dimensión formal, el profesor de la Hispalense advertía en sede significativa –el *Centro per la storia del pensiero giuridico moderno*– el hueco a cubrir:

Entre fuentes e instituciones está la cultura, este factor de mentalidad y técnica, de pensamiento y práctica, que, si nos interesa realmente un derecho pretérito, puede ofrecer no solo penetración en unas particularidades, sino también y sobre todo inteligencia de un conjunto, del sistema que formaran. Es la dimensión que falla, que prácticamente ni comparece en esta docencia<sup>130</sup>.

Una docencia que incluía entonces también la que entrañaba el manual de Tomás y Valiente. Para quienes se adscribieron entonces, o poco después, a esa «historia *cultural* del derecho», el manual de Valiente compondría entonces una foto fija de la disciplina en «un momento transicional», durante el cual comenzaba a trascenderse la orientación institucional a través de una perspectiva más materialista, la cual, sin embargo, estaba siendo, a su vez, rebasada por «la alternativa radical a la historia del derecho tradicional» planteada «a escala europea» y desenvuelta «por la vía de *lo cultural*». Y en esa nueva concepción «mal podrían caber las preconcepciones que sostienen el *Manual* de Tomás y Valiente»<sup>131</sup>, al fin y al cabo deudoras ellas mismas de la tradición de la que pretendía separarse. Por eso, quien ingresaba en nuestra materia como profesor numerario «en los primeros años noventa» en la línea metodológica sugerida por Clavero, aun siendo consciente de que los «trabajos» de Valiente «no seguían los caducos cauces disciplinares de los que [se] quería huir», también tenía claro que no «recorr[ía]n las vías más fecundas para lograr la renovación

<sup>128</sup> Por eso, con la mirada probablemente puesta en ese ciclo primero de la obra de Clavero más que en el posterior (o en el último, que tiende más a conectar con el primigenio), se puede caracterizar hoy su planteamiento como aplicación de «un método sociológico a un objeto de conocimiento que concibe el derecho histórico como un elemento más de las estructuras o formaciones sociales», ALVARADO PLANAS, J., *et. al.*, *Manual de Historia del Derecho y de las Instituciones*, 22.

<sup>129</sup> Sobre esta descarga epistemológica, mas también sobre su desplazamiento desde la historia social a la cultural, permítaseme la remisión a MARTÍN, S., «Bartolomé Clavero y la deconstrucción del Estado nacional como categoría historiográfica», en su *Obra dispersa*, I: *Historia de las instituciones*, Sevilla, Athenaica, 2022, IX-LXIX.

<sup>130</sup> CLAVERO, B., «Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia en el derecho», en Grossi, P. (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Milano, Giuffrè, 1992, 365, 367-8.

<sup>131</sup> Son consideraciones de GARRIGA, C., «Mientras tanto. El *Manual* de Tomás y Valiente», 69-70.

que [se] estimaba necesaria»<sup>132</sup>, vías mejor representadas por los nombres de Hespanha, Petit, Clavero o Grossi<sup>133</sup>.

Fue justo esa comprensión «cultural» la que, más en sus investigaciones monográficas que a través de una exposición de conjunto, promovería Bartolomé Clavero –junto a los profesores recién citados–, encontrando notable seguimiento en una generación ulterior. Ya para entonces, en la literatura escolar del profesor sevillano, se encontraba una matriz atendible para organizar las enseñanzas histórico-jurídicas, con un relato de los *derechos propios* bastante más atento de lo habitual al juego de las potestades y una exposición del *ius commune* oscilante entre su función sociopolítica y su dimensión cultural<sup>134</sup>, a lo que vendría a sumarse, poco después, un recorrido urgente, bien informado y didácticamente útil por la *historia constitucional de España* con el que realizaba una doble declaración de intenciones docentes: la de dedicar prácticamente la mitad de la asignatura a la historia jurídica contemporánea, en el entendido de que era la única manera de realizar una historia congruente de los orígenes y desenvolvimiento del derecho *español*<sup>135</sup>, y la de hacerlo con la lupa puesta en la frágil integridad de los derechos en nuestra experiencia constitucional<sup>136</sup>, justo en un momento en que estos se acababan de recuperar y comenzaban, por fin, su camino de consolidación.

Con la suma de estos tres textos se conformaba una –parcialmente– nueva historia del derecho *español*. La plasmación escolar completa de la visión cultural, ya bastante elaborada a principios de la década de los 1990, se planeó, pero no llegó más que a proyecto y a un feraz esbozo. En efecto, en 1992 se publicaba, con significativa dedicatoria «A Paolo Grossi, maestro general», el primer tomo de un *Curso general de historia del derecho* suscrito por Bartolomé Clavero bajo el título de *Institución histórica del derecho*, al que habrían de seguir los volúmenes de António Hespanha, Carlos Petit y Jesús Vallejo. No llegaron, pero se dispone de esa inicial aproximación epigramática que, más que libro de uso estudiantil, resultaba ser una guía de uso principalmente docente, pues es el profesor quien encuentra en sus páginas, condensadas, a veces solo sugeridas, y en inusual combinación de síntesis e intensidad, las líneas interpretativas con que dar cumplido desarrollo a sus clases.

En este primer estrato publicado, se encontraban en potencia contenidas al menos tres vías de evolución: a) la antes citada visión cultural, que permitía contraponer tres grandes paradigmas, concepciones o momentos en torno a lo jurídi-

<sup>132</sup> VALLEJO, J., «Tomás y Valiente a destiempo», 106, coincidiendo con Garriga en la calificación del «momento de la historia de nuestra disciplina» que viene a representar el manual de Valiente como «de transición», en Alonso Romero, M.ª P. (ed.), *Francisco Tomás y Valiente*, 105.

<sup>133</sup> VALLEJO, J., «Paratonía de la historia jurídica», en Id., *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2014, 81-120.

<sup>134</sup> Me refiero a CLAVERO, B., *Derecho de los reinos*, Universidad de Sevilla, que acompañaba a su *Derecho común* ya citado en la serie citada de *Temas de Historia del Derecho* debida a la escuela de Martínez Gijón.

<sup>135</sup> CLAVERO, B., «Reforma de las enseñanzas universitarias en España», 394.

<sup>136</sup> Tal es, de hecho, el patrón analítico utilizado a priori en su *Historia constitucional de España*, Madrid, Alianza, 1989.

co: la «cultura del derecho» propia de tiempos premodernos, caracterizada porque el ordenamiento se considera ya establecido de antemano antes de la intervención de cualquier poder temporal; un «cambio de cultura» que, a través de grandes fracturas revolucionarias, revisaba, e incluso subvertía los postulados de la civilización jurídica anterior; y lograba engendrar al final una «cultura de los derechos», de la cual se derivaría una necesaria y funcional ordenación de los poderes en época ya constitucional; *b*) la desnacionalización del asunto a tratar en la docencia, al menos en dos sentidos: primero, por la complejidad internamente plurinacional de *Hispania*, pero, segundo y sobre todo, por la fisonomía transnacional de las culturas examinadas, obvia en el caso del *ius commune*, pero también evidente por las latitudes –inglesa, americana, francesa– en que comenzó a gestarse el aludido «cambio de cultura»; la disciplina, a escala docente, se abría así con plena conciencia a una «historia jurídica europea» que permitía «la apertura de horizontes, la suelta de lastres doctrinales, la posibilidad de superación de las distorsiones nacionales»<sup>137</sup>, conservando de todos modos una perspectiva preferentemente española, sobre todo en el apartado de historia constitucional; y *c*) la condensación del elemento *crítico* de esta historia jurídica, no solo en su restitución de la *diferencia* de las culturas pretéritas respecto de las vigentes en la actualidad, sino también en su lectura a contrapelo de tales culturas pasadas, por esclarecerlas a la luz de otra cultura, devenida entonces en parámetro apriorístico de análisis: la de «los derechos subjetivos» o «derechos de libertad» que, por entonces y con toda razón, se quería preservar; a su través, los paradigmas jurídicos pasados resultaban entonces examinados –aun tácitamente– en su grado de conculcación, anticipación, preparación o consecución de esa cultura atemporal de los derechos de libertad<sup>138</sup>, y su relevancia fundamental –con su desafío permanente de la «construcción del *law* a partir del *right*»– es lo que hacía terminar el recorrido en el arranque de las concepciones universalistas de los derechos humanos<sup>139</sup>.

Historia de la cultura jurídica europea, realizada desde una intensa perspectiva ética, tal podía ser la denominación de aquella otra línea que, reforzando el aspecto cultural y el europeo, pero debilitando el ético de los derechos –atributo finalmente, ante todo, personal de Clavero–, precipitaría, veinte años después, en el *Manual* coordinado por Marta Lorente y Jesús Vallejo, no casualmente dedicado «A Pipo».

5. Dijimos que había también visiones alternativas a la ortodoxa o clásica que quedaron sin legatario identificable, aun cuando sus certeras y refinadas

<sup>137</sup> CLAVERO, B., *Iniciación histórica al derecho*, Madrid, Marcial Pons, 1992, 155, aun anotándose «su riesgo», procedente de la función anclar de aquella historia jurídica europea respecto del «proyecto político de construcción de Europa».

<sup>138</sup> Véanse, como ejemplo, sus consideraciones sobre Inglaterra –con un *common law* como expresión de «cultura ciudadana» o un *natural right* que «ya es libertad subjetiva», aun indicándose su convivencia con «unos supuestos de exclusión de otras naciones y de discriminación dentro de la propia»– o los Estados Unidos –con su «poder constituyente [...] planteado por la defensa de unos derechos»–: CLAVERO, B., *Iniciación histórica al derecho*, 70-5 y 143.

<sup>139</sup> *Ibid.*, 143-5. En relación a este Curso general de historia del derecho, debe señalarse que la parte correspondiente a A. M. Hespanha fue prácticamente concluida, en una «versión no definitiva» suscrita en Lisboa, en el año 1995, con el título *El derecho como orden*.

sugerencias salpiqueen la casi totalidad de la manualística. Me refiero, como se habrá adivinado, a los manuales de Jesús Lalinde, de dificultoso uso escolar, pero que retaban al especialista a seguirle en el mayor intento de sistematización operado en la disciplina<sup>140</sup>.

Su aproximación también partía del concepto atemporal de derecho como ordenamiento coactivo, mas reservaba ya la cualidad estatal para la organización institucional contemporánea, y, sobre todo, su aportación constructiva respondía a ciertas habilidades realmente singulares: por un lado, trituró todo el material operativo para la visión tradicional, para, descompuesto en sus unidades mínimas de sentido, reordenarlo, no conforme a un patrón expositivo cronológico, sino de acuerdo a un elaborado sistema conceptual; por eso, allí donde la disciplina apenas se había despegado narrativamente de los materiales que utilizaba, Lalinde tomaba distancias a través de la acuñación de conceptos capaces de denominar realidades, procesos y estructuras, de notable virtualidad heurística, por tanto, y con posibilidad ya de circulación y uso entre el resto de especialistas; pero su articulación novedosa de la materia no solo obedecía a la limpidez «conceptualista» o a la abstracción sistemática, sino también a una sensibilidad especial ante la mediación estructurante de la cultura –del «pensamiento jurídico»– y, sobre todo, ante las formas de dominación social, económica, religiosa o sexual amparadas históricamente por el derecho; y además, aunque su versión didáctica tomase como punto de referencia la realidad peninsular, sus conclusiones, en buena medida debido a sus preocupaciones éticas, apuntaban ya a la realización de una historia jurídica que tomaba como sujeto a la propia «humanidad». Así, aunque la aparente complejidad externa de su ordenación cerrase las posibilidades de un relevo personal en bloque, las formulaciones e interpretaciones de Lalinde siguen hoy presentes, aun difuminadas, en la práctica totalidad de la literatura histórico-jurídica de uso docente.

## VI. ¿HAY NECESIDAD DE RENOVACIÓN?

### VI.1 CONCLUSIONES PROVISIONALES

De la reconstrucción ensayada de la manualística publicada desde principios de siglo, y de su procedencia genealógica, cabría extraer al menos tres conclusiones.

La primera es el relativo anquilosamiento de la disciplina a nivel docente. Los tiempos de la reflexión científica son pausados, y la aptitud para volcar los resultados en el plano didáctico son aún más dilatados, pero no puede menos que llamar la atención el hecho de que los contenidos que en su mayor parte nutren la disciplina a día de hoy se hallen mayoritariamente congelados o detenidos en

<sup>140</sup> Véase LALINDE, J., *Iniciación histórica al Derecho español*, Barcelona, Ariel, 1970, y, sobre todo, *Derecho histórico español*, Barcelona, Ariel, 1983 (con primera edición de 1974, y una postrera, cuarta, de 2001), su primer capítulo sobre «las ideas jurídicas» o su reconstrucción de los «factores de discriminación social» en su variada naturaleza.

la última reconstitución disciplinar, esa que tuvo lugar hace en torno a cuarenta o cincuenta años. No sé si la «sintonía asombrosamente civilizada» que exhibía la manualística disponible a principios de los 1990 –coincidente en «un mismo patrón cronológico (de la Dama de Elche al Código civil), de contenido (una *historia fontium* con alguna apertura a las “instituciones político-administrativas”) y filosófico [(el legalismo estatalista proyectado epistemológicamente hacia el pasado)]»<sup>141</sup>– sigue del todo vigente, pues a la vista están ampliaciones, desplazamientos y demás fisuras que parecen deteriorar el consenso antes existente. Pero sí falta, salvo las excepciones reseñadas, la pretensión razonada de querer desechar el canon tradicional, para operar un cambio de estilo, de contenidos y de orientación que ofrezca a los estudiantes una formulación por entero distinta de la asignatura.

La segunda, y consecuente, se refiere a cierto inmovilismo en los postulados, a la permanencia de las autoridades, a la fijeza de los problemas de partida. Si los contenidos apenas se han visto retocados, aunque sí resumidos, si la mayor parte de ellos trae causa de manuales de los 1970, 1980 o como mucho primeros 1990 –limitándose muchas veces a una síntesis o adaptación, como se reconoce en las introducciones, e incluso en las portadas, y solo en alguna ocasión ampliando o desarrollando líneas entonces pergeñadas–, las premisas metodológicas, los debates teóricos, las bases epistemológicas que servían para fundamentarlos, pautarlos y comunicarles coherencia tampoco se han visto revisados, actualizados o problematizados. El objeto nacional preponderante, el que siga siendo en su mayoría historia del derecho *español*, acaso haya cerrado alguna oportunidad para el replanteamiento, ciñendo los debates y polémicas a los mantenidos en los decenios constitutivos por parte de nuestros maestros. Y el que su composición para la docencia sea acusadamente genealógica, como revela el baile elocuente de dedicatorias, teniéndose a la vista el manual del maestro de la escuela correspondiente a la hora de confeccionar el propio más que las últimas aportaciones monográficas realizadas en los asuntos tratados y en otros pujantes, acaso haya impedido también cierta oxigenación, tan necesaria para acometer cambios. Repárese además en que es debilidad también manifiesta en su versión cultural, cuyos epígonos más entusiastas, como se ha observado, dan por planteada una «alternativa radical a la historia del derecho tradicional» entre los 1980 y los 1990, que, como hemos visto, habría sepultado la incipiente noción socializada, sin anotar siquiera la posibilidad de que, a su vez, más de tres décadas después, mudadas por completo las coordenadas de presente desde las cuales se produce el discurso historiográfico, ese mismo culturalismo se muestre ya incongruente, desfasado o, aún peor, dogmatizado, reproducido acríticamente mediante clichés.

La tercera y última es la relativa incomunicabilidad entre planteamientos. Cuando esta se produce, se obstruye la posibilidad de que los estudiantes puedan conocer la discrepancia de posturas en que consiste también, y muy particularmente, el saber histórico-jurídico, al que se acercan con la rudimentaria imagen

---

<sup>141</sup> La descripción irónica pertenece a PETIT, C., «Segundo testimonio», en Grossi, P. (a cura di), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno*, 413-4.

refleja de una ciencia que da cuenta sin más de la verdad pasada. Pero con esta fosa –por fortuna decreciente– que separa literaturas académicas entre sí se pierde también la oportunidad factible de un aprendizaje mutuo, pues, en sus versiones reflexivas y más elaboradas, las opciones disponibles en la historia del derecho como materia de docencia pueden aportarse bastante mutuamente, tanto en el plano de las informaciones como de las concepciones de partida.

Con semejantes conclusiones a la vista, cabe preguntarse si cumple plantearse una revisión a fondo de los contenidos de la disciplina en su versión docente básica. Hay motivos bien fundados para sostener que la relativa homogeneidad y codificación de contenidos, y su perduración en el tiempo, son signos de buena salud académica, pues revelan una disciplina de contornos bien definidos, sólidamente institucionalizada, con un campo de análisis ya estabilizado. Desde este punto de vista, el fenómeno de continuidad sintetizadora entre los manuales presentes y los que contribuyeron a la última constitución disciplinar no sería síntoma de estancamiento, sino solo de adaptación de esa asignatura consolidada a un nuevo espacio académico más estrecho –por menor carga horaria– y destinado a otro público –estudiantes con una formación cultural de base por lo general menor–.

