

QUADERNI FIORENTINI

per la storia del pensiero giuridico moderno

41

(2012)



GIUFFRÈ EDITORE

BARTOLOMÉ CLAVERO

GRACIA Y DERECHO
ENTRE LOCALIZACIÓN, RECEPCIÓN Y GLOBALIZACIÓN
(LECTURA CORAL DE LAS VÍSPERAS
CONSTITUCIONALES DE ANTÓNIO HESPANHA)

[T]al como os astrónomos fizeram com o agora malogrado Plutão, possamos prever todas estas características sempre que haja uma base empírica que torne altamente provável a gestação de um sistema político deste tipo [o sistema centrífugo das vésperas do Leviathan]. Só que, no caso concreto, a comprovação empírica está aí à mão. Cada manifestação de uma nova adaptação contextual ainda reforça a validade do modelo, mostrando como ele é capaz — ao contrário dos modelos políticos universalistas que virão depois — de incorporar os localismos e reverberar as diferenças.

António Manuel HESPANHA, 2007

1. Ofrenda, escenario, propósito. — 2. La gracia, la historia, el derecho. — 3. Historia general, historia local, historia colonial no localizada. — 4. La recepción incluso pacífica como piedra de toque en la historia del derecho. — 5. Ikea (sic) como teoría de trasplantes para el pasado, en el presente y cara al futuro. — 6. Entre historia y actualidad, recepción y globalización. — 7. La invención de Plutón y su extensión analógica. — 8. Heautontimorumenos sumarásimos.

1. *Ofrenda, escenario, propósito.*

Estas páginas se conciben y producen como brindis a António Manuel Botelho Hespanha con motivo de su jubilación oficial. António Hespanha es el autor con quien más he congeniado y con cuya obra más ha sintonizado en momentos la mía desde nuestra lejana juventud, hasta el punto de que algún émulo de Lucio Mestrio

Plutarco de Queronea podría reducir nuestras trayectorias a perfiles paralelos de vitalidad fosilizada. Rendir homenaje en vida tiene este sabor agridulce de celebrar una obra en marcha como si estuviera acabada. Pues citaré sobre todo de escritos recientes de Hespanha, mal evitaré la falsa impresión de que son los últimos y de que no ha de esperarse más ⁽¹⁾.

Más, bastante más, espero; confieso que con egoísmo para mi solaz y provecho. Cuando llegamos a una edad en la que han de irse descartando temas de trabajo dilectos porque ya se ha extinguido la alucinación juvenil de infinitud del tiempo y ubicuidad en el espacio, puedo esperar que Hespanha se ocupe de asuntos sobre los que me gustaría volver y a los que, apurando la vida a más afectos, renuncio ⁽²⁾. Digo esto no sólo por auspiciar la complementariedad en el paralelismo, sino sobre todo por recalcar hasta qué punto la obra de Hespanha está todavía abierta prácticamente de par en par. No es tan sólo un presente granado lo que celebramos, sino también un futuro que promete. Hay viejas promesas que lo son precisamente por haber cumplido como promesas jóvenes ⁽³⁾.

(1) Gerald MARTIN, *Gabriel García Márquez. Una vida*, Bogotá, Random House, 2009, pp. 587 y 664: “No quiero homenajes póstumos en vida” (a Colombia, aunque de entrada extrañe, habrá razones para acudir luego). Respecto al momento de la fosilización, cierro estas páginas a finales de diciembre de 2011. El repaso sistemático de la direcciones de Internet lo efectué a principios de ese mes. Una primera parte aligerada aparecerá en un volumen de homenaje promovido por allegados a Hespanha de la academia portuguesa (Nuno Gonçalo Monteiro, Maria Teresa Belezza, Mafalda Soares da Cunha, José Subtil, Ângela Barreto Xavier, Cristina Nogueira da Silva, Pedro Cardim y Nuno Camarinhas), a quienes debo, con su invitación, el impulso de este trabajo. Escribo estas páginas pensando en una lectura no sólo desde la historia del derecho, sino también desde la historia y desde el derecho, por lo que consigno algunos datos editoriales y otros de los que, de dirigirme a círculo adepto a especialidad, pudiera hacerse gracia.

(2) A.M. HESPANHA, *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010, por ejemplo, con razones que expresaré y aún con discrepancias que registraré. Ha sido el resultado de un curso de postgrado dos años antes en la Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas de la Universidade Federal de Minas Gerais con igual título y diferente subtítulo: *A linguagem da desigualdade e da discriminação no discurso jurídico do Antigo Regime*. Luego también incidiré en la diferencia entre subtítulos.

(3) <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home> es el sitio de António Manuel Hespanha con registro actualizado de su obra y enlaces a una serie trabajos, inclusive algunos de los que aquí se discuten: “Sirvo-me desta página para

Iniciamos Hespanha y yo nuestras investigaciones en el terreno de la historia altomoderna del derecho. A partir ambos de nuestros resultados en relación a dicha época, nos hemos extendido, aunque no siempre desde luego discurriendo por los mismos derroteros, a la historia de tiempo constitucional hasta el presente así como a la historia colonial tampoco desentendida de desafíos actuales de cara al futuro ⁽⁴⁾. En cuanto que historiadores profesionales del derecho nuestro punto fuerte creo que sigue residiendo ahí donde más congeniamos, en la atalaya de la historia anacrónicamente dicha preconstitucional o, como Hespanha prefiere decirle de forma más expresiva y no menos retrospectiva, de unas vísperas, las del Leviatán ⁽⁵⁾, de unos tiempos en los que la política y el derecho eran de

trocar opiniões e disponibilizar materiais nas áreas da história, da história do direito e da teoria do direito”.

⁽⁴⁾ Para mi sintonía con una primera fase del trabajo de António Hespanha, la fase que puede llamarse de pre-Leviatán en el doble sentido que él mismo nos va a marcar, el de precedente al Leviatán y el de anterior a su obra sobre *as vésperas do Leviathan*, B. CLAVERO, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 13, 1984, pp. 561-577, comentando su *História das Instituições. Época medieval e moderna* (1982). Para ulterior testimonio, el *diálogo* que mantuve con Hespanha, por su iniciativa, en el primer número de la revista “Penélope. Fazer y desfazer la história”, 1, 1988, pp. 102-109 (*Diálogo: Bartolomé Clavero*), revista a la que pronto me referiré. Para percepción temprana de relación entre nuestro trabajo, Johannes-Michael SCHOLZ, *Acerca de la historia del derecho en España y Portugal*, en “Revista Crítica de Derecho Inmobiliario”, 550, 1982, pp. 633-661.

⁽⁵⁾ A.M. HESPANHA, *As Vésperas do Leviathan. Instituições e poder político. Portugal, século XVII* (en castellano, trad. Fernando Bouza, Madrid, Taurus, 1989; en portugués, ampliado, Coimbra, Almedina, 1994; había sido su tesis doctoral, ed. íntegra por el autor, 1986). Reseñé las *Vésperas de Leviatán*, la ed. española, anterior a la no privada portuguesa, en “Journal of Modern History”, 63-4, 1991, pp. 801-802, y en *Debates historiográficos en la historia de las instituciones políticas*, pp. 204-205, en autores varios, *Problemas actuales de la historia*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1993, pp. 199-210. Para una reflexión en formato de autorreseña, “Scienza e Política per una storia delle dottrine”, 5, 1991, sección de *Heautontimorumenos*, infringiéndose el suyo, pp. 105-109, donde presenta *As Vésperas do Leviathan* como una obra de inspiración weberiana y foucaultiana con influencias de antropología cultural así como de “i resti di una formazione materialista”. En el *ma(r)xweberismo* también confluimos: B. CLAVERO, *Religión y capitalismo (más acá de Max Weber)*, en “Áreas. Revista de Ciencias Sociales” (de la Universidad de Murcia), 10, 1989, pp. 17-24, de momento ya en mi caso de un cierto escepticismo de vuelta (comenzaba con una cita de Luis Cernuda: “Buscaban un dios nuevo, y dicen que lo hallaron. / Yo apenas vi a los hombres; jamás he visto dioses”).

un dinamismo centrífugo, estadófugo al cabo, hoy arduo de captar y problemático de representar, como todo lo que nos es profundamente extraño a criaturas que vivimos en Estados ⁽⁶⁾. *Leviathan* es palabra clave para la obra de Hespanha. En las *Vésperas* se cifra su originalidad y con las *Vésperas* se produce su lanzamiento ⁽⁷⁾. No

A nuestra paralela juventud más llanamente marxista habré de referirme en más de una ocasión. Para el relanzamiento del nombre de *Leviatán* como el Estado en general, la concurrencia de otro joven marxista ibero de nuestra generación, José Ignacio LACASTA ZABALZA, *Cultura y Gramática del Leviatán Portugués*, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1988, no fue ajena, pues lleva prefacio precisamente del propio Hespanha.

(6) A.M. HESPANHA, *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, en “Ler História” (revista del Instituto Universitário de Lisboa), 8, 1986, pp. 35-60; p. 37: “Chamo a atenção para o facto de que nunca utilizo, para descrever o sistema político anterior às revoluções liberais, palavras como *Estado*”; *Diálogo: Bartolomé Clavero*, p. 103: “A.H.— Quando negas tão radicalmente a existência de Estado antes da revolução burguesa, com licença da palavra..., estás à procura da fórmula que provoque mais polémica? Pois não é verdade que, nestes termos, ninguém te segue? B.C.— Não exageres. Bem sabes que há quem fale, para a época moderna, em *vésperas do Leviathan* (...). A.H.— Mas então, se não há Estado, perante o que é que nos encontramos? B.C.— Aqui está a dificuldade. Realizei a tarefa de demolição: abaixo o Estado; também a de remoção dos destroços: abrir caminho à jurisprudência (histórica). Felizmente, há ainda trabalho a fazer. A.H.— Um tanto vago...”. En estas pláticas andábamos después de que él concluyera sus *Vésperas do Leviathan*.