Pero esas mismas conclusiones también pueden abonar un parecer opuesto. Si se entiende que la docencia universitaria debe trasladar didácticamente a las aulas los resultados de las últimas investigaciones, la permanencia de giros, proporciones y contenidos puede aparecer ya como una anomalía. Si la manualística debe en algún sentido reflejar el avance de la investigación, si la propia producción científica se ha de caracterizar por ser un movimiento acumulativo de novación incesante, que parte del saber acumulado para señalar nuevos horizontes, trazar nuevas líneas de indagación y alcanzar nuevas conclusiones, entonces la continuidad sintetizadora comentada revelaría cierta parálisis requerida de algún remedio. Es más, lo que aparecía como virtud, esos contornos bien acotados y los temas de un modo u otro prefijados, puede revelar una fisonomía impropia de tiempos en los que impera la libertad científica, y, por tanto, la pluralidad de visiones sobre un mismo objeto, máxime cuando tal objeto, en contraste con el resto de asuntos propios de las materias de derecho positivo, no viene dado con necesidad por una determinada región del ordenamiento. Y si la homogeneidad de pautas y temas resulta hasta cierto punto una circunstancia problemática, habrá entonces que interrogarse acerca de su procedencia. Por otro lado, si se mantiene una concepción dialéctica de la producción de ciencia social, la cual entraña la necesaria congruencia del propio discurso con el momento cultural en que se produce<sup>142</sup>, se convendrá en que los contenidos, formatos y claves que pudieron tener sentido entre los ochenta y primeros noventa casan malamente con la situación vigente a día de hoy. Ahora bien, lo que resulta más decisivo a este respecto es la percepción compartida por buena parte de los miembros de la comunidad iushistórica española acerca del arrinconamiento que nuestra materia sufre en cuanto de

---

<sup>142</sup> ADORNO, T. W., *Introducción a la dialéctica* (1958), Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2013, 34-5.

reelaborar los planes de estudios se trata, como si se cerniese sobre ella la sospecha de constituir un saber inútil para el estudiante del que se podría por entero prescindir<sup>143</sup>.

Los argumentos que apoyan la conveniencia de renovar los contenidos docentes de la disciplina, operando cierta desconexión respecto de la última refundación disciplinar en lo que hace a su didáctica, podrían ser entonces los siguientes: cabe preguntarse por los orígenes del canon explicativo clásico todavía difundido, e interrogarnos sobre su congruencia con tiempos constitucionales y democráticos; debemos asimismo inquirirnos sobre cuáles son las últimas líneas de desenvolvimiento en nuestro ámbito, para ver si de algún modo u otro las llevamos a nuestra docencia; tendremos igualmente que calibrar la correspondencia de los contenidos habituales con la presente situación cultural; y, por último, cumple colocarnos en el lugar de nuestros destinatarios, los estudiantes, para identificar cuáles son los motivos de que la comunicación sea precaria, o, por explicarlo del revés, cuáles podrían ser los puntos de conexión que posibilitarían una mejor interlocución. Aun con suma brevedad, desgranemos cada uno de tales argumentos en favor de una empresa de renovación.

## VI.2 REFUNDACIÓN DISCIPLINAR EN LA DICTADURA

Con independencia de los lastres que pueda arrastrar desde su mismo establecimiento originario<sup>144</sup>, la relativa uniformidad disciplinar, cuando la hay, puede que remita a su constitución franquista. Como aconteció en el resto saberes jurídicos, también la historia del derecho «realmente existente» cuando se aspiraba a su reformulación en tiempos de transición procedía de «la destrucción golpista de instituciones culturales con apropiación de sus activos», desde su órgano principal hasta buena parte de las cátedras —«el escalafón se modificó drásticamente»<sup>145</sup>—. En efecto, con «la guerra civil muchas cosas cambiaron» también en nuestra disciplina; colocados en «el primer plano» de la materia «García Gallo, Álvaro D'Ors y el P. López Ortiz»<sup>146</sup>, los

<sup>143</sup> Este parecer fue repetidamente formulado en el I Congreso de la Sociedad Española de Historia del Derecho, celebrado en Madrid los días 28 y 29 de octubre de 2021, al que se hará mayor referencia.

<sup>144</sup> Contamos ahora con una reconstrucción plena de aquellos arranques, que nos permite apreciar mejor los errores, mitificaciones y contrastes, pero también el valor de algunos empeños pasados: PETT, C., «Rafael de Ureña como historiador del derecho. Escuelas, maestros, codificación, historia del derecho», en Rafael de Ureña, *Una tradición jurídica española*, Madrid, Universidad Carlos III, 2020, 9-103 (46-65 91-101). Sin olvidar el trabajo que abrió brecha en tiempos en que aún no se hablaba de «memoria»: VALLEJO, J., «La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira» (1998), en *Id.*, *Maneras y motivos en Historia del Derecho*, Madrid, Universidad Carlos III, 2014, 57-79.

<sup>145</sup> CLAVERO, B., «Francisco Tomás y Valiente y la historia del derecho como profesión», en Alonso Romero, M.<sup>a</sup> P. (ed.), *Francisco Tomás y Valiente*, 15-47 (18). Para el asunto, resulta de consulta obligatoria MARTÍNEZ NEIRA, M., «Los catedráticos de la posguerra. Las oposiciones a cátedra de historia del derecho español en el primer franquismo», *CIAN*, 6 (2003), 135-220.

<sup>146</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 34.

modos se estrecharon, las alternativas potenciales se bloquearon, y la uniformidad impuesta por la dictadura en toda la cultura encontró también su manifestación histórico-jurídica.

Hay que plantearse entonces sí, aun diluida ya en una multiplicidad de dedicaciones individuales hasta cierto punto inconexas, la delimitación del objeto histórico-jurídico para uso docente conforme a unos patrones culturales dominantes en la dictadura pervive todavía entre nosotros, y si lo hace del peor modo posible, esto es, de modo inconsciente. Realizando una simplificación esquemática de este recorte, podría decirse que opera del modo siguiente:

Se da por entendido que «la vida del hombre en la sociedad» requiere siempre de «un orden»<sup>147</sup>, y justo la función que el derecho desempeña en cualquier momento de su historia es la de buscar, posibilitar, «imponer ese orden en ella»<sup>148</sup>. Allí donde existan normas jurídicas vinculantes impuestas por una autoridad reconocible y consentida que persigan ordenar la sociedad, ahí tendremos el derecho que estudiar e investigar, para después difundir en las aulas. El modo en que tal derecho surge, se ha sugerido ya: existirían «hechos sociales básicos», vinculados a una naturaleza humana imperecedera, que encuentran siempre una regulación jurídica externa, cristalizada en instituciones. Justo esto es lo que nos permitiría distinguir «un núcleo permanente en todos los ordenamientos»<sup>149</sup>, un trasfondo esencial continuo, con expresiones institucionales diversas en lo accidental, pero coincidentes en su remisión a una esencia precedente fundamental. Desde esta perspectiva, el derecho, esto es, el objeto de nuestra investigación en el pasado y el asunto de nuestra docencia actual, «presenta[ría] sobre un núcleo uniforme y persistente unas formas variables»<sup>150</sup>. Sería este juego de las esencias cristalizadas institucionalmente el que habría de ser reconstruido por una historiografía jurídica autodenominada, justamente, como «institucional», en oposición a la «dogmático-conceptual», que concibe la historia jurídica como sucesión de «sistemas» más o menos autorreferenciales, y a la «cultural», que reduce el derecho a una manifestación cultural tan susceptible de cambios como cualquier otra.

El autor principal de este planteamiento, Alfonso García Gallo, maduró intelectualmente en un momento muy preciso de la historia de los saberes jurídicos en España. Justo en los años treinta del siglo pasado, en neto contraste con las concepciones iusnaturalistas, románticas y organicistas procedentes de la Restauración, se comenzó a producir un cambio notable de mentalidad que contaba con dos frentes complementarios: la concepción del derecho como expresión de cultura, y el cultivo de la ciencia jurídica como dogmática de gran

<sup>147</sup> Se trata del pórtico de García Gallo a su manual, afirmación sobre la que, con toda razón, SERRANO, A. «La rata en el laberinto o la historia como observatorio jurídico», *AHDE*, 62 (1992), 675-713 (698), indica que «se trata más de una presuposición que de un hecho empíricamente verificado».

<sup>148</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Historia del Derecho español*, 12.

<sup>149</sup> GARCÍA GALLO, A., «Historia, Derecho e Historia del Derecho», 26.

<sup>150</sup> GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho*, 31.

refinamiento conceptual<sup>151</sup>. La aparente dualidad era políticamente coherente: de un lado, se trataba de integrar el derecho en la cultura, a fin de hacer inteligible su efectivo carácter mutable con el fin de legitimar la posibilidad misma de su transformación; de otro, se trataba de colocar al jurista en una posición subordinada respecto de la elaboración parlamentaria o estatal del derecho, atribuyendo a su tarea una virtualidad sistematizadora que habría de servir para informar, como saber técnico, los mejores caminos que el poder político debía tomar a fin de conseguir sus propósitos regulativos. Se procuraba, en concreto, hacer comprensible cómo el derecho, en todos sus aspectos –del constitucional al familiar, del civil al penal o mercantil– podía estar dando acogida a contenidos que, hasta hacía bien poco, se consideraban contrarios al orden natural. Y se intentaba asimismo permitir que la ciencia jurídica colaborase, en cuanto técnica racional, a esa labor de transformación de las instituciones tradicionales. Reténgase además que la reintegración cultural del derecho obedecía no solo al propósito de hacer inteligible el carácter esencialmente mutable de las regulaciones, sino también a una finalidad política: la defensa de que su modificación debía responder al grado de acumulación cultural alcanzado en una sociedad dada, justo en el momento en que ese avance cultural lo representaban en España unas capas populares bien organizadas, de ambicioso programa socializador igualitario, completamente descreídas respecto de la jerarquía eclesiástica oficial, y eficazmente representadas en la esfera pública por una minoría intelectual europeizada.

La orientación institucional de García Gallo, el hecho de que se decantase con claridad contra la acepción dogmático-conceptual, pero, sobre todo, contra la posible comprensión historicista y cultural del fenómeno jurídico, no es indiferente a esta situación de los saberes jurídicos en la que él mismo se formó. Y a la que puso fin el resultado de la «guerra civil». A partir de entonces, con el fin de «restaurar el orden jurídico universal» bien salvaguardado por «el genuino Derecho natural» (escolástico), se quiso liquidar del todo aquellas «doctrinas “sucedáneas” del Derecho natural» que, «propagadas [en realidad] por el positivismo jurídico», lo habían descrito como «un Derecho potencial o ideal que recoge y da expresión a las relativas y variables idealidades ético-sociales, dominantes en un pueblo o en un tiempo determinado». Estas corrientes, que de «Derecho natural» no tenían por lo visto «más que la etiqueta»<sup>152</sup>, habían contado además con una presencia fecunda y germinal en la propia historiografía española del derecho de la mano de Rafael Altamira, en cuyas reflexiones metodológicas se ponía precisamente especial énfasis en el carácter cultural,

<sup>151</sup> Entre algunos otros textos donde abordo el particular, permítaseme recomendar, por su vocación de síntesis, MARTÍN, S., «La modernización del discurso jurídico en la Universidad Central», en González Calleja, E., y Ribagorda, A. (eds.), *La Universidad Central durante la Segunda República*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2013, 169-214 (198-213).

<sup>152</sup> Han sido siempre expresiones de CASTÁN, J., «En torno al Derecho Natural (Esquema histórico y crítico)», *Universidad. Revista de cultura y vida universitaria*, XVII, núm. 2 (abril-junio, 1940), 222-5, 234-5, 245-8, 251 y 254.

cambiante y popular del derecho<sup>153</sup>. Si en todas las disciplinas jurídicas se había cerrado esta posible vía de comprensión, García Gallo fue el encargado de clausurarla en la nuestra.

Además de «la separación [que promovía entre el] factor jurídico [y] los diferentes contextos históricos socioeconómicos que le dan sentido», esta noción tuvo como consecuencia colateral «la tajante incomunicación establecida durante varios decenios entre los historiadores del Derecho español y los grandes debates intelectuales» europeos en el marco de las ciencias sociales<sup>154</sup>. Y «el silencio» y «el aislamiento» fueron sus actitudes oficiales no solo ante los desafíos procedentes del extranjero, sino también ante la respetuosa e incitadora impugnación que recibió en casa desde la incipiente historia social y económica<sup>155</sup>. La citada tradición encarnada por Rafael Altamira, con sus tempranas y atinadas consideraciones metodológicas, y con sus ulteriores persecuciones discipulares<sup>156</sup>, se vio así cancelada por entero, habiendo podido constituir, con su «historia de la percepción del derecho», el sólido precedente desde el que poder seguir desarrollando una alternativa a las constricciones legalistas y los presentismos, inspirando con ello a la posterior sensibilidad histórico-cultural<sup>157</sup>.

Se trata de serias desviaciones debidas al autoritarismo con las que se enfrentaron los profesores que, en los años 1960 y 1970, se formaban en aquel «estricto juridicismo». Incluso sus propios discípulos, egresados en los 1980, todavía lo padecían como paradigma mayoritario. La ley de reforma universitaria de 1983, en un contexto de proliferación de universidades y cátedras, y sin que se hubiese producido en la disciplina histórico-jurídica democratización paralela a la experimentada en otras materias vecinas<sup>158</sup>, potenció al parecer una deriva que Pérez-Prendes calificó de «devaluación del Gallismo Vulgar Degradado», fenómeno caracterizado por el «predominio cuantitativo de pseudo-profesores de escasísima calidad» y «capacidad para la conceptualización jurídica»<sup>159</sup>. La política universitaria expansiva habría facilitado así «la consagración de personajes de cuya formación nada

<sup>153</sup> ALTAMIRA, R., *Historia del Derecho español. Cuestiones preliminares*, Madrid, Lib. Victoriano Suárez, 1903, desde el propio comienzo.

<sup>154</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 247.

<sup>155</sup> Por parte de Vicens Vives: PESET, M., *et. al., Lecciones de Historia del derecho*, 35-7, de quien tomo lo de «estricto juridicismo». Se trata de referencias e indicaciones puestas de relieve hace tiempo: PESET, M. y J. L., «Vicens Vives y la historiografía del derecho en España», en Scholz, J.-M. (Hrsg.), *Vorstudien zur Rechtshistorik*, Frankfurt a. M., Klostermann, 1977, 176-262.

<sup>156</sup> Alguna de ellas reconstruida hoy enteramente en su aspecto biográfico: VALIENTE OTS, M., *José María Ots Capdequí. El americanista de la Segunda República*, Sevilla, Renacimiento, 2022.

<sup>157</sup> VALLEJO, J., «La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira», 61, 75 y 78.

<sup>158</sup> Tengo presente, por ejemplo, la experimentada en filosofía del derecho, con el desplazamiento de Francisco Elías de Tejada y la ocupación del centro de la escena por autores como Elías Díaz o Gregorio Peces Barba: *vid.* FERNÁNDEZ, E., «La política desde una asignatura: el Derecho Natural», en Mora, A. (ed.), *La enseñanza del derecho en el siglo xx: homenaje a Mariano Peset*, Madrid, Dykinson, 2004, 181-214.

<sup>159</sup> PÉREZ-PRENDES, J. M., *Historia del Derecho español*, I, 247-8.

consta[ba]»<sup>160</sup>, garantizándose la continuidad, e incluso la expansión de un concepto docente de la materia que para algunos aparecía ya como «irrecuperable»<sup>161</sup>. Así, los que se iban «incorporando» como profesores numerarios a la historia del derecho a mediados de los noventa, «casi sin darse cuenta, junto con las primeras lecturas», se instruían en «una determinada imagen de la historia jurídica», justo la institucional convertida en norma tras la guerra por García Gallo. La incómoda convivencia entre «una ortodoxia marcadísima y diversas heterodoxias marginales» estaba entonces en vías de superarse<sup>162</sup>, pero su reflejo acaso continúe proyectándose, no tanto sobre el campo de las investigaciones, ya multiplicadas en un abanico inapresable de líneas, como en el terreno de la docencia.