(7) *As Vésperas do Leviathan*, sus ediciones no privadas, tiene aperitivos variados, entre los que destacan *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1982, vol. II, pp. 455-510, recogido en *La Gracia del Derecho*, que luego citaré; *Les magistratures populaires dans l'organisation judiciaire du Portugal d'Ancien Régime*, en *Diritto e potere nella storia europea. Atti in onore di Bruno Paradisi*, Nápoles, Leo S. Olshki, 1983, pp. 805-823; *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, en A.M. Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 7-89; *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, en Erik Volkmar Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1984, pp. 1-28 (en portugués, en *Estudos em homenagem do Prof. Doutor António Arruda Ferrer Correia*; Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito, 1989, vol. III, pp. 103-142), también recogido en *La Gracia del Derecho*, así como *Centro e periferia* citado; *A historiografia jurídico-institucional e a 'morte do estado'*, en “Anuario de Filosofía del Derecho”, Nueva Época, 3, 1986, pp. 191-227. La *muerte del Estado* se hace motivo historiográfico característico suyo: A.M. HESPANHA, *Storia delle istituzioni politiche*, Milán, Jaca Book, 1993, pp. 7-16 (=Enciclo-

pasaría mucho tiempo antes de que la obra y la figura del autor fuesen un referente obligado, en pro o a la contra, para la historia de *antes de Leviatán* en un radio además, más que portugués, internacional, por medios académicos europeos y americanos (8).

De la relevancia de la obra de Hespanha para la historia de unas vísperas constitucionales partiré. En su desarrollo me centraré. Voy a ocuparme de una línea de desenvolvimiento del conjunto de su obra en su calidad de historiador del derecho, de la línea que

pedia Tematica Aperta, *Politica*, Milán, Jaca Book, 1993, pp. 69-82; version abreviada en castellano, "Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales", 166, 1996, pp. 9-46). Para ejemplo, si se necesita, de la fuerza mantenida por la narrativa de la formación del Estado en tiempos bajomedievales y altomodernos, antes incluso de que se conciba *Leviathan* alguno, frente a la que Hespanha se alinea: Thomas ERTMAN, *Birth of the Leviathan: Building States and Regimes in Medieval and Early Modern Europe*, Cambridge, Cambridge University, 1997. En medio de las líneas de resistencia, en el contexto por ejemplo de un encuentro sobre el *Estado moderno* (sobre la categoría y sobre una publicación, la de una antología siempre útil, pero pronto datada: Ettore Rotelli y Pierangelo Schiera, eds., *Lo Stato Moderno*, I, *Dal medioevo all'età moderna*, II, *Principi e ceti*, III, *Accentramento e rivolte*, 1971-1974), se acusan dificultades para hacerse cargo del enfoque estadófono de Hespanha incluso cuando se asume: Angela DE BENEDICTIS, *Heautontimorumenos*, en *Storia Amministrazione Costituzione* (Annale dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica), 16, 2008, pp. 215-228.

(8) Hespanha es el primer nombre mencionado por Jean-Frédéric SCHAUB, *The Internationalization of Portuguese Historiography*, en "e-journal of Portuguese History", 1-1, 2003, *Surveys and Debates*, artículo 7; el artículo 8 (Diogo Ramada CURTO, *Is There a Trend Towards Internationalization in Portuguese Historiography?*) se muestra en cambio derogatorio arguyendo que su obra se ha movido entre modas, del marxismo al postmodernismo, sin trascender en momento alguno la perspectiva normativa de las fuentes jurídicas, como sí Hespanha, como veremos, no hubiera puesto en evidencia que es el propio derecho histórico el que se trasciende a sí mismo. A la crítica de Curto volveré. El desbordamiento disciplinar es justamente lo que ya acababa subrayando J.F. SCHAUB en su reseña de *As Vésperas do Leviathan* ("Annales. Économies. Sociétés. Civilisations", 41-2, 1991, pp. 502-505); el propio Schaub reseñó otras publicaciones de Hespanha y alguna mía, conjuntamente, en "Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine", 41-2, *Espagne, espagnes. XV^e-XX^e siècles* (ed. Bernard Vincent), 1994, pp. 367-373. El dossier de referencia de "e-journal of Portuguese History" se acrece en el siguiente número, 1-2, 2003, cuyo artículo 3 (Jorge PEDREIRA, *The Internationalization of Portuguese Historiography and its Discontents*) también acredita a Hespanha por su contribución a la promoción exterior, con el soporte de su dominio de las lenguas académicamente dominantes.

entiendo y suele considerarse principal ⁽⁹⁾, y voy a hacerlo no como si se pudiera trazar una raya sola de las dos paralelas, la suya, ni como si el propio émulo de Plutarco, no otro que yo mismo, se pudiese situar cual sola referencia en la segunda posición del par de líneas ⁽¹⁰⁾, sino como si lo que me cupiera ser fuere la ligadura de todo un florido haz. Colacionando líneas dispares, una pluralidad incluso de tangentes, secantes y rompientes, ¿puedo pretender que procedo a una lectura coral habiendo así de hacer más voces tanto concordantes como disonantes, tanto apreciativas como desfavorables? ¿Puedo constituirme en portavoz sin mandato expreso de nadie? ¿Seré capaz? ¿Cómo podría granjearme y merecerme la autoridad de la representación de toda una polifonía?

Si abrigo ciertamente dudas al respecto, sé al menos cómo no

⁽⁹⁾ Eduardo França PAIVA, *Apresentação de Imbecillitas*, pp. 9-11, arranque: “António Manuel Hespanha, professor da Universidade Nova de Lisboa, é um dos renomados historiadores contemporâneos e sua contribuição para os estudos da organização sócio-jurídica das sociedades modernas vem, há tempos, renovando a historiografia sobre a temática. A forte influência de suas idéias sobre as gerações mais novas de historiadores e de juristas se vê fácil e reiteradamente na base da argumentação de grande quantidade de estudos desenvolvidos em Portugal e no Brasil, principalmente, mas, também, em vários outros países europeus e nos Estados Unidos”, yendo *sociedades modernas* en el sentido de precontemporáneas, donde se ubica *Imbellicitas*, no en el de *modern societies*, las de hoy, aunque se amplía enseguida con justicia el radio de la obra de Hespanha mediante la referencia a su influjo sobre *juristas*, lo que tendremos ocasión de apreciar hasta qué punto no se debe a trabajos de historia moderna.

⁽¹⁰⁾ Para alguna otra línea más o menos paralela y una de ellas maestra, la representada por Paolo Grossi, Jesús VALLEJO, *Paratónia de la historia jurídica*, en “Mélanges de la Casa de Velázquez”, 31-2, 1995, pp. 109-141; sobre la paralela de Hespanha, pp. 112-118, respondiendo a un efectivo aprovechamiento: J. VALLEJO, *Power Hierarchies in Medieval Juridical Thought: An Essay in Reinterpretation*, p. 21, en “Ius Commune”, revista del Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte, 19, 1992, pp. 1-29. Pues los trasciende, tiene Hespanha mala ubicación en el ámbito portugués o en el ibero: José TENGARRINHA, *La historiografía portuguesa en los últimos veinte años*, en “Ayer” (revista de la Asociación de Historia Contemporánea), 26, 1997, *La Historia en el 96* (ed. Celso Almuíña), pp. 19-63; Lourdes SORIA SESÉ, *Portugal en la historia del derecho español*, en “Anuario de la Facultad de Derecho” (de la Universidad de Extremadura), 22, 2004, pp. 447-474. Acerca de la aportación de Hespanha a la historia y al derecho hay un trabajo monográfico que como tal está inédito: Ricardo Marcelo FONSECA, *Direito e história: relações entre concepções de história, historiografia e a história do direito a partir da obra de António Manuel Hespanha*, tesis de maestrado, Universidade Federal do Paraná, 1997.

debo ni intentarlo. En el campo de la investigación, no cabe asumirse la dirección de un coro en busca de la armonía imposible con batuta de mano firme como si se tratase de una comparsa teatral. El concierto de la investigación consiste precisamente en el desconcierto debido a la concurrencia y confrontación entre enfoques, procederes y resultados, en esta continua disonancia de voces. A mayor entidad de una voz, superior su exposición, lo que se cumple como veremos en el caso de la obra de Hespanha, aquilatándola. La crítica razonada del trabajo expuesto es forma de reconocer y puede serlo de homenajear. ¿Hace falta argüir que el criticismo abierto no antagonista entre profesionales, cercanos o no, constituye una práctica saludable? El mismo Hespanha ofrece ejemplo ⁽¹¹⁾. Ahora que he concluido la faena y último este introito, sé que ni siquiera yo escaparé indemne del lance. Habré de infringirme un *beautontimorumenos* extremando la autocrítica. Mi voz también participa, no