Reténgase cuál es el plano argumental: nada se formula acerca de la inclinación ideológica personal de quien encuentra aún hoy atendibles las premisas de la versión institucional de nuestra materia. Solo se reconstruye el contexto en el que se convirtió en la noción oficial excluyente y cuáles fueron sus consecuencias. También se recuerda que la «orientación institucional» constituyó entonces una doctrina jurídica de radio general<sup>163</sup>, que presumía la existencia de formaciones sociales naturales –como la atracción de los sexos para la «reproducción de la especie», o las relaciones de posesión de los hombres sobre las cosas a los efectos de satisfacer sus necesidades–, que el derecho habría regulado ya, de forma estable y secular, con instituciones como «el matrimonio, la filiación legítima, la autoridad marital y paternal», de un lado, o la «propiedad capitalista individual», de otro<sup>164</sup>. Se quiere sugerir con ello la tensión abierta entre este planteamiento epistemológico y un contexto jurídico democrático, donde los institutos jurídicos son susceptibles de modelarse sin vinculación alguna a esa supuesta trama de esencias naturales. Basta pensar en las familias sin fundamento matrimonial o en los matrimonios celebrados sin fines reproductores, ambos con su correspondiente registro normativo, para calibrar el grado radical de mudanza que el derecho puede presentar para tutelar formas aleatorias de relación social, no remisibles a sustancia natural alguna.

No se está afirmando nada nuevo. La historia del derecho construida de ese modo institucional constituye un saber funcional a la naturalización de ciertas instituciones jurídicas, y a la legitimación consiguiente de un poder conservador, que se presenta a sí mismo como manifestación temporal del orden natural<sup>165</sup>. La conclusión que se quiere sostener es que cuando sea esta la inspiración, siquiera remota, de la docencia histórico-jurídica actual, vistos los orígenes de su generalización, cumpliría animar a someterla a revisión para fomentar la pluralidad de visiones y corrientes propia de los momentos de vigencia de libertad científica como fue el anterior a la guerra y lo es el presente.

<sup>160</sup> PETIT, C., «Segundo testimonio», 407.

<sup>161</sup> CLAVERO, B., «Reforma de las enseñanzas universitarias en España», 389.

<sup>162</sup> VALLEJO, J., «La secuela de Hinojosa y las cuestiones de Altamira», 78.

<sup>163</sup> Se conoce la genealogía, pero acaso no se extraigan las consecuencias: ALVARADO, J., «La historia del Derecho ante el siglo XXI», 674.

<sup>164</sup> HAURIUO, M., *Principes de droit public*, Paris, Sirey, 1916, 377-9 y 764.

<sup>165</sup> Muy justo aquí LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 19-21.

### VI.3 TRASLADO A LA DOCENCIA DEL PLURALISMO INVESTIGADOR

Más allá de ser la proliferación de puntos de vista y modelos explicativos lo más coherente con un sistema constitucional de libertades, se trataría de la consecuencia natural del necesario traslado al plano docente de la efectiva multiplicación de perspectivas ya operada en el terreno de las investigaciones particulares. No creo que haya de regir aquí la estrecha concepción que asigna a la docencia universitaria la transmisión de contenidos homogéneos en todos los centros de enseñanza superior. Si ya es discutible para el conjunto de las ciencias sociales y jurídicas, incluso las positivas, mucho más resulta en el caso de una disciplina de ámbito tan extenso como la historia del derecho. Tal visión debe además rehusarse por no corresponderse con los fines más propios de la enseñanza superior. No se trata en ella de transmitir unos datos relevantes a memorizar, con los que después profesionalmente operar, sino de instruir en una armadura conceptual para adiestrar formas de razonamiento adaptadas a la complejidad. En el caso de la historia jurídica, importaría, más concretamente, formar en la capacidad para el manejo de nociones técnico-jurídicas abstractas, promover la familiarización con la experiencia de la historicidad —de conceptos e instituciones—, incitar la comprensión de las complejas interrelaciones que precipitan en las formas jurídicas y poner en práctica la desmitificación de los lugares comunes. Pues bien, se convendrá que para estos fines instructivos sirven numerosos contenidos diferentes entre sí.

Justo los que se codifican en el terreno de las plurales investigaciones. El divorcio entre la proliferación temática y temporal de éstas y la relativa homogeneidad de los contenidos docentes representa así una disociación a superar. El reto puede acometerse, desde luego, llevando los resultados de la propia investigación sectorial —o incluso de las más afines y consideradas— al terreno de la docencia particular, pero quizá quepa una respuesta de mayor grado. Se trataría en este sentido más bien de pulsar cuáles son las líneas profundas que inspiran el actual despliegue investigador para, una vez identificadas, transportarlas al terreno docente. Aun a riesgo de simplificar, diría que tales líneas de desenvolvimiento son, al menos, las tres siguientes.

En primer lugar, una creciente desnacionalización del asunto de estudio, por resultar, en tiempos globalizados, cada vez más evidente la distorsión que supone utilizar las categorías asociadas al Estado nacional soberano (decimonónico) como canon epistemológico con el que descifrar tiempos pasados. Ya sea por aplicar «perspectivas globales» a asuntos locales<sup>166</sup>, o bien por abrir el propio objeto al «análisis comparativo»<sup>167</sup>, la historiografía jurídica como histo-

<sup>166</sup> En la fecunda línea promovida con éxito por DUVE, T., «Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive», *Rechtsgeschichte*, 20 (2021), 18-71.

<sup>167</sup> Basten algunas reflexiones historiográficas recientes al respecto: HALPÉRIN, J.-L., «Histoire comparée du droit», y HILAIRE, J., «Les horizons de la recherche historique en droit des affaires», ambos en Krynen, J., y d'Alteroche, B. (dirs.), *L'Histoire du droit en France. Nouvelles tendances, nouveaux territoires*, Paris, Garnier, 2014, 183-203 y 353-363 (361 ss.).

ria de un derecho nacional se ve muchas veces rebasada hoy por enfoques transnacionales que no hacen sino plasmar la dimensión transfronteriza que casi siempre han tenido los sistemas jurídico-políticos, las corrientes de pensamiento jurídico o las formas históricas de concebir y aplicar el derecho.

En plena sintonía con este vector desnacionalizador, cabe observar también, en segundo lugar, una atención igual de creciente a los órdenes normativos no reducibles a la clase jurídico-positiva, hasta el punto de haberse acotado el asunto de investigación más genuino de nuestra disciplina en el desentrañamiento de «regímenes históricos de normatividad»<sup>168</sup>. La regulación compondría un momento indispensable de tales regímenes, pero acompañado de otros momentos –prácticas, interpretaciones, principios– igual de cruciales para reconstruir por entero experiencias jurídicas pasadas. Obsérvese que desde semejante perspectiva se aprecian las carencias tanto de las aproximaciones marcadamente legalistas como también de aquellas otras que, por su antilegalismo, tienden a presentar el sistema jurídico decimonónico por el absolutismo de la ley, dejando a oscuras todos los fenómenos regulativos y disciplinantes, ya fuesen estatales o puramente sociales, que también existieron en él. A este desbordamiento del ordenamiento jurídico-positivo como objeto de nuestra reconstrucción acompaña, coherentemente, una proliferación de enfoques especializados, que ya indagan, desde perspectiva histórico-jurídica, en fenómenos relacionales como el trabajo, la familia, la criminalidad, el comercio o las luchas por el reconocimiento y contra discriminaciones por razón de sexo, raza o religión.

No es difícil observar que una y otra línea se explican porque el Estado constitucional, con su derecho por principios, y la globalización marcan por igual la agenda investigadora de nuestra materia. También se encuentra vinculada a razones de presente, concretamente a la constitución actual de subjetividad política a través de la identificación con determinadas tradiciones y relatos sobre el pasado, la tercera de las líneas de desarrollo: la creciente importancia de la época contemporánea, muy perceptible a nivel de presentaciones monográficas<sup>169</sup>, e incluso de ensayos pioneros en planes de estudio extranjeros<sup>170</sup>.

Podría concluirse entonces que, de aspirar a una docencia histórico-jurídica anclada a estos vectores, tendría que precipitarse en una exposición comparatista, o histórico-global, no legalista, con cabida para el relato de especialidades, y con preferencia por el tramo contemporáneo.

<sup>168</sup> Se debe nuevamente el impulso aquí a DUVE, T., «Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity», *MPI for Legal History and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 17 (2022), 7-X-2022.

<sup>169</sup> HALPERIN, J.-L., *Histoires contemporaines du droit*, Paris, Dalloz, 2020; LACCHÈ, L., *La Costituzione del Novecento. Percorsi storici e vicissitudini dello Stato di diritto*, Torino, Giappichelli, 2023.

<sup>170</sup> Me refiero a la asignatura de segundo curso ofertada en la Universidad de Florencia bajo el título *Novecento giuridico*, en evocación del homónimo libro de Paolo Grossi (Roma-Bari, Laterza, 2012).

## VI.4 CONGRUENCIA CON LA SITUACIÓN CULTURAL PRESENTE

La recomendable correspondencia de nuestra materia en su versión docente con las líneas que impulsan las investigaciones ha de completarse con su deseable congruencia respecto del momento cultural presente. Ciertamente es que esta relación de coherencia afecta sobre todo al plano de la metodología aplicada, siquiera de manera implícita, en la investigación. Pero también puede dejarse sentir en el terreno de la docencia. En ella pueden igualmente observarse los requerimientos derivados de poner en relación la materia de enseñanza con la situación cultural objetiva desde la cual se imparte. Tanto en una como en otra, en docencia como investigación, el profesional debe realizar un previo diagnóstico personal acerca de cuál sea dicha situación desde la que escribe, tarea que reclama «una larga preparación para recibir la problemática de su tiempo», para «conocer la síntesis de la cultura de [su] época»<sup>171</sup>. Del acierto en este diagnóstico sobre el *Zeitgeist* depende la sintonía que garantiza la comunicabilidad de los contenidos impartidos o difundidos, y su eficacia social. Y si en muchos casos resulta visible la fractura que media entre las disciplinas jurídico-positivas en su aspecto teórico-docente y la propia práctica del derecho<sup>172</sup>, habrá que interrogarse si esta falla afecta también a nuestra enseñanza.

De hacerlo, la inconsecuencia sería mayor en la que hemos visto llamarse «vía cultural», pues, consciente del «carácter ‘constructor’ o ‘creador’ del saber histórico»<sup>173</sup>, premisa central de la historiografía jurídica crítica ha sido desde sus comienzos la necesaria adecuación de su discurso a las coordenadas culturales vigentes. Mientras la concepción tradicional tiende a encarar su objeto como una entidad externa e inmóvil dada de antemano, la crítica subraya la mediación constitutiva del sujeto que lo conoce, por eso cada presente escribiría su propio pasado. Sin perjuicio de lo que se planteará más adelante sobre esta vía cultural, cabe ahora indicar que una de sus principales aportaciones, la renuncia a servirse del «Estado-nación» –soberano, centralista, burocrático– como categoría hermenéutica a través de la cual desentrañar el pasado del derecho y las instituciones<sup>174</sup>, goza de plena actualidad y se halla en creciente correspondencia con nuestros tiempos desestatalizadores y multipolares. Mas acaso no ocurra lo mismo con otro de sus postulados, el de que al historiador

<sup>171</sup> BACHELARD, G., *El compromiso racionalista* (1972), Madrid, Siglo XXI, 2005, 51.

<sup>172</sup> Baste pensar en el derecho constitucional y su vaciamiento efectivo, en los principios del derecho penal democrático y el populismo punitivista que inspira la legislación, en el proceso penal como garantía del imperio de la ley y la práctica procesal, impuesta por la sobrecarga de los tribunales, de la negociación, en un derecho administrativo de base reglamentaria para tiempos de *soft law* y agencias independientes, o en el derecho laboral como tutela del trabajador y su regulación individualista en interés empresarial. Podría decirse, en este sentido, que en la facultad se enseña muchas veces un nuevo derecho «natural», o «ideal», que el estudiante vería después desmentido en su práctica profesional.

<sup>173</sup> HESPANHA, A., «A Emergência da História», *Penélope*, 5 (1991), 9-26 (10).

<sup>174</sup> CLAVERO, B., «Institución política y derecho: acerca del concepto historiográfico de “Estado moderno”», *Revista de Estudios Políticos*, 19 (1981), 43-58; HESPANHA, A., «A historiografía jurídico-institucional e a “morte do Estado”», *Anuario de Filosofia del derecho*, 3 (1986), 191-228.

resulta inaccesible la realidad pasada por solo poder documentarla mediante las representaciones que, en el lenguaje y la cultura, la tematizaron.

Huyendo de dogmatismos marxistas, que veían en el texto una distorsión ideológica de la estructura social, se comenzó a tomar en serio el plano de las representaciones hasta convertirlo en ámbito autosuficiente de análisis. El desplazamiento se correspondía con un momento de máxima creencia en la pragmática universal del lenguaje y en la argumentación racional como procedimiento para lograr consensos<sup>175</sup>. Esta disposición filosófica se vinculaba a su vez a sociedades de alta homogeneidad económica, en las que se confiaba en la irreversibilidad de las conquistas sociales, lo que movería el centro de gravedad de los conflictos hacia disputas culturales, abandonando su habitual recinto socio-económico de colisión clasista a la busca de conquistas laborales. En alguna medida, flotamos todavía en esta constelación, lo que sigue haciendo congruente a la historia cultural, mas no puede ocultarse el regreso al centro de la escena, de la mano de una desigualdad y una precariedad galopantes, de las condiciones materiales de vida. Lo singular del momento presente es que esa situación de incertidumbre y vulnerabilidad económica, vivida en un contexto de máxima libertad moral individual –y también de máxima predeterminación colectiva–, forma parte ya de la propia experiencia del oficio académico, y desde luego de la futura profesional de buena parte de los estudiantes, lo que hace conveniente llevarla al registro de la exposición<sup>176</sup>.

Como el proceso histórico, salvo momentos excepcionales disruptivos, procede por acumulación, la dimensión constructiva y fundadora de la cultura sigue a la vista, pudiendo inspirar estudios historiográficos, pero también lo está, y cada vez más, su frecuente degradación a instrumento manipulable en la lucha por el poder, asunto también a dilucidar. La situación vigente propicia así el regreso a la dimensión conflictiva de las relaciones sociales, a su ordenación en virtud de la competencia para acceder a los recursos materiales, abandonando su dimensión consensual debida al lenguaje como medio universal capaz de dar cuenta dialógica, sin interferencias, de lo real. Y tal disposición analítica cabe aplicarla al terreno de la historiografía jurídica, en cuya versión docente, sea tradicional o cultural, estos factores pasan, por lo general, desapercibidos.

## VI.5 DESAFÍO COLECTIVO

Mas la correspondencia con la situación cultural presente no es argumento que promueva la renovación porque la dicte la noción dialéctica de la ciencia

<sup>175</sup> Hago referencia, claro, a HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Trotta, 2010, p. ej., pp. 42-3, definiendo «argumentación» sobre la presunta propensión intuitiva de alcanzar consensos.

<sup>176</sup> En realidad, forma parte de la experiencia desde la cual la nueva generación produce cultura en general. Véanse, por ejemplo, los versos de ACEBAL, R., «Hijos de la bonanza», en la antología de jóvenes poetas reunida por Clark, B., y Miguel, L. (eds.), *Cuando dejó de llover*, Madrid, Sloper, 2021, con muchas otras expresando idéntica situación, y procedente del libro homónimo de la poeta, XXXV Premio de Poesía Hiperión, o la letra de JORDANA B., «Cumbia B.», del álbum *Tú y Cuántos Más*, de 2022.

social. No es un motivo escolástico o dogmático el que funda tal pretensión. Es puramente pragmático, pues, como se ha insinuado, de tal adecuación depende la comunicabilidad de los contenidos a sus destinatarios, que los perciben entonces como factores de estímulo e interpelación, integrados en su universo de inquietudes y preferencias.

Hasta hace no demasiado tiempo, ni siquiera podía decirse que existiese entre nosotros «comunidad científica» de historia del derecho: «En España parece incluso impensable que los historiadores del derecho nos convoquemos y reunamos para el intento [de tratar sobre nuestra docencia]», se lamentaba Clavero<sup>177</sup>. La situación, por fortuna, ha cambiado. Contamos con una sociedad ecuménica de congresos regulares en los que poner en común las preocupaciones compartidas. Resulta elocuente que el primero de sus encuentros se interrogase precisamente sobre el sentido formativo de la historia jurídica en la universidad presente, planteándose su acotación «espaciotemporal» y los contenidos previstos en sus «temarios»<sup>178</sup>. Una de las principales preocupaciones puesta entonces de relieve coincidía justo con el desinterés estudiantil creciente en relación a los contenidos tradicionales. También flotaba el temor a la extinción ante un horizonte de reducción de los grados académicos a tres años. Circulaba, en suma, la inquietud por aparecer como un saber prescindible tanto para sus destinatarios como para nuestros colegas.