(11) A.M. HESPANHA, *A Note on Two Recent Books on the Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century*; José SUBTIL, *The Evidence of Pombalism: Reality or Pervasive Clichés?*; Nuno Gonçalo MONTEIRO, *The Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century or the Shadow of Pombal. A Reply to António Manuel Hespanha*, formando un dossier de *Surveys and Debates* en “e-journal of Portuguese History” (www.brown.edu/Departments/Portuguese_Brazilian_Studies/ejph), 5-2, 2007, artículos quinto a séptimo. Nuno Monteiro de entrada celebra el debate por lo infrecuente de las reseñas verdaderamente críticas en la academia actual portuguesa. Para animar el medio, Hespanha impulsó la cooperativa *Fazer e Desfazer a História* cuyo órgano de expresión fuera “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, bajo dirección de Hespanha entre 1988 y 1997 y con apartado de *Leituras* siempre, adoptando, de 2000 a 2004, año de cabecera del último número, el subtítulo más neutro de “Revista de História e Ciências Sociais” (www.penelope.ics.ul.pt). “Homenagem” entiende Hespanha una reseña crítica (en “Penélope”, 2, 1989, pp. 174-179, con la expresión al final; es reseña a D.R. CURTO, *O discurso Político em Portugal, 1600-1640*, 1988, autor a quien hemos visto descalificar de forma sumaria la obra de Hespanha, a lo que volveré). Ese homenaje me lo ha rendido justamente Hespanha, como no dejaremos de ver, en más de una ocasión. Respecto al coro necesario para esta ópera, figurarán entre sus voces las del grupo HICOES (*Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América*), que fundé y dirijo junto con Marta Lorente, y cuya obra veremos que presenta contrastes de fondo con la de Hespanha. Como diré, del grupo HICOES no me ha faltado asistencia para estas páginas. De dicha obra de Diogo Curto hay una segunda reseña más incisiva de A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, en “Análise Social” (revista del Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa), 168, 2003, pp. 823-840, en parte (pp. 834-838) recogida en los capítulos intrductorios de *A Política Perdida y de Imbecillitas*.

diré que como una más, en la disonancia que hace concierto. Lo hace también aquí la suya, la de Hespanha, pues no me reservo la última palabra y él ha tenido el gesto de responder positivamente a la invitación al desconcierto ⁽¹²⁾.

Así que en compañía de otras voces me dispongo a departir con una vertiente de la obra de investigación en historia del derecho de alguien que además, como es el caso patente de Hespanha, no sólo se ha dedicado a esto, a la investigación histórico-jurídica, sino a más, principalmente por la razón de haber sido a conciencia profesor de historia del derecho, de teoría del derecho y de historia más que jurídica sin que sus tareas docentes hayan transcurrido al margen de su obra como investigador ⁽¹³⁾. Cuenta con libros no sólo

⁽¹²⁾ A los variados motivos por los que de tiempo guardo agradecimiento a António Hespanha se suma ahora el de la paciencia con la que ha leído y comentado más de una versión de estas páginas y la del respeto por mis posiciones cuando discrepamos, en lo que correspondo, no habría que decirlo pues lo que debo es demostrarlo. Nuestra comunicación personal me ha ayudado particularmente en algún extremo que podrá apreciarse puesto que, con disculpas al corresponsal por la menor elaboración de los escritos privados coloquiales, incorporo respuestas y comentarios suyos efectuados en correspondencia mantenida a este propósito (“Fico sem saber como corresponder o enorme trabalho que te deste. Nem sei como descobriste tanta coisa útil para a interpretação do que escrevi...”). En estas páginas hay así una primera ronda de *Discussione* con António Hespanha, gracias a su disponibilidad. Huelga decir que la responsabilidad por todo cuanto sigue, comenzando por el manejo del más que desdoblamiento entre autor de la partitura, portavoz del coro y deuteragonista del reparto, es en exclusiva mía. Contando con su beneplácito, también es de mi sola responsabilidad la edición de comentarios y respuestas de Hespanha.

⁽¹³⁾ El compromiso de Hespanha con la docencia no solo además universitaria, un compromiso al cabo cívico, viene de tiempo. Se testimonia luego mediante comparación y colaboración: António TEODORO, *Os programas dos governos provisórios no campo da educação. De uma intenção da continuidade com a reforma Veiga Simão à elaboração de um programa para uma sociedade a caminho do socialismo*, en “Educação, Sociedades e Culturas”, 11, 1999, pp. 29-66; *Mobilização educativa em tempos de crise revolucionária. Periferia e centro no processo de democratização das escolas, 1974-1976*, en *Revista Portuguesa da Educação*, 17-2, 2004, pp. 181-207; *Revolução e Utopia. Um programa de acção no campo educativo para uma sociedade a caminho do socialismo: Portugal 1975*, en *Revista Lusófona de Educação*, 10, 2007, pp. 141-154. Ya hemos tenido un ejemplo de curso que desemboca en libro no meramente manualístico. La mencionada revista “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, de la que fuera el alma durante sus primeros años, puede considerarse testimonio adicional del compromiso cívico mediante docencia e investigación seriamente vinculadas. Hespanha también ha sido fundador de

manualísticos que se vinculan directamente a cursos, lo que hace pensar en la aportación de su docencia por sí misma. Y su obra se proyecta y mantiene viva en el trabajo de discípulos y discípulas con entidad propia y en un radio de influencia bastante más difícil, por su dilatación, de divisar tan siquiera, ya no digo de analizar (14). Por lo demás, aunque vaya a centrarme en obra reciente, no puedo ignorar todo el conjunto de su trayectoria, una trayectoria que se caracteriza por un hilo de coherencia notable para una generación que ha experimentado fuertes convulsiones culturales (15).

Toda la labor de Hespanha no la abarco. ¿Quién podría? Voy a operar con la obra no íntegra de Hespanha, y con alguna parte además sólo colateralmente, tomándome libertades, por celebrarla, de escrutinio y evaluación entre pares. Para nosotros el éxito de la operación podría reducirse a que no vaya a derramarse la copa del brindis con la animación del debate. No hay cuidado, aunque para ustedes, en especial para quienes os dispongais a la lectura sin participar en la celebración, la exigencia la imagino lógicamente distinta y superior. Es asunto vuestro, por supuesto, decidir cuál sea y aplicarla sin miramientos para con los riesgos que entrañen mis criterios en estos menesteres del análisis historiográfico con un componente de mi parte de autoanálisis (16).

“Themis. Revista de Direito” de la Universidade Nova de Lisboa, dirigiéndola entre 1999 y 2004.

(14) Pedro CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, en “Análise Social”, 200, *Comemorando 200 números da ‘Análise Social’*, 2011, pp. 430-445, extendiéndose sobre su trabajo de dirección de investigaciones en el que naturalmente no se agota en absoluto su influencia.

(15) Marina Costa LOBO, *Entrevista a António Barreto*, en “Análise Social”, 200, 2011, pp. 414-429, proyectando los giros y quiebras de su trayectoria personal a partir de un marxismo juvenil sobre todo un grupo generacional que es también, año más, año menos, el de Hespanha y mío, y repudiando con una radical descalificación las posiciones políticas e intelectuales de partida (p. 420: “Creio que só com a geração que vem a seguir, a dos anos 90, é que se começa a praticar as ciências sociais com método académico, sem tentação política. Por exemplo, fazer ciência política em 1975, ou em 1980, era o mesmo que fazer um gabinete de estudos de um partido político”). Si la evolución de Barreto resulta de verdad representativa de un grupo generacional, Hespanha constituye entonces por fortuna una excepción.

(16) Refiriéndome a Francisco Tomás y Valiente y a Paolo Grossi como maestros que reconozco, tengo dicho que de ellos he recibido “el impulso para adentrarme

Con todo esto no se trata de captación de benevolencia, sino de excusa obligada. Sólo me resta desear que cuanto sigue se tome como lo que quiere ser, un brindis de jubilación mediante ejercicio franco de libertad crítica en mercado de ideas abierto a contraste, un gesto sentido y no rendido de homenaje a un colega querido y admirado (17).

2. *La gracia, la historia, el derecho.*

Fue en Nápoles a mediados de 1990 como el propio Hespanha lo recuerda ahora: «encontrámo-nos eu e Bartolomé Clavero (...) num colóquio sobre *razão de Estado*», al cual él aportaba un trabajo

por unos caminos así compartidos [por el del constitucionalismo y por el del *ius commune* respectivamente] en los que se producen desde luego tanto acuerdos como desacuerdos” conforme “debe ser en una relación intelectual”: *Entrevista* de Fernando Martínez y Alejandro Agüero, en “Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte” (*www.forbistiur.de*), sección *Ein Gespräch mit...*, 2008; cita, par. 4. Y los desacuerdos que creo relevantes no los he guardado para mí ni entre nosotros: *Tomás y Valiente. Una biografía intelectual*, Milán, Giuffrè, 1996; *La Paix et la Loi. ¿Absolutismo constitucional?*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 69, 1999, pp. 603-645. Para operaciones de historiografía analítica con el componente siempre de involucramiento por mi parte, puedo también remitir a B. CLAVERO, *Iurisdicção nello specchio o el silencio de Pietro Costa*, en Pietro COSTA, *Iurisdicção. Semantica del potere político nella pubblicistica medievale, 1110-1433* (1969), Milán, Giuffrè, 2002, pp. xviii-lxxx.