Tal preocupación difusa compartida es la mayor y mejor de las razones para afirmar la conveniencia de una renovación de la historia jurídica en el plano docente. La hipótesis aquí lanzada es que la dirección que esta revisión podría adoptar, para resultar social, cultural y académicamente relevante, debería apuntar tanto a los vectores que empujan la actual investigación como a los requerimientos procedentes de la situación cultural vigente. Las páginas que siguen plantean, desde el máximo respeto a las opciones de cada cual, dos tipos de alternativas a la docencia histórico-jurídica aún mayoritaria: una integrada en algunas de las corrientes ya difundidas y otra, con dos versiones posibles, separada ya de cualquier canon vigente.

## VII. ALTERNATIVA INTEGRADA

Recuérdese que reflexionamos siempre sobre la asignatura básica de primer curso, en el entendido de que se puede contar con una segunda, siquiera sea optativa, en la que poder explicar la genealogía institucional de las diferentes ramas jurídicas (del penal al internacional, del civil al mercantil o laboral)<sup>179</sup>. La primera

<sup>177</sup> CLAVERO, B., «Reforma de las enseñanzas universitarias en España», 385.

<sup>178</sup> Puede consultarse el programa de este primer encuentro en <http://www.sehd.es/congreso/i-congreso-y-asamblea/> (consultado el 20-IV-2023).

<sup>179</sup> Hay algún profesor que, no sin acierto, integra la materia constitucional en la asignatura básica tratando en ella de «Estructuras judiciales y proceso», «Derecho penal», «Persona», «Familia», «Propiedad», «Obligaciones y contratos» y «Sucesión». Me refiero a Pedro Ortega Gil, en la Facultad de Derecho de Santiago, a quien agradezco que me facilitara la referencia, visible en el sitio [www.usc.gal/histoder/](http://www.usc.gal/histoder/)

de las alternativas que paso a comentar se encuentra muy conectada con programas vigentes, como el ensayado en la Universidad Carlos III o el representado por la «vía cultural», abundan los nexos de unión con la sistemática y la sensibilidad de Tomás y Valiente, y debe algo a casi todas las versiones en circulación. Se concibe, pues, como un paso adelante o desplazamiento, sin desvinculación. Mas, para identificarla, realzando el contraste con el modelo aún mayoritario, podría afirmarse por las siguientes notas: no partir de preconcepciones respecto del derecho como fenómeno social, otorgar mayor proporción al tramo contemporáneo, desnacionalizar las problemáticas explicadas, no ordenando estas en torno a los cuerpos normativos o fuentes de creación, y adjudicar a ciertos asuntos clave – sociedad medieval, «Estado moderno», arranque constitucional, constitucionalismo liberal...– contenidos algo diferentes.

## VII.1 SIN PRECONCEPCIÓN DEL DERECHO

Ya se ha indicado que para hacer reconocible el asunto de nuestra materia se parte por lo general de una noción preconcebida del derecho como conjunto de normas coactivas impuestas por alguna autoridad, manifestadas habitualmente a través de leyes, costumbres o sentencias, y coincidentes en su función social de garantizar el orden, posibilitar la convivencia, coordinar los intereses o canalizar la dominación de unos sectores sobre otros. Constituye, sin embargo, cierta aporía «preconcebir lo que sea derecho al margen o por encima de la historia» que se reconstruye<sup>180</sup>. Se prefiere entonces «indagar primero el concepto o conceptos que del Derecho se dieron en la época de nuestro estudio», con la aspiración de no aplicarle la plantilla legalista indicada, sino de integrar en el análisis todos los «aspectos metajurídicos, técnico-normativos, axiológicos y sociológicos que comprenden el fenómeno jurídico» en cada una de sus concreciones históricas<sup>181</sup>. Se aspiraría así a instruir en los modos como se concibió y puso en práctica el fenómeno jurídico –y el ejercicio del poder por él legitimado– en cada uno de los ciclos históricamente significativos.

Esta acotación más flexible del asunto que se va a historiar resulta coherente con el hecho de que el derecho positivo que servía de fundamento tácito al canon mayoritario, compuesto de normas coactivas impuestas por la autoridad monista del Estado, es en buena medida ya, él también, una reliquia del pasado<sup>182</sup>, con lo que su retroproyección aparece aún más desenfocada que hace cuarenta años. Relativizando históricamente el concepto de derecho, a la

<sup>180</sup> GARRIGA, C., «Mientras tanto. El Manual de Tomás y Valiente», 71.

<sup>181</sup> Son consideraciones, susceptibles de suscribirse enteramente desde mi perspectiva, de SÁNCHEZ-ARCILLA, J., *Historia del Derecho español*, 12, las cuales, sin embargo, él mismo se encarga de poner seguidamente en suspenso al contrarrestar la historicidad del derecho con el supuesto hecho de que «su fin en la sociedad haya sido básicamente el mismo: imponer el orden en ella». El derecho oficial podía, en muchos sentidos, ser una fuente formidable de desorden.

<sup>182</sup> Por ser reemplazado en ámbitos neurálgicos por fenómenos de autorregulación transnacional: ESTEVE PARDO, J., *La nueva relación entre Estado y sociedad: aproximación al trasfondo de la crisis*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

busca de lo que por tal se concibió y lo que como tal funcionó en cada sistema, se abriría el campo de visualización: por un lado, se problematizarían conceptos jurídicos centrales –como los de ley, legislación o potestad legislativa–, restituyendo su significado preciso en épocas pasadas; por otro, se reintegrarían en la exposición normatividades sociales de índole en apariencia extrajurídica, pero de relevancia ordenadora ineludible.

De forma consecuente, podría también prescindirse, como hilo conductor de la didáctica, de la triada convencional de los modos de «creación, aplicación y explicación» del derecho, tras la cual sigue latiendo el concepto estatalista de creación del derecho por la ley, aplicación de la misma por los tribunales y transmisión de sus contenidos en las universidades. La propia fisonomía del fenómeno jurídico en el pasado impide la reconducción por razones obvias: ni podía localizarse momento creativo del derecho, ni sus plasmaciones escritas tenían esa virtualidad creadora, ni su concreción jurisdiccional resultaba distinguible de su presunta creación legislativa, ni el acto de la explicación se encontraba desligado de la propia producción normativa ni de la aplicación. Vuelve a tratarse, por tanto, de una plantilla preconstituida incongruente con el asunto que pretende dilucidar. Especiales distancias pueden tomarse además frente a la sola expresión –tan cara a nuestra materia– de los «modos de *creación*» del derecho, por comunicar inevitablemente la idea de la institución voluntarista unilateral de la normatividad jurídica, prefiriéndose la más adecuada para tiempos premodernos de modos de «determinación» del derecho vigente, o, más en general, la expresión de validez universal de «modos de producción y reproducción» del derecho. Descargada de connotación marxista, esta última tiene la utilidad de subrayar la evidencia de que el derecho se produce siempre, al menos en buena medida, sobre la base de elementos previamente disponibles en las relaciones sociales, e igualmente sirve para indicar que el derecho suele trazar determinados cauces de reproducción social, útiles para determinados grupos y prácticas, que son los que van además insuflando vida y continuidad al marco normativo del que se sirven.

## VII.2 ASIGNATURA DESNACIONALIZADA

Situado el nudo temático de la docencia en el ámbito de las concepciones o mentalidades pasadas en torno a lo jurídico, y de las prácticas institucionales a las que tales imaginarios informaban y prestaban cobertura, decae la validez de la acotación geográfica nacional de la asignatura, por no decir la delimitación demográfica en torno a ese imperecedero «pueblo español» que hemos visto invocar. Los dispositivos feudales y señoriales, la dinámica negociada del ejercicio del poder, la estructuración estamental y corporativa de la sociedad, la concepción jurisdiccional del poder, la potestad pública, la disputa entre las regalías y los derechos feudales, las nociones ilustradas y racionalistas, los principios de la soberanía nacional y la representación moderna, la forma jurídica del código, la propia figura del Estado liberal o la monarquía constitucional, la implantación de la administración pública, el modelo institucional republicano o los sistemas dictatoriales, por enunciar algunos de los asuntos tratados a lo largo de un curso

posible de historia del derecho, ninguno de ellos, abordado como problemática histórico-jurídica de índole general, como asunto de estudio del que extraer los rasgos fundamentales para su comprensión, se presenta como un fenómeno *nacional* o *español*. Por eso la delimitación tradicional aparece como un recorte no explicable por motivos de conocimiento, sino por la antigua función nacionalizadora asignada a la asignatura, potenciada en tiempos dictatoriales y aún hoy, quizá por inercia inconsciente, sostenida<sup>183</sup>.

Pero reténgase la orientación del planteamiento. No se argumenta contra la idoneidad de vincular la explicación de los contenidos, por afán de claridad o proximidad a los intereses del estudiante, a lo acontecido en *Hispania*. Se discute la conveniencia de continuar persiguiendo con semejante localización territorial un implícito propósito *nacionalizador*, de que el estudiante «conozca los hitos legislativos de su tradición nacional», para hacerlo partícipe de ella. La ubicación de cada problemática estudiada debería solo responder a su mejor rendimiento cognoscitivo. La identificación territorial, regional o nacional concreta de los fenómenos jurídicos podría ponerse así solo al servicio de su más cabal inteligibilidad. Habrá algunos, como los procesos revolucionarios, los primeros intentos codificadores o la construcción de la administración pública moderna, esencialmente ligados a una experiencia nacional específica, y habrá otros que cuenten con una implantación transfronteriza que imponga una exposición no ceñida a confines nacionales. O que los introduzca de modo ejemplificador y comparativo.

Justo a este título ilustrativo deberían hacer acto de presencia los asuntos circunscritos a la trayectoria hispana, o española, con la conciencia, como se ha sugerido, de que, entre los estudiantes, suele ser más acentuada la disposición a conocer lo que estiman como *propio* que a adentrarse en lo que entienden como *ajeno*. Ahora bien, si hace algunas décadas podía considerarse que una historia jurídica europea, debido al escaso desarrollo de las historiografías nacionales, componía más un *desiderátum* apetecible que un programa asequible, hoy contamos ya con vademécums manejables al respecto<sup>184</sup>, y hasta sintéticas enciclopedias con las que orientar cada presentación personal<sup>185</sup>.

Habría, pues, de prescindirse de la envoltura nacional-española con que todavía suele presentarse la materia tanto por congruencia con el asunto de la asignatura como por coherencia con el desarrollo científico alcanzado por la disciplina. Cosa bien distinta es que, a lo largo del curso, salga al paso el tema de *lo español* como objeto requerido, él mismo, de esclarecimiento histórico-

---

<sup>183</sup> O por convencimiento de la validez persistente de esta premisa preconstitucional: «El carácter nacionalista del Derecho, en cuanto éste es el ordenamiento que rige una colectividad determinada, constituye una de las notas jurídicas que se mantienen en nuestra disciplina»: GARCÍA GALLO, A., «Historia, Derecho e Historia del Derecho», 16.

<sup>184</sup> GROSSI, P., *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2008, con lúcidas «clarificaciones preliminares», 3-8. Hasta donde alcanzo a saber, es el libro de texto que, en su versión traducida, utiliza el profesor Faustino Martínez en su docencia en la Universidad Complutense.

<sup>185</sup> Pihlajamäki, H.; Dubber, M. D., y Godfrey, M. (eds.), *The Oxford Handbook of European Legal History*, Oxford UP, 2018. El gesto de repudiar la ampliación geográfica del ángulo visual que aspira a «una Historia universal del Derecho», o siquiera del «mundo occidental», apenas puede disimular en ocasiones la defensa tácita de la función nacionalizadora de la asignatura: GARCÍA GALLO, A., «Historia, Derecho e Historia del Derecho», 16-17.

jurídico. La articulación compuesta de las monarquías premodernas, con la lógica consiguiente de los derechos propios, suele dar ocasión, de hecho, para tratarlo. Y aquí se produce una segunda vuelta de tuerca en la desnacionalización de la asignatura en su plano docente<sup>186</sup>: si se prescinde de partir de un concepto a priori de lo español que ordene épocas y temas, se corrobora a posteriori que lo español, como parámetro nacional más o menos uniforme en su dimensión jurídico-institucional, resulta incongruente respecto del propio relieve del asunto examinado.

La condición intrínsecamente plurinacional y localista de la realidad institucional premoderna, con dinastías extranjeras reinando imperios multiculturales, con relaciones aristocráticas de matriz doméstica y alcance transnacional, y una vida cotidiana popular fijada hasta bien tarde, por pura limitación infraestructural comunicativa, en el horizonte local y comarcal, a la vez que enlazada por creencias y liturgias religiosas de dimensión transfronteriza, muestran, en general, la distorsión de aplicar retrospectivamente la categoría nacional (de acuñación decimonónica). Pero es que, en particular, el pluralismo institucional subsistente en la monarquía hispana hasta los mismos comienzos del siglo XVIII, o incluso la castellanización administrativa acometida en tiempo ulterior con claras pervivencias jurídicas regionales no eliminadas por la codificación, ponen en suspenso la habitual proyección de la españolidad del derecho y las instituciones, invalidan la pretensión de estar ante una variedad de ordenamientos particulares precipitados sobre un pueblo –nacional–unitario. Todo ello obliga a una precisión terminológica que comunique al estudiante la irreductible diversidad interna de lo que, desarrollado en *Hispania*, no casualmente se llamaban *las Españas*, o que le permita identificar la raíz de *lo español* con un concreto proyecto de hegemonización –castellana–operativo en el interior de una monarquía imperial de carácter plural. Con estas prevenciones, la «historiografía» divulgada en la enseñanza no cumpliría retrospectivamente con sus contenidos «el augurio» de ver a España fundada en un solo reino mucho antes de tiempo<sup>187</sup>; trataría más bien de dar cuenta de la constitución moderna, a partir de la década de los 1830, de forma llamativamente autoritaria y con emergencia simultánea a la del Estado, de la nación política española, entendida ya ésta en unos términos jurídicos e institucionales reconocibles en la actualidad<sup>188</sup>.

<sup>186</sup> La resignificación del sustantivo «desnacionalización», de carácter central y con orientación nacionalista, como sabemos, en la sistemática de GARCÍA GALLO, A., *Manual de Historia del Derecho español*, es deliberada y toma inspiración de la intervención de ARAGONESES, A., «Desnacionalizar la historia del derecho», en el primer encuentro de la Sociedad Española antes referido.

<sup>187</sup> Tal era la objeción que B. Clavero planteaba a la historiografía ortodoxa a este respecto nacional en «Anatomía de España: derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos», en Id., Grossi, P., y Tomás y Valiente, F. (a cura di), *Hispania: entre derechos propios y derechos nacionales*, Milano, Giuffrè, 1990, I, 47-86 (59), hoy en su *Obra dispersa*, I, 227-265.

<sup>188</sup> La remisión a los trabajos de Clavero, es de nuevo obligada en este punto: «Cortes tradicionales e invención de la historia de España» (1990), «Tejido de sueños. La historiografía jurídica española y el problema del Estado» (1995), en su *Obra dispersa*, I, 285-340 y 361-387, respectivamente, y las pp. XLVII-LIV de mi estudio para este controvertido asunto del carácter «nacional» español del asunto abordado por la disciplina.

### VII.3 NUEVA CRONOLOGÍA

Desaparecido el «pueblo español» como sujeto del que narrar sus avatares histórico-jurídicos, eliminada de la ecuación una *España* eterna presente desde tiempos primitivos o prerromanos o visigodos cuyo desenvolvimiento jurídico-institucional haya de explicarse, la cadencia cronológica puede también mudar. Si ahora marcan la pauta los propios fenómenos jurídicos con su fisonomía privativa, no solo impondrán un marco geográfico a la vez localista y transfronterizo, por situarse en esos planos lo más relevante desde el punto de vista histórico, sino también una concatenación cronológica congruente con las mentalidades sobre el derecho que se fueron sucediendo.

La distribución cronológica debería cumplir así con una doble validación: respecto del ámbito europeo occidental, solar de las problemáticas estudiadas, y respecto a las concepciones o «culturas» jurídicas que se fueron sucediendo. Y su recorte, en la alternativa que se propone, obedecería justo al lema inverso que vimos operar de «contar las cosas desde *el principio* o desde *el origen*»: se trataría más bien de poder llegar hasta «*el final*», en el convencimiento de que es lo que mayor interés podría despertar entre los estudiantes. Por eso el punto de arranque no podría ir más atrás –salvo puntualización o *flashback* indispensable para la cabal intelección del asunto– del momento de producción y difusión capilar del *ius commune*.

Habría, en efecto, que volver la mirada a unos tiempos de antigüedad tardía y alta edad media para contemplar la forja, a nivel europeo, de la sociedad feudal, con sus estratificaciones y dinámicas llamadas a perdurar en el fondo durante largo tiempo: la sumisión doméstica a potestades señoriales privadas de buena parte de la población, vinculada a la tierra y tratada como objeto; la fragmentación territorial con tendencia al mantenimiento de la propia tradición local; la particularidad de obtener las fuentes del poder socioeconómico de una renta feudal que no implicaba la plena propiedad de los medios productivos, y que imponía el control expansivo indirecto del territorio; la voluntariedad última de la subordinación al poder público por parte de los poderes territoriales, con las puertas permanentemente abiertas para ejercer el derecho de resistencia; la inserción de los núcleos corporativos y ciudadanos ligados al comercio en los mismos patrones jurídicos particularistas desenvueltos por las prácticas feudales; o la fundamentación historicista de los derechos y libertades, proporcionan así constantes y regularidades de largo arrastre que van a continuar de alguna manera imprimiendo su sello hasta el propio derrumbe de la sociedad premoderna.