(17) Comentario de Hespanha a esta introducción en nuestra correspondencia particular: “Será preciso tomar tantos cuidados?”. Confieso que no las tengo todas conmigo con este efectivo exceso por prevenir malentendidos, pero me siento así más libre y seguro para entrar en debate público. Agrega Hespanha: “Vistas as coisas desde hoje, em 40 anos escrevem-se muitas coisas parciais, não pensadas em termos dos seus sentidos últimos (i.e., mais profundos, mais sistemáticos, mais recentes). Vale a pena chamar a atenção para isso, não tanto por causa de quem já escreveu, mas por causa de quem ainda está escrevendo. Embora eu creia que nenhuma obra escapa a esta fatalidade de que, a meio do caminho, não se pode ver o fim do caminho. E, no fim do caminho, normalmente parece que ele não teve curvas e marchas atrás; vamos inconscientemente, refazendo o percurso, pondo-o de acordo com os lugares de chegada. Globalizamos os localismos da nossa biografia intelectual. Por isso mesmo, acabo por não me rever em alguns pontos da biografia que traças”. Y por ello también es por lo que intento centrarme en escritos suyos más recientes. Para tales puntos es además cuando en especial procuro citar sus comentarios y respuestas a estas mismas páginas como última palabra. Sólo me la reservo de ser autocrítica.

a la contra de tal presunta razón titulado *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, que confluiría en el libro *La Gracia del Derecho* (18). Apareció éste en una colección, *Historia de la Sociedad Política*, fundada en el mismo año, 1990, por iniciativa mía y acuerdo de Francisco Tomás y Valiente y Francisco Laporta, éste como director del Centro de Estudios Constitucionales que la ha albergado, quienes me confiaron la dirección. El libro donde comenzó a gestarse fue en el encuentro partenopeo no sólo por la presentación de la ponencia con el coloquio subsiguiente, sino también por el curso de nuestras conversaciones e intercambios. No hizo falta que le estuviera animando para que, mediante la recopilación de varios trabajos y con ese título final de *La Gracia del Derecho*, lo tuviéramos. Se publicó poco después, al año largo, del mío *Antidora*, centrado igualmente en la gracia, lo que el título de la versión francesa, por no querer admitirlo en otra lengua que el francés, resaltaría (19). Como Hespanha subraya en su reciente

(18) A.M. HESPANHA, *A Política Perdida. Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010, arranque del prefacio. Del encuentro hubo actas, sin los coloquios, al cabo de unos años: P. Schiera (ed.), *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato, secoli XV-XVII*, Nápoles, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1996, la contribución de Hespanha en pp. 38-67; su publicación se anticipó en J.F. Schaub (ed.), *Recherches sur l'histoire de l'État dans le monde ibérique, 15^e-20^e siècle*, Paris, École Normale Supérieure, 1993, p. 67-86; traducida al castellano en el susodicho libro *La Gracia del Derecho*, del que enseguida registraré la cita; en Portugal y en portugués no se ha publicado hasta *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. IV, Coimbra, Almeida, 2011, pp. 709-739, al tiempo que se recoge en la colección citada de edición brasileña *A Política Perdida*. El simposio se organizó por el Istituto Storico Italo-Germanico de Trento y el Istituto Italiano per gli Studi Filosofici de Nápoles. Paralelas sobre paralelas, había pensado en comenzar por este encuentro mi homenaje antes de reparar en que Hespanha hace al mismo tiempo lo propio en su prefacio de *A Política Perdida*.

(19) A.M. HESPANHA, *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, trad. Ana Cañellas, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993 (materiales complementarios ahora se encuentran en otras recopilaciones suyas, en la citada *A Política Perdida* y en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2011). B. CLAVERO, *Antidora. Antropología católica de la economía moderna*, Milán, Giuffrè, 1991 (a mediados de 1990 se trataba de un artículo extenso, que Paolo Grossi me recomendaría convertir en libro; algún material complementario recordaré luego); *Grâce du don. Anthropologie catholique de l'économie moderne*, trad. J.F. Schaub, Paris, Albin Michel, 1996 (para mantener un título ya identificativo alegué que la palabra de

evocación, habíamos llegado a conclusiones similares de forma independiente. Antes del encuentro de Nápoles de 1990 no habíamos hablado entre nosotros de esa línea paralela de investigación ⁽²⁰⁾.

Nápoles, 9 de julio de 1990. A la caída de la tarde, tras la jornada de trabajo en el Palazzo Serra di Cassano, callejéabamos Hespanha y yo por el barrio de Santa Lucia, desde Monte di Dio hacia la altura más o menos de Santo Spirito cuesta abajo camino del hotel ⁽²¹⁾, creo recordar que aquel donde el aguerrido patriota

raíces griegas *antidora* había sido históricamente tanto castellana como francesa, pero ni modo; en la era informática también es cierto que convienen títulos previsibles para que sean rastreables). *Antidora* tuvo igualmente sus aperitivos: B. CLAVERO, *Usura. Del uso económico de la religión en la historia*, Madrid, Tecnos, 1984. En el prefacio de *A Política Perdida* (p. 8), Hespanha me atribuye la expresión de *economía de la cultura* en la portada de su libro con referencia al juego histórico de una cultura normativa no necesariamente jurídica y así yo también lo recuerdo: el título fue suyo, del autor, y el subtítulo, mío, del editor, barajando de este modo entre ambos los términos de *economía da graça*.

⁽²⁰⁾ No tratamos entre nosotros el tema cuando sólo un año antes, en 1989, habíamos departido largamente con ocasión de un simposio florentino, en el Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno, sobre el escenario ibérico de la historia del derecho: B. Clavero, Paolo Grossi y Francisco Tomás y Valiente (eds.), *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè, 1990, aunque hubo ocasión por haber debate: B. CLAVERO, *Debates historiográficos*, pp. 202-204. Tampoco lo habíamos hecho, aunque la materia diera ciertamente pié, en unas jornadas de 1987, a las que nos convocó Tomás y Valiente y que condujo igualmente a volumen colectivo: *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990. Para recuerdo de aquel tiempo de frecuente cooperación por coordinación de Grossi y de Tomás y Valiente, A.M. HESPANHA, *O que Tomás fez por nós*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 67, 1997, pp. 35-39, número en memoria de Francisco Tomás y Valiente, asesinado por la banda terrorista ETA el 14 de febrero de 1996. *Lo que Tomás hizo por nosotros* es, con reconocimiento a Hespanha, el primer epígrafe de Marta LORENTE, *Historia del derecho y sentido común: La obra de Francisco Tomás y Valiente y el oficio de historiador*, en “Historia Social”, 38, 2000, pp. 141-159. He aquí otras paralelas, éstas entre maestros que van más allá del magisterio académico: Tomás y Valiente fue y Paolo Grossi es magistrado constitucional.

⁽²¹⁾ El paseo hubo de ser largo pues en nuestra correspondencia Hespanha recuerda que, antes de bajar hacia el hotel desde el Palazzo Serra di Cassano en Monte di Dio, “l’Istituto dell’Avvocato Marotta, como era geralmente conhecido entre os taxistas que me levavam e traziam”, dimos un rodeo: “Lembro-me que descíamos umas escadas, lá no Quartiere Spagnuolo”. Esa tarde es obvio que no tomamos un taxi. En el prefacio de *A Política Perdida*, Hespanha cuenta que llevé al simposio un anticipo de

polaco Henryk Adam Aleksander Pius Sienkiewicz de Oszyk último su *Quo Vadis*, ficción anacrónica sobre la gracia cristiana ⁽²²⁾. De situar la gracia en la historia radicándola en la sociedad para tiempos menos antiguos, los de una Europa altomoderna, hablábamos nosotros. Ambos estábamos sumamente interesados en el asunto. Andaba por mi parte concluyendo lo que sería el referido libro sobre las relaciones antidorales mediante el intercambio encadenado de dones. Comprobábamos que era un momento de máxima confluencia entre nuestras investigaciones. Y nos sentíamos felices por lo que estábamos descubriendo, no otra cosa que el carácter derivado y secundario del derecho en el orden social de la Europa sudoccidental altomoderna y así, desde esta atalaya, la multiplicidad de manifestaciones y de funciones del derecho mismo en sí y en la variedad de sus contextos normativos no jurídicos ⁽²³⁾. Resulta que el sistema

Antidora, pero es favor que me hace, pues me atuve al tópico de la convocatoria (P. Schiera, ed., *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato*, pp. 246-284), con lo que se desarrollaría como primer capítulo de mi *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia* (1991), que también allí se alumbra. En Nápoles, la gracia surgió gracias a su aportación, no a la mía.

⁽²²⁾ Para situarnos no haría falta decir que el conocimiento primario de obras como ésta y asuntos como el de la gracia por parte de nuestra generación (Hespanha es mayor que yo, pero sólo por un par de años) ya era cinematográfico, de anacronismo, si cabe, todavía superior aunque sólo fuera por la serie de rostros conocidos poblando como gigantes la pantalla, lo que malamente podía compensarse con los conocimientos menos figurativos y más icónicos deparados por la instrucción religiosa de nuestra infancia y adolescencia (ambos, Hespanha y yo, recibimos educación católica preconciiliar): Ramón TEJA, *Historia y leyenda en la Roma del Quo Vadis?*, en José Uroz (ed.), *Historia y cine*, Alicante, Universidad de Alicante, 1999, pp. 183-209; Jon SOLOMON, *The Ancient World in the Cinema*, ed. ampliada, New Haven, Yale University, 2001, pp. 216-223: *Whither Goest Thou?*

⁽²³⁾ En el descubrimiento de la gracia se ha radicado justamente la revelación del Hespanha ya maduro, arguyéndose que todos sus “nuevos desarrollos alzan el vuelo a finales de los ochenta, cuando el autor pone a circular su teoría de la economía de la gracia por la vía de una nueva historia de las prácticas de conducta (ética, teología moral, sentimientos)”. Es constatación de Antonio SERRANO, reseña a su *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, que luego registro, en estos “Quaderni Fiorentini”, 1998, pp. 420-428; cita, p. 422. Serrano puede hablar con especial conocimiento de causa pues, como veremos, acababa de colaborar con Hespanha en un trabajo sobre *La senda amorosa del derecho*; había también prestado asistencia a la traducción de *La Gracia del Derecho*, así como luego se ocuparía de cuidar la edición castellana de dicho *Panorama*. Abundaba otro allegado, bien que con algún reparo no sustancial como el de descon-

de *as vésperas do Leviathan* era no solo estadófugo, sino también jurófono, fuguista respecto no sólo al Estado, sino también al derecho, resultando lo uno tanto como lo otro términos de referencia anacrónicos. La base de nuestro encuentro en el primer terreno, el del estadofuguismo, ya estaba bien asentada ⁽²⁴⁾. De lo que se trataba entonces, en Nápoles, y sigue tratándose ahora lo sintetiza luego, recientemente, el propio Hespanha:

[Era y es] do carácter alternativo dos cânones do poder na

cierto por el juego de palabras en portada de *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*: Carlos PETIT, *Estado de Dios y Gracia de Hespanha*, pp. 119-128, en "Initium. Revista Catalana d'Història del Dret", 1, 1996, *Homenatge al Prof. J.M. Gay i Escoda*, pp. 101-128. Se ha prestado ciertamente a interpretaciones. Renán SILVA, recensión en "Sociedad y Economía", revista de la Universidad del Valle, 2, 2002, pp. 149-158, en p. 150: "El título del libro de Hespanha no debe desorientar. La expresión *la gracia del derecho* es parte de un juego con el que, de un lado, se busca insinuar el carácter activo y productor del Derecho, del ordenamiento jurídico, pues el derecho es una *gracia*, un *don*" y, de otro, el subtítulo, *Economía de la cultura en la edad moderna*, me rendiría homenaje, lo que resultaría un impropio autohomenaje pues, como está dicho, me pertenece.

(24) El estadofuguismo altomoderno ya lo tenía Hespanha bien articulado en sus *Vésperas do Leviathan*. Mis posiciones al respecto estaban menos elaboradas, pero ya había recogido algunos trabajos dispersos alrededor del motivo: B. CLAVERO, *Tantas Personas como Estados. Por una antropología política de la Europa moderna*, Madrid, Tecnos, 1986, con el capítulo de más entidad al final: *Hispanus Fiscus, Persona Ficta*, primeramente publicado en estos "Quaderni Fiorentini", 11-12, 1982-1983, *Itinerari moderni della persona giuridica*, pp. 95-167. Para ulterior reflexión, A.M. HESPANHA, *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, en "Ius Fugit. Revista Interdisciplinaria de Estudios Histórico-Jurídicos", 3-4, 1994-1995, pp. 63-100; *O debate acerca do Estado Moderno*, en J. Tengarrinha (ed.), *A Historiografia Portuguesa Hoje*, São Paulo, Hucitec, 1999, pp. 135-147 (= "Working Papers", Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1/99, 1999; trad. francesa en Anne-Marie Cocula, ed., *Adbésions et résistances à l'État en France et en Espagne. 1620-1660*, Burdeos, Presses Universitaires de Bordeaux, 2001, pp. 11-21). Para testimonios recientes de dicho asentamiento del estadofuguismo en términos no meramente negativos de exclusión histórica del Leviatán con la cesura que esto implica para su aparición, Carlos GARRIGA, *Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen*, en "Istor. Revista de Historia Internacional", 16, 2004, *Historia y derecho, historia del derecho*, pp. 13-44; Luca MANNORI y Bernardo SORDI, *Science of Administration and Administrative Law*, en Enrico Pattaro (ed.), *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence*, vol. IX, Damiano Canale, P. Grossi y Hasso Hofmann (eds.), *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, Dordrecht, Springer, 2009, pp. 225-261, aun no asumiendo éstos el consejo sobre la inconveniencia histórica de la palabra *Estado*.

sociedade de Antigo Regime, salientando como estes se alicerçavam sobretudo no condicionamento pelos sentimentos — dos sentimentos domésticos às virtudes da moral clássica e cristã —, transformados em deveres jurídicos pela estrutura absorvente e esponjosa do direito comum [no *common law*, sino *ius commune* de índole jurisprudencial construído sobre materiales romanos, bizantinos, canónicos y feudales]. Da piedade familiar surgiam os deveres e direitos jurídicos (*dominica potestas*) dos *patresfamilias* em relação aos seus familiares e dependentes, incluindo os escravos. Da *gratia* (ou *liberalitas, caritas*) surgia a mercê (ou *beneficium*), eventualmente o direito à mercê. Da *miserecordia* surgia o perdão, eventualmente o direito ao perdão. Da *fraternitas* (ou simplesmente da *amicitia*) surgia a *compositio* ou *compromissum*, eventualmente o dever de entrar em compromisso amigável, de resolver as questões *per dimidiam* (de cortar as diferenças pelo meio). É esta a economia moral — para usar a terminologia de E.P. Thompson — que Pedro Cardim reconstitui, num quadro geral que consome e ultrapassa de longe estudos meus e de Bartolomé Clavero sobre uma sub-região singular deste mundo dos deveres estritamente não devidos (« antidorais ») — a « graça » (25).

(25) A.M. HESPAÑA, *Depois do Leviathan*, pp. 15-16 (interpolaciones en castellano mías), en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 7-38, capítulo de recapitulación primeramente publicado por la revista electrónica “Almanack Braziliense” (www.almanack.usp.br), 5, 2007, pp. 55-66, significando el título después de *As Vésperas do Leviathan*, su exposición de arte mayor sobre estructura política y orden jurídico do Antigo Regime (Xavier GIL PUYOL, *Tiempo de Política. Perspectivas historiográficas sobre la Europa Moderna*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2006, p. 128). La referencia más enfática de Hespanha conduce a P. CARDIM, *Amor e amizade na cultura política dos séculos XVI e XVII*, en “Lusitania Sacra”, 11, 1999, pp. 21-57; *Religião e ordem social. Em torno dos fundamentos católicos do sistema político do Antigo Regime*, en “Revista de História das Ideias”, 22, 2001, pp. 133-174; artículos que gravitan alrededor de su tesis doctoral en historia: *O poder dos afectos. Ordem amorosa e dinâmica política no Portugal de Antigo Regime* (2000), que merecería impresión (se tiene en Internet). En cuanto a E.P. THOMPSON, su obra más interesante al propósito, aparte su conocimiento directo por Hespanha, había sido tempranamente recopilada en castellano, aun con título de la recopilación poco expresivo de su novedad: *Tradicción, revuelta y conciencia de clase. Estudios sobre la crisis de la sociedad preindustrial*, Barcelona, Crítica, 1984 (pp. 62-134: *La economía moral de la multitud en la Inglaterra del XVIII*, mostrándose luego poco dispuesto a extrapolar la categoría a otras épocas y otros medios sociales).

Si la historia del derecho nos identifica profesionalmente tanto a Hespanha como a mí, ¿cómo podía hacernos tan felices la revelación de que el derecho no fuera históricamente tan relevante? ¿La gracia nos iluminaba o, tal vez, cegaba? Algo que pudiera parecer en principio bien extraño cabe que tuviera explicación, una explicación además común a ambos casos. Creo que en esto también hay paralelismo, un paralelismo que comienza antes incluso de que nos conociésemos. Se debe a posturas personales ante circunstancias generacionales. Cuando éramos estudiantes en las respectivas facultades de derecho, Coímbra y Sevilla, tanto Portugal como España sufrían regímenes abiertamente represores de libertades, lo que pesaba con dureza en el orden social y en la doctrina jurídica, un orden y una doctrina que no representaban en todo caso por entero productos de dictaduras, pues procedían de vetas conservadoras de la historia constitucional ⁽²⁶⁾. El estudio de aquel concreto derecho no nos entusiasmó para nada. Más aún, llegó a repelernos. Habíamos llegado a estos estudios por influencia familiar, la de nuestros padres, notarios ambos ⁽²⁷⁾. Escuchemos a Hespanha al cabo de los años, de largo tiempo ya reconciliado con el derecho como yo

⁽²⁶⁾ A.M. HESPANHA, *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, en estos "Quaderni Fiorentini", 10, 1981, pp. 423-447; *Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1974*, en Erk Volkmar Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, pp. 107-131; *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, reseña a autores varios, *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica* ("Quaderni Fiorentini", 28, 1999, pp. 1-850), en "Themis. Revista de Direito", 3, 2001, pp. 459-497, y en "Análise Social", 165, 2002, pp. 1285-1302; Federico Fernández-Crehuet y A.M. Hespanha (eds.), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2008. F. Fernández-Crehuet dirige desde la Universidad de Almería, Andalucía, un grupo de investigación sobre *Dictadura y Derecho: Portugal y España* en el que se integra Hespanha (www.ual.es/GruposInv/Derecho-Dictadura).

⁽²⁷⁾ Dándole especial relevancia para su apreciación a la larga del derecho a ras de tierra, A.M. HESPANHA, *O contínuo regresso da oralidade*, p. 206, en *A Política Perdida*, pp. 205-224 (= *The everlasting return of orality*, en Dag Michalsen, ed., *Reading Past Legal Texts*, Oslo, Unipax, 2006, pp. 25-56). Otro paralelismo biográfico, que es relevante para la continuidad de un proyecto de vida y trabajo: ambos nos casamos bastante jóvenes y nos mantenemos unidos con compañeras de clase en derecho, Maria da Graça Cordeiro-Pereira y María de las Mercedes Rodríguez-Piñero, de nombres además ambas antidorales.

también había venido a estarlo, recordando su regreso a la docencia en facultad jurídica tras haber mantenido un destino de historia a secas:

Soube-me a desforra, soube-me a familiaridade, soube-me a rendição, sabe-me a uma maldade gostosa, a um verrumar de consciências, às vezes a uma inutilidade, outras vezes a uma impotência perante verdades estabelecidas, de tal forma os espíritos majestosos dos juristas majestosos se encontram longe dos espíritos inquietos dos historiadores inquietos ⁽²⁸⁾.