Pero sería esta la que compondría, en puridad, una primera gran época del derecho europeo. Acotada ya como «antiguo régimen» sin más<sup>189</sup>, denominada también como la propia del «sistema jurídico de la recepción del derecho común»<sup>190</sup>, abarcaría los siglos XII a XVIII y compondría un intervalo jurídico-

<sup>189</sup> GARRIGA, C., «Orden jurídico y poder político en el antiguo régimen», *Istor*, 16 (2004).

<sup>190</sup> Por Pérez-Prendes y su escuela, como ya sabemos, cuyo último, excelente ejemplo se encuentra en MORÁN, R., y GARCÍA MARTÍN, J., *Historia de la Administración en España*, temas 7 a 11.

institucional, a nivel estructural y cultural, homogéneo. De ello se traerían dos consecuencias: no cabría introducir cesura relevante entre edad media y moderna, porque lo que a partir del siglo XVI se hace más extensivo, y sofisticado –las instituciones del gobierno regio, los aparatos de la «heteroadministración»<sup>191</sup>–, sigue desenvolviéndose por unos mismos raíles conceptuales y teleológicos; y no podría tampoco derivarse modernidad alguna de un derecho y una institucionalidad oficial armados enteramente sobre bases y estructuras sociales tradicionales. Nos encontraríamos más bien ante un orden jurídico *premoderno* –«pre-revolucionario» o «preconstitucional»– de fundamento tradicional, justo en relación al cual se autorrepresentó la «modernidad»<sup>192</sup>, se vino a legitimar lo «moderno»<sup>193</sup>.

Abarcar este gran intervalo histórico no entraña novedad alguna respecto de la manualística repasada. Tampoco la supone que, en su interior, se haga arrancar a mediados del siglo XVII un desplazamiento de signo racionalizador que en la monarquía española tendría más evidente expresión institucional desde principios del siglo posterior. Sin ánimo de incurrir en sobredeterminación teleológica, este último ciclo histórico, que va de 1648 a 1789, podría abordarse como una época de transición, sin desembocadura decidida de antemano, sin que los actores involucrados pudieran, pues, anticipar su desenlace revolucionario, pero en el convencimiento de que en ella latían ya elementos y tendencias que, revisando o impugnando la tradición recibida, activaban líneas novedosas de desenvolvimiento que, cargadas de destino, prefiguraban, indiciaban o imaginaban el futuro. Se pretende con ello escapar de una visión demasiado estadiza de los tiempos ilustrados, como si no fuesen más que, en lo esencial, reluctancia medieval, algo de lo que no se libra del todo la versión cultural. Si puede componer una imagen abonada en parte por la particular trayectoria hispana, y por el habitual carácter elitista y aislado del universo jurídico, no restituye con fidelidad la amalgama del momento.

Reconociendo singularidad propia a este tracto transicional –el que, hundiéndose sus raíces culturales entre 1580 y 1650, Foucault denominó como «época clásica»– se logra aumentar la visibilidad de lo moderno en un contexto en general premoderno. Pienso, por ejemplo, en lo que permiten ilustrar, incluso desde más atrás, Maquiavelo y las contestaciones plebeyas<sup>194</sup>, o los saberes prácticos

<sup>191</sup> Por expresarlo con MANNORI, L., y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, 20-22 y 36 ss.

<sup>192</sup> Sobre aquella «sociedad moderna», emergente desde los 1830, debida al «desarrollo industrial», los «inventos» y las comunicaciones, en la que los intereses económicos satelizaban toda actividad social, y ya consciente de sí misma y de su potencialidad progresiva, daba referencias iluminantes KRACAUER, S., *Jacques Offenbach y el País de su tiempo* (1937), Madrid, Capitán Swing, 2015, 82-87.

<sup>193</sup> Conocida es la imagen del siglo XIX como época de «plenitud» por pensarse a sí mismo «como la culminación del pasado»: ORTEGA Y GASSET, J., *Meditación de nuestro tiempo. Introducción al presente* (1929), en Id., *Obras completas*, VIII, Madrid, Taurus, 2017, 31-114 (99).

<sup>194</sup> Con Maquiavelo se inscribía la acción del gobernante en un contexto de plena indeterminación, donde no existía ya como referencia de legitimación la costumbre preexistente, con lo que ello supone de decaimiento de la validez explicativa, en lo que hace al esclarecimiento del ejerci-

de gobernación de poblaciones asociados a la razón de estado, dirigidos a controlar las disidencias, que afloran en los siglos XVI-XVII<sup>195</sup>. Su relevancia historiográfica consiente asimismo enfatizar el carácter híbrido que comienzan a tener las reformas institucionales acometidas en su trascurso, de las prácticas policiales, donde ya se hace presente la moderna y utilitarista biopolítica liberal<sup>196</sup>, a los primeros ensayos codificadores que abrían un «espacio jurídico común a todos los súbditos»<sup>197</sup>.

Se abriría después una segunda gran época del derecho, la calificada por Grossi como «modernidad jurídica», con su individualismo economicista de base, y las leyes generales y los códigos completos conformando el ordenamiento. Cabría a su vez distinguir una fase fundacional (1789-1815), una de hegemonía liberal (1830-1880) y otra (1880-1914) de resquebrajamiento de esa hegemonía, nuevo tiempo de transición que con el resurgimiento de los colectivos y la insuficiencia de la ley, comienza ya a prefigurar el tiempo posterior. En efecto, tras la Gran Guerra, se abrió para el derecho europeo una nueva era –la posmoderna, según nuevamente Grossi<sup>198</sup>–, por no haber ya, con su pluralismo, sus constituciones normativas, su intensa socialización jurídica y su descodificación, en el arquetipo de la modernidad. Y también aquí destacan fases con su propia relevancia: la propia de las repúblicas democráticas, de la alemana de 1919 y la austriaca de 1920 a la española de 1931; la de las dictaduras corporativas (Italia, Portugal, Primo en España) y totalitarias (el III Reich, la evolución italiana, el régimen franquista); y la recuperación del tracto democrático y constitucional en la segunda posguerra, con las adaptaciones desarrollistas y tecnocráticas inducidas en las dictaduras ibéricas hasta su dispar subida al proceso democratizador.

#### VII.4 MODELOS JURÍDICO-POLÍTICOS

Desnacionalizado el asunto a tratar, contemporaneizado buena parte del objeto examinado, y rehusado el preconcepto iuspositivista del derecho, también cabría minimizar la enumeración y descripción de fuentes e instituciones. La razón principal continuaría siendo de comunicabilidad con el estudiante. El aspecto que para ellos tiene la historia tradicional de las fuentes y las instituciones, con todos los detalles –fechas, nombres, elementos...– desplegados para situarlas, es el de un acarreo abrumador de datos a memorizar con fines de aprobar o de adquirir cultura erudita. Mejor centrarse en la transmisión de con-

---

cio del poder, de las categorías jurídicas tradicionales: vid. el clásico de POCOCC, J. G. A., *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, Madrid, Tecnos, 2017, 272.

<sup>195</sup> FOUCAULT, M., *Seguridad. Territorio. Población* (1978), Madrid, Akal, 2008, 229-270.

<sup>196</sup> *Ibíd.*, 296-324.

<sup>197</sup> HERNÁNDEZ MARCOS, M., *Tras la luz de la ley. Legislación y justicia en Prusia a finales del siglo XVIII. Un modelo de ilustración jurídica*, Madrid, Dykinson-Universidad Carlos III, 2017, 83, n. 12.

<sup>198</sup> GROSSI, P., *Mitología jurídica de la modernidad*, Madrid, Trotta, 2003, 36.

ceptos o fenómenos a comprender y asimilar, con el propósito de contribuir a su formación cultural de base. Y quizá el mejor modo de lograrlo, siguiendo aquí el ejemplo de Maurizio Fioravanti<sup>199</sup>, sea la identificación de figuras jurídico-políticas hegemónicas en cada una de las grandes épocas examinadas, tratando de poner énfasis no solo en la modélica coherencia interna de cada una de ellas, sino también en sus contradicciones inmanentes, capaces de comprometer su estable desenvolvimiento y de condenarlas al deterioro y remplazo final.

Esta exposición alternativa adoptaría, pues, un enfoque predominantemente iuspublicístico, que tendría su destilado principal en la identificación de varias figuras estatales sucesivas en la historia europea: i) los «estados territoriales» o «coordinadores», como trama institucional discontinua de naturaleza corporativa y feudal, y de alcance regulador sumamente limitado, vigente entre los siglos XIII a XVI, característicos de las monarquías compuestas por agregación de entidades preexistentes; ii) los estados fiscal-militares (o monarquías administrativas) de los siglos XVII-XVIII, constituidos sobre la base social e institucional anterior, aunque introduciendo correctivos notables (desaparición de las asambleas estamentales, por ejemplo), dotados de un aparato más sofisticado y capilarizado, con mayor capacidad disciplinadora, de regulación y de modelación social, todavía operativos sobre la sociedad heredada de cuerpos autónomos y renta feudal, y aún conformes a parámetros jurisdiccionales de gobernanación indirecta<sup>200</sup>; iii) los estados –ahora sí– *modernos*, liberales de derecho o administrativos, hegemónicos durante el Ochocientos, habitualmente plasmados en la forma de monarquías constitucionales, con una poderosa prerrogativa regia capaz de neutralizar por entero al legislativo, con ordenamientos codificados y actuación reticular del poder público a través de la nueva administración; iv) las repúblicas democráticas de entreguerras, forjadas en torno a los principios del corporativismo pluralista; v) las dictaduras, con señalamiento de sus fundamentos comunes –del integrismo nacionalista a la arbitrariedad congénita– y distinguiendo las corporativas que admitían cierto grado de dualidad de clases de las totalitarias por entero monistas y verticales en su disciplina de las relaciones sociolaborales; y vi) la democracia constitucional y su cultura de derechos, con sus dificultades de implantación, muy en especial en casos de pervivencia dictatorial.

El hilo aglutinador último de este planteamiento docente radicaría así en lo estatal, comprendido como principio de síntesis política, y si lo entendemos, claro, en un sentido acoplado a la fisonomía propia de cada sociedad política, sin autonomía respecto de ella. De todos estos modelos estatales sería característica una forma específica de vertebrarse la sociedad, de ejercer y legitimar el poder, y de concebir, producir y aplicar el derecho.

<sup>199</sup> Véase a este respecto, sobre todo, FIORAVANTI, M., «Estado y constitución», en Id. (ed.), *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, Madrid, Trotta, 2004, 13-43, con sus *tipos ideales* del «Estado jurisdiccional», el «Estado de Derecho» y el «Estado constitucional».

<sup>200</sup> Creo que es ejemplar la exposición que de los mismos se encuentra en MANNORI, L., y SORDI, B., *Storia del diritto amministrativo*, 102 ss.

## VII.5 REFORMULACIÓN DE HITOS

Los nudos problemáticos de la exposición se verían igualmente revisados. Detengámonos ante todo en los propios del antiguo régimen. La perduración del orden jurídico premoderno, y el retraso de la inflexión hacia la modernidad, se deberían a la prolongada vigencia de un tipo de estructuración social que habría que explicitar. No bastaría con mencionar la división de los estamentos y sus privilegios aparejados. Se trataría de ilustrar la composición corporativa de la sociedad, desde el propio rey como cuerpo político hasta cada entidad colectiva como cuerpo místico representado con metáforas teológicas de cuño organicista. Se trataría igualmente de desvelar el encofrado familiar de las repúblicas, con la identificación de una esfera doméstica fundamental para las prácticas de sujeción y disciplina de los sujetos. Y se trataría de todo ello porque, en buena medida, todo lo demás, desde la función de hacer justicia hasta la concepción material del derecho o la propia identificación de la capacidad jurídica del sujeto, procede de ahí, o depende muy directamente de eso.

En la medida en que aquella estructuración estamental, corporativa, feudal y doméstica no solo no se cancela, sino que en buena medida se potencia a partir del siglo XVI, deviene imposible entonces hablar de su articulación político-institucional de modo cualitativamente diferente al ya existente en tiempos bajomedievales. Pudo existir un perfeccionamiento orgánico, un alcance reticular mayor, una creciente lubricación de los engranajes, un acrecimiento de las tareas, pero operadas todas ellas sobre una base de concepciones y unos objetivos políticos procedentes de atrás. Todo ello ya se señala en numerosos manuales, pero siguen siendo habituales las referencias a la superación de los cuerpos intermedios, a la liquidación definitiva de potestades locales y señoriales, a la relación directa sin interferencia entre el rey y todos sus súbditos individuales, al virtual carácter ilimitado del poder soberano, que se encuentran en tensión con lo evidenciado por las fuentes, incluso si solo se utilizan *Los seis libros de la república* de Bodin.

Al no introducir disyunción entre edad media y moderna, tampoco cabe alusión a Estado «moderno» para esas fechas. Todavía es usual dar por hecha la emergencia de lo estatal en el régimen polisindial y por magistraturas territoriales ordinarias. Habiendo considerado la «modernidad jurídica» acontecimiento posterior, la figura del «Estado moderno», del «Estado propiamente dicho» como «Estado-nación contemporáneo» se reserva para la irrupción y construcción decimonónica<sup>201</sup>. ¿Impide ello utilizar la categoría hermenéutica de «estado» con carácter retrospectivo? Ya se ha visto que no. En principio, reconozco que no resulta nada recomendable, por el juego de proyecciones e identificaciones anacrónicas que desencadena en el estudiante, al igual que ocurre con el uso de términos afines como «burocracia», «funcionarios» o «centralización» para aproximarse a las instituciones de esos tiempos. Ahora bien, su utilización no es incorrecta si se realiza con una prevención: explicándose que no se está emplean-

---

<sup>201</sup> En plena congruencia con PRO, J., *La construcción del Estado en España. Una historia del siglo XIX*, Madrid, Alianza, 2019, 30.

do en su acepción sincrónica, como condición de la persona o como «gobierno de la persona Real, y de su Reino», sino como categoría historiográfica de acuñación posterior que describe una trama institucional capaz de vincular, con sus decisiones normativas, al conjunto de potestades y colectivos presentes en un territorio, y que pretende legitimarse invocando el bien común de los que habitan en el mismo<sup>202</sup>. Hecha la fundamental salvedad, la noción estatal puede resultar clarificadora, siempre que se rehúya de la ficción de un ente soberano abstracto capaz de apoderarse de la producción del derecho, de unificar el ordenamiento, concentrar el ejercicio del poder, monopolizar el ejercicio de la violencia y administrar en exclusiva la justicia desde el siglo XVI.

Si tales atributos son considerados como mera ficción para aquellos tiempos, se infiere entonces la renuencia a utilizar los términos usuales de «absolutismo» o «Estado absoluto» para identificar la forma política típica de los siglos XVII y XVIII. El rechazo se explica porque los estudiantes, por deformación escolar previa, asimilan el absolutismo a la omnipotencia del monarca, al carácter ilimitado de su poder. Emplearlo conduce así irremediamente a equívocos. Mejor aspirar a iluminar los canales específicos –razón de estado, intendencias, policía– por los que se expandió y afirmó la potestad real, y localizar los abusos y arbitrariedades devenidas usuales bajo la expresión de *despotismo*. Y es que la vacilación para usar el término absolutismo por las distorsiones que provoca no debería llevar tampoco a la posición opuesta de pensar que, hasta el siglo XVIII, la trama corporativa autónoma sigue funcionando básicamente del mismo modo que en tiempo medieval, con un rey arbitral limitado a impartir justicia, respetando el desenvolvimiento privado de cuerpos libres y casas autárquicas. Es algo que ha sido puesto ya de manifiesto en relación a la historia institucional francesa: a la insostenible afirmación de un aparato orgánico heterónomo con una formidable capacidad para producir lo social, siguió, como afirmación compensatoria, una lectura «revisionista» que sostiene que «el centro del poder en el *Ancien Régime* debe ser buscado en la ‘sociedad’»; así, mientras en la visión ortodoxa «un estado modernizador luchaba contra una sociedad recalcitrante, ahora una sociedad retrógrada frustraba las ambiciones modernizadoras del estado»<sup>203</sup>.