Escribiendo en estos mismos tiempos recientes, se refiere Hespanha con ironía a que, aun con todas las apariencias e incluso evidencias adversas, « ainda (...) algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito », puntualizando en nota por si hiciera falta y para mayor ironía: « Como seria o meu caso, segundo alguma interpretação » ⁽²⁹⁾. Ciertamente, hay sectores de la historiografía que guardan sus reservas ante el éxito en sus medios de la obra de Hespanha por la razón de que en ella siempre pesaría demasiado el derecho, demasiado para ser buena historia. Peor sería por supuesto entonces para los periodos del pasado en los que la gracia es lo que más pesa, bastante más que el propio derecho ⁽³⁰⁾, sólo que no hay

⁽²⁸⁾ Así concluye una breve *Auto-biografia* que Hespanha me facilita, publicada en el “Jornal de Letras, Artes e Ideias”, marzo de 2007. El momento de referencia se sitúa a mediados del año 2000, cuando pasa de investigador en el Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa, 1989-2000, a catedrático de la facultad de derecho de la Universidade Nova de Lisboa, de donde ahora se ha jubilado y donde ha impartido no sólo historia, sino también *Introdução ao direito I (Direito e pensamento jurídico)*; de ahí donde procede el volumen *O Caleidoscópio do Direito*, que citaré (no confundir con *Caleidoscópio do Antigo Regime*).

⁽²⁹⁾ En un contexto clave, al que luego acudo, para la disonancia de voces en el coro, A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 9 (paréntesis en portugués siempre suyos).

⁽³⁰⁾ A.M. HESPANHA, *A mobilidade social na sociedade do Antigo Regime*, en *Tempo* (revista del Departamento de História de la Universidade Federal Fluminense), 21, 2006, pp. 133-143, particularmente pp. 138-143: *Graça: Gratidão, Liberalidade e Misericórdia*, como síntesis reciente, ahora integrada como último capítulo en *Imbecillitas*; en castellano, con variante de título que comentaré, *Las estructuras del imaginario de la movilidad social en la sociedad de antiguo régimen*, en Francisco Chacón Jiménez, N.G. Monteiro (eds.), *Poder y movilidad social. Cortesanos, religiosos y oligarquias en la Península Ibérica (siglos XV-XIX)*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Cien-

especialidades académicas de historia o de economía de la gracia y hemos tenido que venir fungiendo, lo quisiéramos o no, de historiadores del derecho, cuando no se nos toma como simples historiadores ⁽³¹⁾. De economistas de la gracia, sin historia por medio, podríamos quizás haber tenido un futuro, uno que ahora sería presente, pero no es ese el camino que elegimos ⁽³²⁾.

tíficas, 2006, pp. 21-42; a lo que puede añadirse, con selección de fuentes, *Serviço, mercê e salário. Uma nota com base na doutrina jurídica seicentista*, en *Caleidoscópio do Antigo Regime*, pp. 187-211.

⁽³¹⁾ Habría cosas todavía por decir sobre una *economía de la gracia* en la historia europea que no se corresponde exactamente con la *economía del don* social más a la vista de la antropología desde el *Essai sur le don* de Marcel Mauss (1925) ni con la *economía de la mercéd* política más comprensible para la historiografía, conforme a puntualizaciones del propio A.M. HESPAÑHA, *Depois do Lieviathan*, p. 16: “Note-se, de passagem, que a graça — que suscita no beneficiário a gratidão e o move a praticar um novo ato de graça a favor do primeiro benfeitor — é a mola tanto do serviço como da mercê. Daí que, se queremos descrever a lógica do todo, devemos falar numa lógica (economia, gramática) da graça e não da mercê. Ou seja, a economia da graça engloba tanto a economia do serviço como a economia da mercê”, con referencia ulterior a la extensión histórica de la gracia a terrenos como el de la banca y las finanzas, remitiéndose a mi *Antidora* y a su *Cálculo finaciero y cultura contable en el Antiguo Régimen*, en C. Petit (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 91-108 (en portugués, en José Luís Cardoso y António Almodovar, eds., *Actas do encontro ibérico sobre história do pensamento econômico*, Lisboa, Centro de Investigação sobre Economia Portuguesa, 1992, ahora recogido en *A Política Perdida*). Por lo usual, las posiciones de Hespanha sobre la clave de la gracia suele limitarse en la historiografía a términos que le resultan más reconocibles: José MARTÍNEZ MILLÁN, *Las investigaciones sobre patronazgo y clientelismo en la administración de la Monarquía Hispana durante la Edad Moderna*, en “*Studia Historica. Edad Moderna*” (revista de la Universidad de Salamanca), 15, 1996, pp. 83-106; sin ni siquiera mencionarle, Fernanda OLIVAL, *La economía de la gracia en la cultura política del Portugal moderno*, en Francisco José Aranda y José Damião Rodrigues (eds.), *De Re Publica Hispaniae. Una vindicación de la cultura política en los reinos ibéricos en la primera modernidad*, Madrid, Sílex, 2008, pp. 389-408. En lo que toca a la historia del derecho, la economía del derecho ha de reconocerse que está teniendo bastante menos mordiente que el despeje del Estado. La única exposición manualista que conozco en la que se haga el intento de integrar la gracia como elemento del derecho pertenece al propio Hespanha, su *Cultura jurídica europeia* que pronto cito.

⁽³²⁾ Lo elige, por ejemplo, Laurelyn WHITT, *Science, Colonialism, and Indigenous Peoples: The Cultural Politics of Law and Knowledge*, Cambridge, Cambridge University, 2009, pp. 136-157, al contraponer la mercancía al don para hacer ver la potencialidad del segundo en relación al conocimiento humano y a los recursos genéticos caso de que no se mantuviera el empeño de reducirseles a régimen de apropiación y

La ironía es Hespanha el primero que se la aplica a sí mismo. Quien culminó sin entusiasmo la licenciatura de derecho y quien ha agradecido durante su vida profesional el alejamiento finalmente temporal respecto a las facultades jurídicas, es en realidad un obseso del derecho, como lo es, en cuanto que historiador, de cosas hoy tan exóticas como la gracia. En cuanto que jurista, incluso se ha tomado en serio y con empeño la enseñanza de derecho en sí mismo, caracterizándose por asumir la dificultad de no reducirlo a orden de Estado ⁽³³⁾. ¿Cómo ha podido hacerse cargo tan seriamente del derecho? Yo he venido también a tomármelo de lo más en serio. ¿Qué nos ha reconciliado con qué? ¿La gracia con el derecho o al revés? ¿Habíamos huido del derecho a la historia, hallado en la historia la gracia y regresado de la gracia al derecho? De que la gracia en todo caso nos dejó tocados no cabe duda ⁽³⁴⁾.

explotación. El asunto se hará presente cuando lleguemos a tópicos que en este momento de la exposición parecerán lejanos como el de la globalización y la antiglobalización. Alguna otra opción en el mismo sentido veremos.

⁽³³⁾ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milênio* (1997, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*), 3ª ed. portuguesa revisada, Lisboa, Europa-América, 2003, con traducciones al chino, 1997, al italiano, 1999, al español, 2002 (con revisión que sirve de base para la tercera portuguesa: *Cultura jurídica europeia. Síntesis de un milenio*), y edición también brasileña, 2008; *O Caleidoscópico do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (2007), 2ª ed. revisada y ampliada, Lisboa, Almedina, 2009. Son libros ambos derivados de la docencia, como ya está dicho del segundo. El término de caleidoscopio para la complejidad connatural al derecho si no se le reduce al producido por el Estado tiene una fuente, pues el primer editor le es cercano: Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (eds.), *El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis socio-jurídico*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2001, que también cito porque, como ya sabemos, a Colombia iremos. Por sus implicaciones, la propia palabra puede identificar un enfoque, aunque no idéntico: Marcelo Pereira de MELLO, *O Método Caleidoscópico: A Sociologia do Direito de Max Weber*, en “Cadernos de Direito FESO” (Centro Universitário Serra dos Órgãos, Rio de Janeiro), 7, 2004, pp. 215-234; *Sociologias do Direito: Historicismo, Subjetivismo e Teoria Sistêmica*, pp. 157-159, en “Revista de Sociologia e Política” (Universidade Federal do Paraná), 24, 2005, pp. 153-169.

⁽³⁴⁾ “Amazing Grace! How sweet the sound! / That sav’d a wretch like me. / I once was lost, but now am found. / Was blind, but now I see”, así arranca el espiritual que podríamos haber entonado a dúo Hespanha y yo como en un musical a la caída de la tarde del 9 de Julio de 1990 descendiendo la cuesta hacia el mar por el barrio de Santa Lucia. Lo compuso John Newton (*The Olney Hymns*, 1779) y nuestra versión habría sido una más, no necesariamente la peor, de entre las innúmeras existentes desde entonces.

Fue literalmente de congraciamiento, con el derecho de hoy por la gracia de ayer, con lo propio mediante lo extraño. Ahí gravita la clave de un acercamiento a lo exótico que, si no capacita, al menos sensibiliza para una comprensión de lo próximo. No digo que lo sea necesariamente de una simpatía al menos por mi parte ⁽³⁵⁾. Por dicho desvío hacia el pasado podríamos proseguir directamente, pero al mismo llegaremos tras detenernos en la historia más estricta del derecho. Tanto *La Gracia* como *Antidora*, por sí mismas y por lo que tienen en común, han sido obras bastante comentadas y criticadas ⁽³⁶⁾. No sé medir si la primera alcanzó un impacto por separado equivalente o incluso superior al de la publicación española de *Vísperas de Leviatán* — la portuguesa apareció con poste-

⁽³⁵⁾ B. CLAVERO, *Antidora*, epílogo: *The other and the brother*, con epígrafe rememorativo de Benjamin N. NELSON, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood* (1949; epílogo, *The brother and the other*); A.M. HESPANHA, *A imaginação legal nos primórdios da época moderna*, en “Novos Estudos—Centro Brasileiro de Análise e Planejamento”, 59, 2001, pp. 137-153 (= *Early Modern Law and the Anthropological Imagination of Old European Culture*, en John A. Marino, ed., *Early Modern History and Social Sciences: Testing the Limits of Braudel’s Mediterranean*, Kirksville, Truman State University, 2001, pp. 191-204), ahora integrado al final del primer capítulo de *A Política Perdida*. Desde la perspectiva de medios no católicos, podía, comprensiblemente, achacársele simpatía y hasta fascinación: Julius KIRSHNER, reseña de *Antidora* en “Journal of Modern History”, 64-4, 1992, pp. 835-837; el mismo autor y en la misma revista reseña también *La Gracia del Derecho* (67-3, 1995, pp. 758-759, con buena presentación de la obra: “which combine theoretical sophistication with imaginative empiricism”, aun con similar reproche final: “I do not share his antiliberal nostalgia”). Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Acho que se trata de um equívoco: nem todo o antiliberalismo (que me caracteriza... de facto) significa adesão a um corporativismo pré-moderno. Isto faria de todo o comunitarismo ou das desconstruções do modelo mental e político liberal manifestações de reacionarismo”. A esto, pues toca, aun entre equívocos, un nervio vivo, habremos de volver.

⁽³⁶⁾ Para ejemplos incisivos, mucho más allá de la mera recensión, J.I. LACASTA ZABALZA, *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’: Contrapunto jurídico y moderadamente formalista al ideario plenamente antiformalista de António Hespanha*, en “Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos” (ahora Revista de Estudios Histórico-Jurídicos de la Corona de Aragón), 3-4, 1996, pp. 437-456; Zacarías MOUTOUKIAS, *Peut-on faire l’économie d’une économie politique? (Note critique)*, en “Annales. Histoire, Sciences Sociales”, 56-6, 2001, pp. 1111-1128; Marcel HÉNAFF, *Religious Ethics, Gift Exchange and Capitalism*, en “Archives Européennes de Sociologie”, 44-3, 2003, pp. 293-324.

rioridad incluso a *La Gracia del Derecho*, a su edición española y única. Resultaría ahora interesante cruzar comentarios y críticas sobre esta *Gracia* y la de *Antidora*, así como revisar reflexiones posteriores nuestras, pero no voy a seguir con la historiografía sobre un objeto determinado. No me detendré ahora en la indagación y los debates sobre historia de la gracia con todas sus implicaciones incluso imprevistas en su momento por parte nuestra, la de Hespanha y mía en todo cuanto confluimos ⁽³⁷⁾.

Acudiré ahora en cambio a una especie no de gracia, sino de desgracia, la nuestra, de Hespanha y mía, de nuestro gremio profesional, el de la historia del derecho, por la hipoteca que pesa al

(37) A las referencias ya dadas por la cita de Hespanha, conviene sumar, aparte la historiografía sobre la gracia institucionalizada en el ámbito político (ejs., Salustiano DE DIOS, *Gracia, merced y patronazgo real. La Cámara de Castilla entre 1474 y 1530*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993; Karl Härter y Cecilia Nubola, eds., *Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardo medioevo e età contemporanea*, Bolonia, il Mulino, 2011), otras obras posteriores a las dos nuestras, como la de Natalie Zemon DAVIS, *The Gift in Sixteenth-Century France*, Madison, University of Wisconsin, 2000, la de M. HÉNAFF, *Le prix de la vérité: le don, l'argent, la philosophie*, París, Seuil, 2002, la de Ilana KRAUSMAN BEN-AMOS, *The Culture of Giving: Informal Support and Gift-Exchange in Early Modern England*, Cambridge, Cambridge University, 2009, y la de Richard HYLAND, *Gifts: A Study in Comparative Law*, Oxford, Oxford University, 2009, o también las menores sólo en extensión de J. VALLEJO, *Amor de árbitros. Episodio de la sucesión de Per Afán de Ribera, el Viejo*, en J.M. Scholz (ed.), *Fallstudien zur spanischen und portugiesischen Justiz, 15. bis 20. Jahrhundert*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1994, pp. 211-269; de Bartolomé YUN CASALILLA, *Economía moral y gestión aristocrática en tiempos del Quijote*, en "Revista de Historia Económica — Journal of Iberian and Latin American Economic History", 23, extra 51, *La economía en tiempos de Don Quijote*, 2010, pp. 45-68, e incluso del propio HESPAÑHA, en colaboración con A. SERRANO, *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, en C. Petit (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74, ahora en *A Política Perdida* y en la edición brasileña de *Paixões do jurista*, 2011. Para enlaces a artículos pertinentes, la pestaña de *Debates* de mi sitio (<http://clavero.derechosindigenas.org>); en la de *Estudios* lo hay a *Beati Dictum: Derecho de linaje, economía de familia y cultura de orden*, mi otro trabajo mayor al respecto ("Anuario de Historia del Derecho Español", 63-64, 1993-1994, pp. 7-148). El *don* sigue además constituyendo una clave para la antropología que tener en cuenta al menos como contrapunto (ejs., Dominique TEMPLE, *La dialéctica del don. Ensayo sobre la oikonomía de las comunidades indígenas*, La Paz, Hisbol, 1995; Paz MORENO FELIÚ, *El bosque de las Gracias y sus pasatiempos. Raíces de la antropología económica*, Madrid, Trotta, 2011).

resultar que nos agremiamos también intelectualmente, aunque a esto nos resistamos y aunque nunca hayamos estado por completo solos a contracorriente ⁽³⁸⁾. Nos ubicamos dentro de una especialidad académica con verdadero peso en más de un sentido, ninguno quizá del todo sano, atrapada como se encuentra entre historia, derecho y las políticas de la una y del otro, sobre todo del segundo, del derecho, aunque mejor sería decir más directamente del Estado que intenta monopolizarlo y con el que tanta historiografía no sólo jurídica se identifica. Éste es nuestro lugar académico, agónico y todo que se le diga ⁽³⁹⁾. El medio profesional también es el mensaje o parte del mismo por lo menos, pudiendo condicionarlo en su integridad.

3. *Historia general, historia local, historia colonial no localizada.*

La última cita de Hespanha, la de una ironía redoblada por el texto y por la nota, se sitúa en el desarrollo de un argumento que puede parecer contradictorio con cuanto acaba de registrarse. Es el de la *centralidade* del derecho en la historia, lo que debe por

⁽³⁸⁾ Respecto al ámbito estricto de la historia del derecho ha de registrarse especialmente el hogar intelectual creado por Paolo Grossi a partir de los años setenta, justo a punto para nuestra generación, en el que es hoy, desde 1980, el ya mencionado Centro (Fiorentino) di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno. La misma sede de publicación de estas páginas ofrece testimonio. Veremos ahora a Pio Caroni referirse a la *solitudine dello storico del diritto*, pero, si lo tomamos en sentido literal además de individual, no es tal nuestro caso, gracias esto también a sectores de la historiografía, por algunos de cuyos círculos, no sólo en Portugal, la influencia de *As Vésperas do Leviathan* en particular es tal que el título ha podido hacerse mostrenco con ligeros giros: David Jorge DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, *La antesala de Leviatán. Las maneras de la integración política en la época prerrevolucionaria*, en “Bajo Palabra. Revista de Filosofía” (de la Universidad Autónoma de Madrid), 2, 2007, pp. 57-72.

⁽³⁹⁾ Pio CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina 'altra'*, Milán, Giuffrè, 2009 (ed. más completa tras la original en alemán, 2005, y la traducción al castellano, 2006), p. 41, como arranque de su exposición: “Agonia: forse no è la parola giusta per descrivere lo stato di salute della storia del diritto (...). Eppure preferisco confermarla”, refiriéndose en particular a su posición aceleradamente declinante en los estudios de derecho no sólo por deméritos propios.

supuesto entrar a matizarse, como intentaré hacer siguiéndole ⁽⁴⁰⁾. Cito con la inclusión del pequeño pasaje ya reproducido:

Hoje, quando falamos de centralidade do direito, entendemos que se fala no « primado da lei », na idéia — que é muito comum entre os juristas — de que o mundo é um grande código e que, para conhecer o mundo, basta conhecer os códigos. Os antigos também diziam « *quod non est in libris (in actis), non est in mundo* » [o que não está nos livros (nos processos) não está no mundo]. Só que os livros de que eles falavam não eram os códigos de leis; eram os livros de doutrina jurídica, aquilo a que então se chamava o « direito comum » (*ius commune*). Por um lado, estes livros, que já tinham muito pouco a ver com os textos de direito romano ou canônico, a bem dizer não tinham nada a ver com as leis do reino. Daí que, ainda que algum historiador (do direito) ande obcecado com o direito, não liga quase nada às leis dos reis, embora possa ligar muito à doutrina dos juristas e à jurisprudência dos tribunais ⁽⁴¹⁾.