La perspectiva que se plantea, muy influida en efecto por la lectura de Benno Teshke, se separa aquí de ambas corrientes en un doble sentido: reconociendo, por un lado, la novedad del aún hoy llamado «Estado absolutista», pero también, por otro, todo su arrastre nobiliario y corporativo. Estaríamos así ante un modelo institucional híbrido, eficaz en la atracción de la titularidad de las regalías hacia el centro político, pero hipotecado en lo que concernía a su despliegue, atrapado todavía en manos señoriales o privilegiadas que habían patrimonializado sus cargos, canalizado aún por la lógica de la gracia y el beneficio, y condenado irremediamente entonces a una administración privatista, clientelar y personalista

<sup>202</sup> Al modo así en que aparece empleado por Michael MANN, *Las fuentes del poder social*, I, Madrid, Alianza, 1991, 588 ss., de quien tomé lo de «estados coordinadores».

<sup>203</sup> TESHKE, B., *The Myth of 1648. Class, Geopolitics and the Making of Modern International Relations*, London, Verso, 2009, 156.

típicamente tradicional (ajena, por tanto, a la burocrática racional-legalista que algunos creen ver ya operativa por entonces). Y en el terreno internacional, lejos de poderse contemplar aún el balance entre Estados soberanos, se constatarían relaciones dinásticas entre monarquías de condición patrimonial.

Respecto del momento revolucionario fundacional de la modernidad, aparte de otorgarle un espacio propio, se expondría introduciendo las dosis de desmitificación necesarias para que el estudiante no siga creyendo que en Inglaterra o las colonias británicas se hicieron revoluciones en nombre de la libertad frente a un absolutismo despiadado. En ambos casos se trató más bien de desembarazarse de una cáscara institucional más desfasada que opresora<sup>204</sup>, más comprometedora de la conservación y expansión de posiciones de poder bien consolidadas que de las libertades individuales universales<sup>205</sup>. Si se renuncia a hacer historia del derecho de función españolizante, no se va a cometer la ingenuidad de optar por un discurso de entidad mitológica y vocación nacionalizadora para cuando se trate de las experiencias inglesa, norteamericana o francesa. Además, la mejor forma de criticismo ético no es la funcional a la mitología liberal, sino la que se encarga de desvelar los mecanismos de dominación y reproducción social encubiertos con el propio lenguaje de los derechos de libertad<sup>206</sup>.

Lejos de su consideración todavía habitual, que ve en la «Declaración de los Derechos del Hombre, de 1789, y [en] la misma Constitución francesa de 1791», la principal «fuente de inspiración» de una norma fundamental de «carácter popular»<sup>207</sup>, el constitucionalismo gaditano se explicaría siguiendo otra interpretación, ya presente en los manuales más allá de su círculo promotor<sup>208</sup>. Me refiero a la que ve en él un modelo constitucional autónomo, bien diferenciado del norteamericano y el francés, signado precisamente por su peculiar hibridación entre las prácticas y concepciones corporativas y jurisdiccionales y las nociones modernas, es decir, por suponer una «cabeza moderna en cuerpo gótico»<sup>209</sup>.

El régimen liberal del siglo XIX, en lugar de mediante la concatenación de constituciones, se abordaría bajo el ángulo del proceso de estatalización de las sociedades que se expande por Europa, y que llegó a tener alcance global –apreciándose aquí su dimensión colonial<sup>210</sup>– hacia finales de la centuria, cuando

---

<sup>204</sup> HILL, C., *La revolución inglesa 1640*, Barcelona, Anagrama, 1977, 69-72.

<sup>205</sup> VILE, M. J. C., «Política y Constitución en la historia británica y estadounidense», en VARELA SUANZES-CARPEGNA, J., *Historia e historiografía constitucionales*, Madrid, Trotta, 2015, 58-81 (68-9).

<sup>206</sup> THORNHILL, C., «Re-conceiving rights revolutions: The persistence of a sociological deficit in theories of rights», *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 31 (2010), 177-207.

<sup>207</sup> GACTO, E.: ALEJANDRE, J. A., y GARCÍA MARÍN, J. M.<sup>a</sup>, *Manual básico de Historia del Derecho*, 368-9.

<sup>208</sup> LÓPEZ NEVOT, J. A., *Manual de historia del derecho*, 227.

<sup>209</sup> GARRIGA, C., «Cabeza moderna, cuerpo gótico: la Constitución y el orden jurídico», *AHDE*, 81 (2011), 99-162.

<sup>210</sup> GONG, G. W., *The Standard of 'Civilization' in International Society*, Cambridge UP, 1984.

casi todos los países lo toman como deseable horizonte institucional<sup>211</sup>. De tal proceso, parejo y funcional a la instauración y despliegue capitalistas, importan, desde luego, las reformas drásticas que privatizaron la propiedad, liberalizaron la economía e individualizaron las relaciones de trabajo. Sin omitir su consideración sociológica<sup>212</sup>, la descripción de la criatura oscilaría entre su forma política de monarquía constitucional y su ordenamiento codificado, pero sin dejar atrás, no obstante, su plasmación y funcionamiento como Estado administrativo<sup>213</sup>, mucho más que legislador, legicéntrico<sup>214</sup>, o fundado en el «absolutismo jurídico»<sup>215</sup>. Aquí deberá tenerse en cuenta además que el ejercicio de la potestad reglamentaria, integrada en la actividad «libre» o «pura» del gobierno, se desarrolló desligada de la ley, sin instancia judicial de control de su adecuación al marco legal, lo que obliga a alejar cualquier retrospectiva del principio de jerarquía normativa para unos tiempos en que no mediaba entre constitución y ley, mas tampoco entre ley y reglamento.

Aquel Estado de derecho, objetivado como poder impersonal, o ente abstracto soberano, al que imputar las decisiones de los organismos públicos, compuso un modelo ideal. Su actuación, en acusado contraste respecto de la praxis institucional premoderna, quiso desplegarse, no de modo casuístico conforme a estilos sedimentados en la práctica, sino con arreglo a protocolos normativos objetivados por un derecho general y abstracto, en orden precisamente a garantizar la previsibilidad de sus decisiones, con la seguridad como principio legitimador primero. Reluctancias tradicionales, pervivencias locales e inercias institucionales, así como la sistémica discrecionalidad gubernativa, alejaban la realidad del ideal. De hecho, tanto en la imposibilidad y consiguiente fracaso de su proyecto unificador, individualizador y nacionalizador de la sociedad, como en su congénita propensión autoritaria, residirá buena parte de las causas de su irremisible decadencia finisecular. Y a la crisis de legitimidad y representación que esta supuso, a las múltiples facetas que presentó la llamada «cuestión social» como desagüe central del modelo, habrá que dedicar igualmente la atención debida.

Si el siglo XIX no puede resolverse presentando textos constitucionales, mucho menos el XX ha de ensamblarse, como apéndice, exponiendo los principios de 1931 o enunciando «las leyes fundamentales» franquistas. Se trataría más bien de abordar el modelo político-constitucional de las repúblicas democráticas, con Weimar, Viena y Madrid en la cabeza, y de desgranar el desorden

<sup>211</sup> Tal y como señala BAYLY, C. A., *El nacimiento del mundo moderno, 1780-1914*, Madrid, Siglo XXI, 2010.

<sup>212</sup> Como espacio institucional en el interior del cual pugnaban diversos actores sociales a fin de obtener el beneficio de la imperatividad general vinculado a las decisiones estatales: BOURDIEU, P., *Sobre el Estado*, Barcelona, Anagrama, 2014.

<sup>213</sup> Se reconoce aquí la deuda con RAPHAEL, L., *Ley y orden: dominación mediante la administración en el siglo XIX*, Madrid, Siglo XXI, 2008.

<sup>214</sup> Como «Estado legislativo de derecho» suele presentarse también en los acercamientos teóricos: Mercedes GÓMEZ ADANERO et. al., *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*, Madrid, Sínderesis, 2019, 94 ss.

<sup>215</sup> Conocida categoría que también podría problematizarse en lo que hace a la aplicación y fuga de los códigos: GROSSI, P., *Absolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

jurídico totalitario, con el III Reich, la Italia de Mussolini y la dictadura franquista como bancos de prueba<sup>216</sup>. Y toda esta reconstrucción sometida a una exigencia preliminar: no salirse del marco propio de la historia jurídica e institucional para deslizarse hasta la narración de hechos políticos.

## VIII. DESPLAZAMIENTOS DE LA VÍA CULTURAL

La alternativa esbozada se debe en buena medida a la que se ha denominado como «vía cultural», a la que, desde la alternativa aquí esbozada, cabe plantear con todo algunas reservas.

Quizá por influjo del «maestro general» Paolo Grossi, no es inusual que en dicha vía pase por cultura jurídica el discurso de los juristas y los prácticos del derecho. Frente a una historiografía legalista basada en la descripción exterior de las fuentes y las instituciones, se quiso acudir a la mentalidad en que tales manifestaciones normativas cobraban todo su sentido. Contra las proyecciones estatistas y sus distorsiones presentistas, se aspiraba a colocar los fenómenos pasados en su propio molde categorial. Me parece un avance irrenunciable, el punto de partida inexcusable para cualquier análisis ulterior. El reparo procede cuando, queriendo escaparse de una aproximación que otorgaba valor especular a las fuentes normativas, como si lo en ellas enunciado reflejase sin más la realidad pasada, se desemboca en otro acercamiento que deduce la realidad de una de sus perspectivas, la del discurso de los jurisconsultos o letrados. Aquellas narrativas jurídicas, por más apegadas a la praxis que estuvieran, aparte de su capacidad reflectante, desempeñaban una función legitimadora. Cuanto más acentuada fuese tal misión, tanto más desatinado entonces extraer de sus representaciones un efecto reflejo de realidad, pues proyectarían más bien estrategias de reproducción social, que, con sus prioridades axiológicas y situaciones de dominación, son las que la docencia debe presentar.

Digámoslo con un ejemplo bien sencillo y central a nuestros efectos, pues toda la construcción de la «cultura jurisdiccional» se alza en buena medida sobre él<sup>217</sup>: cuando se sostiene que el poder público premoderno resultaba pensado como realización de una justicia ya prefigurada en sus principios de antemano, por proceder de la misma providencia, estamos reconstruyendo el aparato discursivo legitimador de los poderes actuantes en aquel tramo histórico, no la realidad práctica de su actuación. No cabe sostener que entonces no había lugar para la política, porque solo se declaraba lo que la providencia había dictaminado; más bien acontecía que el juego de la política discurría al interior de un marco semántico religioso. Lo fundamental entonces sería mantenerse fiel al gesto de la historia crítica en sus comienzos, cuando descodificaba estos discursos

<sup>216</sup> MARTÍN, S., «El derecho en los tiempos del totalitarismo», *História do direito*, 2, núm. 2 (2021).

<sup>217</sup> La mejor presentación sintética de aquella mentalidad se encuentra en Alejandro AGÜERO, «Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional», en Lorente, M. (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, CGPJ, 2007, 19-58.

sos doctrinales, no como reflejos desinteresados de realidades consensuadas, sino como proyectos (polémicos al servicio) de(l) poder<sup>218</sup>. El discurso de los juristas ha estado siempre socialmente situado, se ha producido desde una perspectiva interesada y en el interior de un campo específicamente constituido, por lo que sus contenidos informan, ante todo, de esa perspectiva y de ese campo, no de la totalidad social con presunta neutralidad.

Tomar las representaciones culturales como objeto tendencialmente autosuficiente de la historia jurídica (en su exposición docente) entraña otras dificultades específicas. Cuando se describe la sociedad premoderna con arreglo a su discurso legitimador aparece como un organismo plural, armónico e internamente ordenado por una división funcional, aunque sobre la base de la jerarquía y la desigualdad. El señalamiento de estos dos últimos factores son los que permiten al estudiante apreciar la diferencia que nos separa de aquel mundo, pues el de la actualidad viene formalmente legitimado por basarse en la igualdad individual. Pero obsérvese que, en todo lo demás, la imagen proyectada es la de una sociedad relativamente autorregulada conforme a patrones providenciales universalmente compartidos. Desaparecen así de la escena todos los conflictos socioeconómicos, revestidos siempre de argumentaciones jurídicas en apoyo de cada posición, que revelan además la importancia que para los actores tenían las divisiones y diferencias económicas por encima de su encuadramiento estamental o corporativo<sup>219</sup>. Por alejarse del materialismo dialéctico más apolillado, por querer eliminar precomprensiones deterministas que en efecto estorbaban el conocimiento historiográfico, se borraron del mapa unas discrepancias económicas que estuvieron presentes en numerosos episodios históricos, donde el derecho también tenía su presencia, introduciendo un eje de distribución social no coincidente con los estatus.

Sigamos con el mismo hilo. La sociedad de estados se fundaba en la diferencia que atendía a la condición presumida de cada cual a la hora de reconocerle derechos, deberes, privilegios, capacidad, sobre todo a efecto procesal. Y no solo a los poderosos, como habitualmente se explica en los manuales, sino también a los considerados, de forma discriminatoria, como vulnerables. Así lo permite ver la literatura de los juristas sobre los rústicos. Se toma nota entonces, con pleno acierto, de que la imagen que obtenemos de los rústicos obedece a los prejuicios patricios de los juristas, recorridos los cuales se aprecian, sin embar-

<sup>218</sup> HESPANHA, A. M., «Representación dogmática y proyectos de poder», en Id., *La gracia del derecho. Economía de la gracia en la edad moderna*, Madrid, CEC, 1993, 61-84 (67 ss.), con distinciones explícitas: «Esta restricción jurisdiccional del radio de acción del poder se da en el discurso, no en la realidad». También era rasgo del primer Clavero «no dejarse seducir por la terminología coetánea» de los juristas, por interesarle ante todo «las relaciones de poder dadas» y la «fuerza normativa o legitimadora que [tenían aquellas] sutilezas jurídicas»: SCHOLZ, J.-M., «Acerca de la historia del derecho en España y Portugal», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, núm. 550 (1982), 633-661 (645).

<sup>219</sup> Valga un solo ejemplo entre mil: las revueltas que los trabajadores de los viñedos franceses «sostienen [en el siglo XIV] contra sus empleadores, señores, eclesiásticos, burgueses» reclamando «la reducción de la jornada de trabajo, que tiene su desenlace en un proceso ante el Parlamento de París», LE GOFF, J., «El tiempo de trabajo en la “crisis” del siglo XIV», en Id., *Por otra Edad Media. Tiempo, trabajo y cultura en occidente*, Madrid, Taurus, 2020, 75-85 (80).

go, tratos cristianos de favor<sup>220</sup>. Consultado, sin embargo, un rústico, resulta que tales privilegios apenas si tenían vigor<sup>221</sup>. Se trataría entonces de un problema de fuentes: abundando las de los juristas, encontrándose además bien elaboradas, es fácil acudir a ellas, y relatar las realidades a su través, mientras que, por el contrario, faltan testimonios de las clases populares, que solían ser objeto, y hasta podían alcanzar a ser sujetos, del derecho. Pero esa determinación material de nuestras pesquisas a lo que obliga es justamente a poner en suspenso la validez reflectora general de las fuentes de la «cultura jurídica», que, en este caso, sí informan sobre los prejuicios y la posición social de los letrados, pero no sirven como canal que explicita con fidelidad la de los rústicos.

Continuemos. Tanto las relaciones feudales como las domésticas, como las en general sociales, venían descritas, para promover cohesión, por el lenguaje del amor y la amistad. Atendidos a la «cultura» que, suministrando reglas y contenciones, legitimaba aquellas relaciones desiguales, se puede retirar de la vista la brutalidad que ocultaba el vocabulario amoroso. Este riesgo entraña un problema de la mayor envergadura, referido a la sociedad premoderna en general: descrita como orden armónico de cuerpos y estados, el poder como realización de una justicia trascendental, los vínculos entre los sectores dominantes y los grupos subalternos como lazos de amor, protección y piedad, no solo es que se oculte la gran violencia que desgarraba aquella colectividad, en la que apenas podía imperar el derecho como contención del poder desnudo, es que pasa desapercibido un dato fundamental, y de lo más relevante a efectos histórico-jurídicos: que la vida social europea desde tiempos altomedievales hasta principios del siglo XIX estuvo marcada, como su tónica habitual, por la guerra permanente, es decir, por una convulsión crónica que la condenaba al imperio de lo anómico. Y esta constancia terrible no llega siquiera a intuirse el estudiante en un curso de historia del derecho.

El problema tiene que ver con aquello acerca de lo cual nos informan las fuentes, que muchas veces no transmiten sino justo lo inverso de lo registrado en ellas, como cuando los reyes, rebasados por la rebeldía nobiliaria, afirmaban, rotundos, su potestad *absoluta*, expresando con ello, no su irresistible supremacía, sino su impotente debilidad<sup>222</sup>. La cuestión no es solo cognitiva, porque el

<sup>220</sup> Y aquí es, cómo no, ejemplar, el pionero estudio de HESPANHA, A. M., «Sabios y rústicos. La dulce violencia de la razón jurídica» (1983), en Id., *La gracia del derecho*, 17-60, admitiendo de entrada que busca «bajo la superficie del discurso jurídico docto» esas «realidades» subalternas que suelen pasar desapercibidas. Véase ahora su *Imbecillitas: as bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades da Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.

<sup>221</sup> «Yo soy de la opinión que hablar latín es un desacato a los pobres, ya que en los litigios los hombres pobres no entienden lo que se dice y se hallan aplastados, y si quieren decir dos palabras tienen que tener un abogado», denunciaba, en un momento comprometido que le costaría la vida, el célebre molinero del Friuli estudiado por GINZBURG, C., *El queso y los gusanos. El cosmos según un molinero del siglo XVI*, Barcelona, Península, 2016, 49.

<sup>222</sup> Bien ilustrativas son aquí las fuentes y consideraciones de CLAVERO, B., «Notas sobre el derecho territorial castellano, 1367-1445», *Historia. Instituciones. Documentos*, 3 (1976), 164-6. Lo que se quiere referir es que, si nos quedamos en el modo en que la cultura oficial legitimaba el poder, quedan entonces fuera de la vista de los estudiantes los trances en que «uno a uno, cada símbolo de la soberanía real salió por los aires a puntapiés propinados por los linajudos grandes

lenguaje teológico, armónico, providencial y amoroso de la cultura jurídica pasada pueda ocultar ideológicamente una práctica bien temporal, conflictiva y violenta, eventualidad que habría que comprobar con el cotejo pertinente con la abundantísima historiografía social disponible. La cuestión ética de fondo es saber si, al reproducir como representación fiel de aquellas realidades pasadas lo que era su codificación legitimadora, estamos transmitiendo una imagen distorsionada por reproducir en el presente el gesto de ocultación ideológica, ancilar respecto del poder, que inspiraba a las fuentes que preferentemente manejamos. Habiendo surgido la reivindicación de la cultura como un rasgo progresista frente a la fosilización dogmática, se daría entonces la paradoja de que, a su pesar, estaría reproduciendo una potente valencia reaccionaria, que le hace reconstruir el mundo premoderno como articulación social inmóvil, más o menos ideal<sup>223</sup>. Quizá una toma crítica de distancias respecto a la entidad de las fuentes empleadas permita liberarse de esos riesgos.

Hay más casos en los que aflora la tensión entre los discursos culturales y las prácticas sociales. Atribuir demasiada trascendencia normativa a la economía precapitalista del don, a la ordenación cristiana del comercio mediante la condena general de la usura, riñe con fenómenos de acumulación formidable del capital ya circulantes por entonces. Entender que el grueso del funcionamiento institucional premoderno se hallaba envuelto en la teología moral y el derecho común, mientras que todo lo que entrañaba la razón de estado de acción desligada de derecho y religión constituía solo la excepción<sup>224</sup>, descuida que lo excepcional suele ser lo fundamental a efectos estructurantes. Dada la tónica de guerra permanente antes aludida, y visto que la aplicación de esas prácticas de gobierno y disciplina perseguían la represión de la disidencia y la estabilización de las formas vigentes de dominio, su trascendencia constitutiva puede ser pareja o incluso superior a la del derecho común y la teología católica. Colocando el asunto en el centro, el estudiante tropezaría de nuevo con un embrutecido ejercicio de poder desnudo que apenas si aparece en el ángulo legalista o el culturalista.

Sin desmerecer su dimensión ética, todos estos son peligros, sobre todo, a nuestros efectos, científicos. Acceder a las realidades por los discursos encargados de su legitimación introduce un bloqueo epistemológico en un punto

---

del país», GONZÁLEZ ANTÓN, L., *Las Cortes en la España del Antiguo Régimen*, Madrid, Siglo XXI, 1989, 5, sobre la llamada «farsa de Ávila».

<sup>223</sup> Obsérvese que deliberadamente estamos centrando los ejemplos en el orden jurídico premoderno, donde más claramente se aprecian las consecuencias del primado de las representaciones en la exposición de la historia del derecho. Resulta obvio que, al entrar en la modernidad, cuando el sesgo de la cultura jurídica queda ya al descubierto por una contestación popular que deja amplísimo campo documental, ya sí suele tenerse presente que los juristas suministran información adulterada, políticamente muy situada. No es, de hecho, casual, que, incluso en el seno de la historiografía cultural, se oscile entre tomar al jurista del antiguo régimen como buen portavoz de sus tiempos y dudar –con razón– de la franqueza del decimonónico o posterior.

<sup>224</sup> Confrontaba en estos términos las «reglas de poder» desligadas «de cánones religiosos y normas jurídicas» y la «*ratio* imperante de religión y derecho» CLAVERO, B., «Razón de estado, razón de individuo» (1990), en Id., *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, CEC, 1991, 15-59.

capital: saber por qué, lo que aparece coherente y armónicamente representado, terminó por sucumbir. Construir una historia del derecho sobre la base de los discursos de los jurisconsultos suele tropezar con la dificultad de relatar la propia evidencia de la transformación histórica. Vayan dos ejemplos: si para explicar la función judicial premoderna nos atenemos a la literatura normativa que trataba de contener el arbitrio judicial fijándolo a la realización de la equidad, renunciando a desvelar su concreción estructuralmente clientelar y corrupta, no podremos explicar de forma consecvente, no ya que se sustituya ese modo de hacer justicia en un contexto revolucionario, sino que se hiciese con el rechazo y la inquina acumulados con que se hizo. Pasa algo similar con respecto al absolutismo: si lo encuadramos en las categorías culturales de su ejercicio legítimo, si lo presentamos como continuidad del buen gobierno cristiano que cuida en la tierra de la justicia divina incluso sublimándola contra el derecho escrito, sin informar acerca de su praxis institucional efectiva, como si no existiese o fuese de rango derivado en una docencia histórico-jurídica, entonces tampoco podremos explicar de modo congruente el modo en que masivamente se le combatió. Por continuar con este último ejemplo, si la concesión de mercedes, beneficios y monopolios queda descrita con el mismo lenguaje de la gracia con que la describían los actores que la legitimaban, como forma de gobernar que sublimaba la justicia, ocultaremos la contradicción frontal en que entraba respecto de la propia evolución social, que la condenaba a saltar por los aires.

Es decir, el escrúpulo de la historia cultural por atenerse a las propias categorías del mundo que se trata de historiar no debería exonerar del cotejo entre lo que los juristas formulaban y lo que acontecía en la realidad. La razón de esta renuncia era la creencia posmoderna en que esa realidad es, en sí, incognoscible, solo accesible a través de los textos –representaciones– que la describen. No habría entonces más que representaciones sobre representaciones, escapándose siempre la materialidad del hecho al que se hace referencia. Fue coherente que quienes, procediendo de una percepción materialista, impulsaron y practicaron este giro de paradigma reconociesen que cada vez creían más en el lenguaje de la gracia y del amor<sup>225</sup>. La situación presente, caracterizada por el regreso de la materialidad y el escepticismo ante las funciones políticas de la cultura, invita justo a lo contrario: a creer cada vez menos en él, a dudar de su normatividad, a sospechar de su carácter instrumental. Y es que aquel gesto posmoderno de renuncia a la realidad e hipóstasis de las representaciones, con toda la historiografía social acumulada sobre la base de documentación de archivo, constituye ya una aproximación en exceso unidimensional.

Vayamos recapitulando, para poder avanzar. Primar las narrativas jurídicas construidas en los aledaños del poder vela divisiones económicas jurídicamente relevantes, conflictos sociales decisivos, bloquea la comprensión de la transfor-

---

<sup>225</sup> Para los motivos genéticos de aquel giro decisivo, su necesidad y evolución, resultan iluminantes los recuerdos de CLAVERO, B., «Gracia y derecho entre localización, recepción y globalización (lectura coral de *Las Vísperas Constitucionales* de António Hespanha)», *Quaderni Fiorentini*, 61 (2012), 675-763 (684 ss.).

mación histórica y otorga apariencia de juridicidad a lo constitutivamente anómico. Si este último dato se lleva a su extremo más consecuente, la postura más fiel a lo acontecido en todo aquel intervalo secular consistiría en comenzar reconociendo la dificultad de hablar de historia del derecho para unos tiempos en los que todavía no había comenzado una convivencia social fundada de forma regular en el mismo. El conocido apotegma *ubi societas, ibi ius*, más que una evidencia efectiva, expresaría una desiderata de función compensatoria en un estado permanente de naturaleza. La idea de un mundo flotando sobre el derecho<sup>226</sup>, la intensidad con la que éste se anhelaba, nos informaría entonces de una ausencia, o, en cualquier caso, de una fragilidad. En suma, la saturación de giros jurídicos propia de los tiempos premodernos igual no nos documenta tanto la observancia generalizada de la normatividad del derecho como la desesperación ante el imperio arbitrario de los puros hechos.

Pero creo que hay más. La exposición atendida a los marcos culturales, cuando le atribuye capacidad reflectora de realidad, y se desconectan de las relaciones sociales en que rigen, descuida otro dato fundamental: que las representaciones que los textos portan, cuando gozan de hegemonía, es decir, cuando la perspectiva particular desde la que se formulan logra pasar por sentido común de la generalidad, pasan a conformar el campo simbólico en el interior del cual discurren las disputas. La afirmación del carácter trascendental de la justicia, de la dimensión declarativa del derecho, de la restauración de la armonía natural perseguida por un poder arbitral, informa acerca del marco dentro del que suceden los conflictos, pero son estos los que sigue interesando dilucidar y explicitar. Así, en los choques más drásticos de la historia occidental, los diferentes protagonistas podían expresarse en «lenguaje religioso», entendiendo que sus respectivas posiciones contrapuestas se encontraban igual de amparadas por la divinidad, pero, junto al marco cultural que abrazaba la colisión, lo que sigue entonces necesitado de dilucidar son los intereses específicos de cada grupo en liza, pues «detrás del párroco estaba el terrateniente»<sup>227</sup>. Por expresarlo con el lenguaje legitimador utilizado en otras latitudes: explicar un fenómeno como la revolución inglesa como la colisión entre la prerrogativa regia y el *common law*, es decir, entre una visión del poder del monarca como desligado sistemáticamente del derecho o una visión del mismo como esencialmente sometido a la costumbre del reino, sirve más para reproducir en el presente las lecturas legitimadoras pasadas que para dar cuenta de una realidad dinámica más compleja, caracterizada, entre otras cosas, porque los que apoyaron al Estuardo decapitado –en cierto momento, la mayoría del Parlamento– también lo hacían invocando la sumisión del monarca a la ley fundamental inglesa<sup>228</sup>.

Cuando se describen los poderes del monarca con arreglo a su aparato cultural legitimador, incluyendo entre ellos su potestad de gracia, que le permitía gobernar mediante la concesión de privilegios y monopolios, se accede muy

<sup>226</sup> Recuérdese el célebre capítulo de GURIÉVICH, A. I., *Las categorías de la cultura medieval*, Madrid, Taurus, 1990.

<sup>227</sup> HILL, C., *La Revolución inglesa*, 20.

<sup>228</sup> POCOCK, J. G. A., *La Ancient Constitution y el derecho feudal*, 63.

bien a las estrategias de auto-sustentación de la supremacía real. Sin embargo, cuando esta gubernamentalidad del privilegio se explica tan solo por su categorización cultural, y se elimina del relato toda referencia a su praxis específica, y al modo en que entraba en relación con la estructura de la sociedad, deja de entenderse entonces el motivo por el que acabó derrumbándose. Por continuar con la revolución inglesa, si no se transmite al estudiante que la prerrogativa se manifestaba en cercamientos que afectaban a bienes comunales de campesinos empobrecidos, o en la concesión de licencias de monopolio a cortesanos que apartaban de la escena a pequeños comerciantes emergentes, no se llega a comprender el motivo por el que ese uso de la prerrogativa resultaba tan conflictivo. Podría objetarse aquí que todo ese *background* de historia política, social y económica se da por sabido, por lo que la historia del derecho debe detenerse en lo exclusivamente jurídico. Pero lo jurídico no excluye su realización, y se incurriría en una vana ilusión si se pensase que el estudiante conoce esos pormenores, cuando me temo que, precisamente por predominio de la historia cultural, tampoco los conozca siquiera el profesor.

Y concluyamos apuntando que la aproximación cultural, cuando se encuentra ensimismada en su reconstrucción de los relatos de legitimación, tampoco llega a ponderar que la valencia legitimadora de tales narrativas no es solo una variable que la historiografía no pueda soslayar, sino que fue una evidencia ya a la vista en el pasado. No me refiero solo a que desde bien pronto existiesen pensadores como Maquiavelo que situaban la religiosidad del discurso justo en esos términos, como apariencia retórica imprescindible para ejercer el poder de forma satisfactoria<sup>229</sup>. En sentido paralelo, desde bien pronto Lutero dejó escrito que «toda la religión es una fábula, que debe preservarse a fin de que se mantengan el poder real y la maquinaria papal»<sup>230</sup>. Pero es que además, cuando se registra el testimonio de las clases populares, resulta que se encuentran manifestaciones de descreimiento que no concedían veracidad ninguna a los argumentarios oficiales que la historia cultural toma como interfaz<sup>231</sup>. Incluso los juristas y eclesiásticos encargados de engrasarlos y predicarlos podían estar perfectamente convencidos de que las multitudes desconfiaban de que tales narrativas sirviesen para otra cosa que para salvaguardar sus «propios intereses» y lograr «prebendas»<sup>232</sup>. En definitiva, aunque cualquier problemática social, política o económica de aquellos tiempos se expresase en clave religiosa, no puede el historiador exonerarse de conocer los intereses concretos discre-

<sup>229</sup> Vid. las consideraciones al respecto de HORKHEIMER, M., «Los comienzos de la filosofía burguesa de la historia», en Id., *Historia, metafísica y escepticismo*, Madrid, Alianza, 1986, 28-9. El antimachiavelismo unánime de los sectores dominantes puede ser leído, de hecho, como un intento reiterado de borrar el testimonio de quien había procedido a realizar semejante desencantamiento, de carácter irreversible.

<sup>230</sup> Cit., precisamente en alusión irónica a «[l]as delicadas sensibilidades de los revisionistas [pos]modernos», por DAVIDSON, N., *Transformar el mundo. Revoluciones burguesas y revolución social*, Barcelona, Pasado & Presente, 2013, 37, de quien tomamos también la necesidad de conocer los intereses subyacentes.

<sup>231</sup> Vid., de nuevo, GINZBURG, C., *El queso y los gusanos*, 49.

<sup>232</sup> HILL, C., *El mundo trastornado. El ideario popular extremista de la Revolución inglesa del siglo xvii*, Madrid, Siglo XXI, 2015, 17-8, recogiendo el testimonio de Richard Hooker.

pantes a los que las categorías teológicas prestaban cobertura. Como tampoco, ya para tiempos modernos, puede descuidarse que, bajo el lenguaje genérico compartido de «la libertad», concurrían programas de transformación social antagónicos entre sí, algunos promovidos «desde abajo»<sup>233</sup>, sepultados después por las doctrinas de los grandes autores que los juristas-historiadores solemos tomar como el asunto a transmitir.

## IX. ALTERNATIVAS DE RUPTURA

La visión alternativa planteada, conectada ante todo con la «vía cultural», sigue cronológica y temáticamente inserta en el canon tradicional. Si de salvar a la disciplina de su extinción docente se trata, cabría entonces subvertir la cronología, excluir temáticas enteras, prescindir de fuentes y otorgarle contenidos por completo nuevos. La única exigencia a satisfacer es que el resultado propuesto sea comunicable a los estudiantes por su congruencia con la actual situación cultural. Y, a mi juicio, nuestro presente se caracteriza al menos por dos rasgos bien prominentes: por haberse activado nuevamente un intervalo de transición y transformación, en el que las viejas seguridades van desvaneciéndose, y por ser de nuevo los conflictos en torno al reconocimiento de las minorías y la pugna por la igualdad material los que dinamizan el curso histórico. En tal sentido, teniendo esa doble peculiaridad en mente, cabe plantear dos alternativas completas a nuestra docencia elemental.

### IX.1 UNA HISTORIA JURÍDICA EUROPEA CONTEMPORÁNEA

Que se haya activado un tracto de transición implica que lo que hasta los años noventa, o principios de este siglo, gozaba de hegemonía indiscutida en el plano jurídico-político, comienza a convertirse ya en historia. El modelo político-institucional vigente en Europa con mayor o menor estabilidad hasta los años 1990, y que fue todavía en el que yo me instruí como jurista, no es que se encuentre en una profunda crisis, es que se encuentra ya sostenido sobre nuevas bases legitimadoras, informando nuevas prácticas institucionales, que componen el presente formativo de nuestros estudiantes. Esta suerte de reinversión del Estado constitucional y sus garantías por efecto de la globalización, hace más que recomendable tematizar, desde la historia, en su momento crepuscular, el propio Estado constitucional, lo que exigiría un drástico recorte cronológico. Para formar con seriedad en los complejos retos que plantea la nueva fase abierta de la posmodernidad jurídica, debe renunciarse entonces a toda explicación pormenorizada del complejo mundo premoderno, por no mencionar las realidades altomedievales o antiguas. Arribando con holgura a la fase de fundación de la democracia constitucio-

<sup>233</sup> Por seguir en el mismo área angloamericana que nos viene sirviendo de referencia: *vid.* LINEBAUGH, P., y REDIKER, M., *La hidra de la revolución. Marineros, esclavos y campesinos en la historia oculta del Atlántico*, Barcelona, Crítica, 2000.

nal, podrían conocerse a tiempo los síntomas de su resquebrajamiento, cabría que se situasen mejor en la época de transición en la que habitan, desatada ya sin retorno a partir de la última crisis financiera. Por otra parte, satisfacer la demanda estudiantil, bien cierta, de instruirse en su pasado más reciente, en la medida en que éste pesa cada vez más en la toma presente de las decisiones que marcarán nuestro futuro, obliga a un recorte igual de inmisericorde. Por un motivo u otro, resuelta la exposición del antiguo régimen en una lección preliminar, el programa habría de ceñirse a los siglos XIX y XX.

El modelo institucional posdictatorial –conocido como de la segunda posguerra– habría de abordarse entonces de manera monográfica y acabada, como el pasado que ya los estudiantes no alcanzaron a conocer, por mucho que de él se pueda aún recobrar. Estas consideraciones cobran especial valor en referencia a la propia coyuntura española (y portuguesa): el momento de transición a la democracia, los vericuetos de aquella peculiar manifestación del poder constituyente, los propósitos iniciales de constitucionalización del Estado no forman ya la fundamentación inmediata y reconocible de todas las asignaturas, sino un ciclo desdibujado, reducido a ciertas referencias mitológicas, desactivado en muchas de sus premisas normativas, y oculto en otras tantas que rigen en la actualidad. Acercarse entonces a la forma dictatorial después de la derrota europea de las dictaduras, es decir, al desarrollo del régimen franquista de los 1950 y 1960, y al ciclo de implantación de la democracia constitucional en España, podría constituir una urgencia formativa en la medida en que vendría a cubrir una laguna injustificable: la que media entre los años treinta y cuarenta del siglo XX en que, en el mejor –y más improbable– de los casos, se detiene la historia jurídica, y los años finales del siglo pasado en que se generalizan las transformaciones normativas e institucionales que conforman el presente formativo de los actuales estudiantes de derecho.

La propuesta no supone ninguna originalidad, sino respuesta a una necesidad constatada en áreas colindantes y latitudes vecinas. Piénsese, por ejemplo, en el manual de *Storia delle istituzioni politiche* coordinado por Marco Meriggi y Leonida Tedoldi<sup>234</sup>. Con un solo, magnífico capítulo dedicado a «Las instituciones políticas del antiguo régimen» suscrito por Luca Mannori, puede pasarse seguidamente a las experiencias revolucionarias, al bonapartismo, la Europa de la Restauración y a la disputa entre democracia y liberalismo que recorre las décadas de 1840 a 1914. Si a esas alturas solo se ha completado la primera mitad del curso, habrá naturalmente tiempo para proseguir con los Estados sociales, los sistemas totalitarios y los de la segunda posguerra, hasta desembocar en «el Estado de la sociedad globalizada», esto es, en la más incandescente actualidad. Queda entonces hueco hasta para realizar sustantivas incursiones en el colonialismo o el orden internacional de «las Naciones Unidas y la Unión Europea». En definitiva, para derivar en las orillas del presente, se debe entonces sin nostalgia prescindir de prácticamente toda la experiencia institucional premoderna, relatada solo a modo de pórtico en sus rasgos más salientes como referencia identificativa de contraste de la modernidad jurídica.

<sup>234</sup> Roma, Carocci, 2014.

## IX.2 LAS FUNCIONES DEL DERECHO EN LA HISTORIA

Habría no obstante un modo de salvar la importancia de esa cultura jurídica de antiguo régimen, pero a costa de localizar un hilo conductor *continuo* del relato, tarea menospreciada por la historiografía posmoderna «en rodajas» o «estratos», construida sobre la generalización de la discontinuidad. Tal hilo lo daría justo el que, a mi parecer, dota de continuidad a la experiencia jurídica, sin corresponderse con la teoría de los «hechos sociales básicos». Sí existen invariantes en el desenvolvimiento histórico del derecho, remitidas de forma constante en las fuentes, pero no consisten en unas esencias relacionales necesitadas de revestimiento institucional, sino en atributos de dignidad depositados en la misma humanidad<sup>235</sup>, y expresados en muchas ocasiones en términos de justicia, es decir, de derecho.

Si la versión tradicional asocia el derecho a la conservación del orden en sociedad, la lectura socializada, demasiado pronto paralizada, hemos visto que lo interpretaba como forma o instrumento de dominación al servicio de «poderes sociales», o como cristalización normativa derivada de «conflictos de intereses». Se indica en ella que «[s]olo por excepción surge de los campesinos o de las clases o estratos más débiles», aunque tales grupos porten a su vez una propia normatividad en forma de «costumbres o resistencias»<sup>236</sup>. Desde esta perspectiva, el derecho en la historia ha solido consistir en cauce normativo para organizar lo social conforme a intereses hegemónicos, pero también, al mismo tiempo, ha solido proteger «intereses de las clases menos poderosas», que han logrado depositar en sus normas e instituciones sus «conquistas», por eso el derecho no habría sido solo expresión o artilugio de poder, sino también medio para su contención, «poder limitado»<sup>237</sup>. Nos hallaríamos así ante dos funciones sociales que el derecho ha desempeñado de forma permanente en su transcurso, la de servir a los fines de acumulación y reproducción de sectores sociales dominantes y la de servir también a lecturas y prácticas contrahegemónicas, a fines de tutela o emancipación colectiva. Por resumirlo en una fórmula inmediatamente apresable para todo estudiante, el derecho ha podido ser en la historia tanto *ley del más fuerte* como también ha intentado ser, y lo ha logrado a veces, *la ley del más débil*.

Se partiría así, recuperándola y actualizándola, no de la «vía cultural», sino de la noción socializada de la historia jurídica, según la cual nuestra disciplina ha de encargarse de esclarecer «la función que el Derecho ha desempeñado en cada formación social del pasado»<sup>238</sup>, o, mejor aún, «la función material desempeñada por las relaciones jurídicas en los diversos modos de constitución de la

<sup>235</sup> Desemboca en esta misma constatación COSTA, P., «La costruzione del nemico interno: una “costante” storica?», en Aldo Andrea Cassi (a cura di), *Ai margini della civitas. Figure giuridiche dell'altro tra medioevo e futuro*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2013, 269-287.

<sup>236</sup> PESET, M., *et. al.*, *Lecciones de Historia del derecho*, 11.

<sup>237</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, 936-8.

<sup>238</sup> TOMÁS Y VALIENTE, F., «Historia del Derecho e Historia», 3286.

sociedad»<sup>239</sup>. Al ocuparse el jurista historiador del modo en que el derecho sirvió como instrumento para constituir, asegurar y estabilizar un modelo de sociedad, estaría, a su vez, narrando los modos en que se encontraba al servicio del sector social dominante o hegemónico, que construye el todo social con arreglo a sus pretensiones particulares, mas logrando un mínimo de asenso general en torno a las mismas. Ahora bien, en el seno de esa sociedad se darían tanto formas de organización jurídica alternativas, e incluso opuestas, al modelo social imperante, como lecturas contrahegemónicas de la cultura dominante que, sirviéndose de sus mismos principios, mirasen a transformarla y dotarla de prestaciones prácticas diversas. Podría hallarse entonces en el derecho histórico un mínimo denominador común en esa función dual, como medio de dominación y como instrumento de tutela y protección de grupos subalternos. Tomando esta doble función como activa en el propio núcleo del derecho tanto en su pasado como también en la actualidad, se contaría con un esquema abreviador reconocible para el estudiante, y que permitiría al profesor recorrer toda la cronología. El presupuesto de partida, se es bien consciente, no sería ya el –de la imposición– del orden en sociedad, sino el de tomar la propia sociedad como un campo marcado por la desigualdad y atravesado por relaciones conflictivas en torno a las fuentes del poder socioeconómico e institucional, en el convencimiento de que el derecho es, en ellas, tanto factor regulador como objeto en disputa.

La posibilidad de exponer lo esencial en este sentido de cada época reside precisamente en la necesidad de desentrañar el marco jurídico que instituía cada modelo de sociedad, dentro del cual se producían las luchas por la dominación y la justicia. El enfoque, además, debería alejarse de todo maniqueísmo, pues bien pronto saldrían al paso las hibridaciones que permiten instruir en la complejidad: discursos de emancipación que devienen cobertura ideológica de poderes; sectores social o económicamente dominantes capaces de activar vías potenciales de desarrollo liberador, o sectores social y económicamente subalternos que bloquean con sus demandas evoluciones emancipadoras, etc. La principal objeción que se podría plantear a este ángulo de exposición –a saber, que lo propio del derecho, lo netamente técnico-jurídico, queda disuelto en su funcionalidad social, que conduce al relato de hechos<sup>240</sup>– se remediaría con el doble registro en el que se situaría una exposición de esta índole: de un lado, la reconstrucción de los imaginarios jurídicos y de las plantas institucionales en el interior de los cuales suceden los conflictos jurídicamente relevantes; de otro, el análisis empírico de tales conflictos, el modo en que tales imaginarios fueron utilizados en la práctica, la manera en la que trataron de satelizar las instituciones para ponerlas al servicio de los propios fines. El aspecto técnico del derecho queda salvado en el primer

---

<sup>239</sup> B. CLAVERO, «La Historia del Derecho ante la Historia Social», *Historia. Instituciones. Documentos*, 1 (1974), 239-261 (261).

<sup>240</sup> Fue la objeción que lanzó Fernando de Arvizu y Galarriaga, en el primer encuentro de la Sociedad Española ya mencionado, a mi intervención «Las funciones sociales y políticas del derecho en la historia: una sugerencia de revisión sustantiva de la asignatura histórico-jurídica básica», donde presenté esta alternativa. No es casual que le recordase a las propuestas lanzadas a segunda mitad de los setenta y primeros ochenta, cuando el propio B. Clavero la planteaba como programa renovador.

nivel, pero la historia del derecho, bastándose y sobrándose para esa tarea, no alcanza, sin embargo, sola para la segunda, requiriendo aquí para cubrirla el auxilio necesario, ante todo, de la historia social y política.

Además, por encima de ambos frentes de examen, habría de recurrirse a un marco analítico general que permita dar cuenta de la articulación específica de la conflictividad social. Y parece claro que tampoco para este encuadre epistemológico resulta suficiente la historia del derecho en su grado de desenvolvimiento actual. Mucho más que a la «antropología», entendida como ciencia de la diferencia, según propugnó el cambio de paradigma animado por la «vía cultural» desde los años 1980<sup>241</sup>, se haría, por el contrario, imprescindible recurrir a una disciplina como la «sociología histórica», especializada justo en el desvelamiento de los dispositivos de la lucha por el poder y en la identificación de regularidades en el proceso histórico, y la apertura en general al terreno de las humanidades, precisamente aquellos sectores más ocupados en las consecuencias de la dominación social, como la memoria histórica<sup>242</sup>.

Para este desplazamiento sirven, entre otros, el ejemplo Edward P. Thompson, y su estudio de las costumbres populares en el siglo XVIII, bajo la convicción de que por costumbre se aludía a «la retórica de legitimación para casi cualquier derecho exigido», algunas veces incardinada en un pasado inmemorial, pero otras muchas inventada a fin de reivindicar «nuevos derechos»<sup>243</sup>. E igual de presente está su ejemplo al indicar algo ya visible en Maquiavelo y el republicanismo<sup>244</sup>: que por encima de las divisiones de los estados se trazaba otra división primordial, de naturaleza «clasista», la que contraponía a «patricios» y «plebeyos»<sup>245</sup>. Y si esa «cultura plebeya», en tiempos premodernos, expresaba su rebeldía «en defensa de la costumbre», deviene «popular» en el mundo moderno sirviéndose igualmente de un lenguaje jurídicamente connotado: el en buena parte concentrado en el principio de la *fraternidad*, entendida justo como la elevación a la condición de ciudadanía igual de todos aquellos que, en la sociedad de antiguo régimen, se encontraban sujetos a la autoridad privada del padre, marido o patrón, y que, a través de esa igualdad política,

<sup>241</sup> CLAVERO, B., «Historia y antropología: por una epistemología del derecho moderno», en Salvador Coderch, P., y Cerdá Ruiz-Funes, J. (coord.), *I Seminario de historia del derecho y derecho privado: nuevas técnicas de investigación*, UAB, 1985, 9-36.

<sup>242</sup> SPAULDING, N. W., «Trauma, Memory and the Law», en Simon Stern, Maksymilian del Mar, Bernadette Meyler (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford UP, 2020.

<sup>243</sup> THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, Madrid, Capitán Swing, 2019, 55 y 61.

<sup>244</sup> MAQUIAVELO, N., *Discursos sobre la primera década de Tito Livio*, Madrid, Gredos, 2014, 113-8 y 124-5, desde el propio comienzo del famoso cap. IV: «quienes censuran los conflictos entre la nobleza y el pueblo condenan lo que fue primera causa de la libertad en Roma [...] en toda república hay dos humores, el de los nobles y el del pueblo. Todas las leyes que se hacen en favor de la libertad nacen del desacuerdo entre estos dos partidos».

<sup>245</sup> THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, 60 (y 65 para cita siguiente). Esa división clasista que desaparece por entero en las dos explicaciones que manejamos, la más tradicional y la cultural, y que solo hace acto de presencia en la socializada, era evidencia para los interlocutores más fiables: «por encima de las gradaciones jerárquicas hay una contraposición fundamental entre “superiores” y “hombres pobres”» en la retórica popular: GINZBURG, C., *El queso y los gusanos*, 59.

devendrían hermanos descendientes de una misma *patria*<sup>246</sup>. Y si estas prácticas y lenguaje republicanos nos informarían sobre la posición del derecho en su horizonte emancipador, las prácticas y el lenguaje aristocrático, eclesiástico o liberal, este último con sus abstracciones igualadoras, nos suministrarían claves para entender el derecho como instrumento de dominación social.

Contada así la historia del derecho como una introducción histórica a las funciones que éste ha solido desempeñar en la sociedad, tanto a nivel discursivo como institucional, podría componerse una exposición abreviada a lo esencial, descargada por completo de datos que memorizar, de orientación predominantemente práctica y especialmente instructiva para comprender la actualidad. Colocado además en su mismo núcleo la concepción de una humanidad indeleble, que trata de expresarse y afirmarse mediante el derecho, pero que también es mancillada a su través, se podría recuperar el nervio ético al que otrora aspiró la alternativa cultural, pero de una forma ya desencantada, sin adherirse a viejos relatos deterministas de emancipación o libertad, aunque adentrándose en los terrenos que le dotan de continuidad, de la memoria histórica al enfoque poscolonial<sup>247</sup>. Con todo ello –se es plenamente consciente– no solo se terminaría de romper amarras con el modelo explicativo tradicional, sino también con el histórico-cultural, al menos en su estado actual, proclive por sí mismo hacia representaciones «demasiado consensuales y holísticas»<sup>248</sup>, poco aptas para acoger en su interior la contradicción y la conflictividad, para hacerla inteligible como algo que va más allá de los textos y las representaciones<sup>249</sup>.

SEBASTIÁN MARTÍN MARTÍN

Universidad de Sevilla. España

<https://orcid.org/0000-0003-0142-2611>

---

<sup>246</sup> DOMÈNECH, A., *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*, Barcelona, Crítica, 2004, 80 ss.

<sup>247</sup> MAWANI, R., «Postcolonial Legal Studies», en el recién citado *The Oxford Handbook of Law and Humanities*.

<sup>248</sup> De nuevo, plateando él mismo sus reservas al concepto convencional de «cultura» manejado por la historiografía, THOMPSON, E. P., *Costumbres en común*, 69.

<sup>249</sup> Me consta que ya se ensayan alternativas docentes, no idénticas, pero sí afines respecto de lo aquí pergeñado, por proponerse difundir entre los alumnos una «comprensión crítica de la problemática de la ciudadanía en el presente jurídico, a partir de su consideración histórica». Me refiero a la asignatura de «Fundamentos Históricos y Culturales del Derecho», impartida como optativa de 6 créditos de cuarto curso en la Universidad del País Vasco, como «Una historia del derecho “a la diferencia”» centrada «en los dispositivos jurídicos de exclusión [...], considerando tanto las categorías básicas que le sirvieron de fundamento (sexo, religión, raza...) como los procedimientos y aparatos articulados para su institucionalización». Agradezco a Carlos Garriga la información.