El *derecho común*, ese derecho que suele identificarse como derecho romano-canónico bien que propiamente no lo fuera, pues lo constituía una jurisprudencia acorde con nuevos tiempos, así como por su parte el derecho de las leyes del reino, se nos advierte por Hespanha que no formaban el ordenamiento prevalente, para cuyo conocimiento se nos añade que es siempre más aconsejable atender al primero, mas no tanto por su valor en sí mismo como porque puede conducirnos a otras dimensiones:

[U]ma das características do direito comum [U] era a sua enorme flexibilidade, traduzida no facto de o direito local se impor ao direito geral e de, na prática, as particularidades de cada caso — e não as

⁽⁴⁰⁾ Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Aquí há, de facto, um problema... Terei que explicar isto melhor, se puder...”. En cualquier caso, como seguiremos comprobando, las *centralidades* de Hespanha siempre tienen algo o mucho de *excentralidades*, como sea el caso, más que de ninguna, de la centralidad, ya histórica, ya presente, del derecho.

⁽⁴¹⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 9, ahora la cita sin la nota (“Como sería o meu caso, segundo alguma interpretação”), de la que enseguida veremos la razón más próxima con nombre, apellidos y título, los de Laura de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra. Política e administração na América portuguesa do século XVIII*, São Paulo, Companhia das Letras, 2006. P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 443: “respondi a estas críticas (...) tomando para pretexto o livro de Laura de Mello e Souza”.

regras abstratas — decidirem da solução jurídica. Isso quer dizer que a centralidade do direito se traduzia, de fato, na centralidade dos poderes normativos locais, formais ou informais, dos usos das terras, das situações « enraizadas » (*iura radicata*), na atenção às particularidades de caso; e, em resumo, na decisão das questões segundo as sensibilidades jurídicas locais, por muito longe que andassem daquilo que estava estabelecido nas leis formais do reino ⁽⁴²⁾.

El derecho era ante todo derecho *local*, derecho de usos y de autoridades locales, de lo que la jurisprudencia del derecho común había de hacerse obligadamente cargo. La centralidad aparente del derecho así se tradujo en la descentralización radical del derecho; el imperio del texto, en la ductilidad del sistema. Y había más, algo que ya sabemos. Ni siquiera el derecho periférico prevalecía. Derecho ninguno lo hacía. La misma jurisprudencia puede conducirnos a aquel panorama ya descrito aquí por la debida cita de Hespanha en el que lo que prevalece, lo que prevalecía, era una batería de virtudes de valor por entonces igual o incluso superior al de la justicia. La teología de aquellos tiempos reforzaba y abundaba. En suma, el orden de la gracia primaba sobre el ordenamiento jurídico. Y, para desconcierto de colegas, la reconciliación con el derecho se extendía a la reconciliación con la teología ⁽⁴³⁾.

Hespanha conoce bien en carne propia que todo esto le ha situado a *contramão* de una historiografía no jurídica y jurídica anclada en la idea de que « direito significa antes imposição, cogência, execução, inflexibilidade, formalismo », todavía además heredera y tributaria de la « historiografía liberal que, para marcar mais a ruptura da Revolução, carregava de cores sombriamente monocên-

⁽⁴²⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 9-10.

⁽⁴³⁾ A.M. HESPANHA, *Heautontimorumenos* (a propósito de *As Vésperas de Leviathan* como sabemos), p. 107: “[L]a storiografia sociale e politica affermata difficilmente ammette che testi o rappresentazioni dottrinali producano effetti al livello dei meccanismi sociali ‘empirici’. Segnatamente quei sacri testi giuridici, campo di lavoro di una tribù storiografica la cui reputazione non è del tutto buona: gli storici del diritto. Io, al contrario, vi credo sempre più. E in alcuni lavori più recenti non ho potuto che rafforzare questo convincimento, sia per ciò che riguarda il diritto, sia per ciò che concerne un altro campo oscuro per gli storici ‘del sociale’: la teologia, o meglio la teologia morale”.

tricas e opressoras qualquer das sociedades anteriores ». Más se reafirma ahora en contramano porque ha experimentado que así se abre acceso a un mundo histórico no sólo, según entiende, europeo ⁽⁴⁴⁾. Nos explica que todo ello, gracia inclusive, le ha servido para entender el orden social de la Europa sudoccidental altomoderna y también el de sus extensiones coloniales, como las de Portugal por Macao y por Brasil ⁽⁴⁵⁾. El orden colonial sería así igualmente menos rígido y más maleable de lo que usualmente hoy se entiende, pues también ahí prevalecía « o policentrismo, o pluralismo jurídico-político, a confusão jurisdiccional » y todo el corporativismo correlativo, tanto localista como no tan localizado ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁴⁾ P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 434: “O direito, nomeadamente, não despertou um especial interesse, apesar do impacto estruturante que teve, e tem, nas sociedades do Ocidente europeu e nas suas extensões coloniais”, refiriéndose Hespanha en concreto con lo de la frustración, bien que relativa por lo que expone acto seguido sobre trabajos logrados, a su empeño en el seno del Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa (1989-2000); p. 438: “o desconhecimento da *poética* jurídica do social” se debe bastante a la “dificuldade do uso da tradição literária dos juristas como fonte da história cultural e social”, precisamente equiparable a lo que ocurre “com a história dos saberes religiosos (cristãos: teologia, liturgia, parenética, apologética e catequética)”.

⁽⁴⁵⁾ La ausencia de Brasil en *As Vésperas do Leviathan* a los efectos de ausencia de cómputo de ingresos de procedencia colonial ya se le había señalado a Hespanha: Stuart B. SCHWARTZ, *Somebodies and Nobodies in the Body Politic: Mentalities and Social Structures in Colonial Brazil*, p. 122, en “Latin American Research Review”, 31-1, 1996, pp. 113-134 (= *Mentalidades e estruturas sociais no Brasil colonial: uma resenha coletiva*, en “Economia e Sociedade”, revista de la Universidade Estadual de Campinas, 13, 1999, pp. 129-153). A la crítica le confieren un alcance más general Francisco Bethencourt y D.R. Curto (eds.), *Portuguese Oceanic Expansion, 1400-1800*, Cambridge, Cambridge University, 2007, pp. 83 y 198 (páginas de J. Pedreira y del propio F. Bethencourt; la reseña de João Fraçoso y Maria de Fátima Gouvêa en “e-Journal of Portuguese History”, 5-2, 2007, recupera la posición de Hespanha ahí desdibujada); también generaliza la crítica L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, p. 55: “Hespanha havia centrado seu foco em Portugal, negligenciando o fato de ter sido, por tanto tempo, metrópole de um vasto Império”. España por Portugal, me siento paralelamente *touché*.

⁽⁴⁶⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 11 y 20; *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macao, Fundação Macau, 1995, con edición inmediata, 1996, en chino (Hespanha estuvo impartiendo clases de derecho en Macao durante la década de los noventa con módulos como *Mudança cultural e mudança administrativa*). Sobre Brasil cuenta con una serie de trabajos desde su participación en la conferencia del 2000 de la *Society* [hoy *Association*] *for Spanish and Portuguese Historical Studies* con el

Sus escritos sobre el Brasil colonial han sido objeto de un debate suscitado sobre el terreno que interesa a la concepción y la práctica del ordenamiento social de aquellos tiempos (47). A propósito de « a aplicação indiscriminada » de su visión formada en Europa a la historia colonial, a Hespanha se le reprocha la « supervalorização dada (...) aos textos jurídicos » y a la economía de la

trabajo *The constitution of Portuguese empire. Revision of current historiographical biases*, reelaborado a continuación en J. Fragoso, Maria Fernanda Bicalho y M.F. Gouvêa (eds.), *O Antigo Regime nos Trópicos. A dinâmica imperial portuguesa, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001 (pp. 163-188: *A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes*); más específicamente, *Direito luso-brasileiro no Antigo Régime*, ed. electrónica, 2005 (=O direito dos letrados no Império português, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006; versión ampliada de *História de Portugal moderno: político-institucional*, 1995); *Direito Comum e Direito Colonial*, en la revista electrónica “Panóptica” (www.panoptica.org), 3, 2006, pp. 95-116 (=Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro en estos “Quaderni Fiorentini”, 35, 2006, pp. 59-81, y en E.F. Paiva, ed., *Brasil-Portugal. Sociedades, culturas e formas de governar no mundo português. Séculos XVI-XVIII*, São Paulo, Annablume, 2006, pp. 21-41). También tiene Hespanha algunos trabajos sobre las colonias africanas de Portugal, pero de menor entidad.

(47) Mafalda SOARES DA CUNHA, *Les élites dans les colonies portugaises à l'époque moderne*, pp. 66-68, en Claire Laux, François-Joseph Ruggiu y Pierre Singaravélou (eds.), *Au sommet de l'Empire. Les élites européennes dans les colonies (XVI^e-XX^e siècle)*, Bruselas, Peter Lang, 2009, pp. 63-84; entrando en la noticia del debate, p. 66: “Le revirement fit émerger le modèle opposé d'un empire ‘faible’, que minimisait le rôle de la Couronne et des institutions centrales de contrôle de la métropole. Une telle perspective a pris une plus grande consistance théorique avec les travaux de l'historien António M. Hespanha sur la nature du système politique portugais au XVII^e siècle, la critique de paradigme étatiste appliqué a l'histoire moderne, et la proposition d'une alternative, celle du concept du ‘monarchie corporative’ comme formule politique caractérisant les monarchies de l'Ancien Régime”. El *revirement* precedente se refiere a Luis Felipe F.R. THOMAZ, *Estrutura política e administrativa do Estado da Índia no século XVI*, en Luís de Albuquerque e Inácio Guerreiro (eds.), *II Seminário Internacional de História Indo-Portuguesa. Actas*, Lisboa, Instituto de Investigação Científica Tropical, 1985, pp. 515 a 540, recogido en su *De Ceuta a Timor*, Carnaxide, Difel, 1994, pp. 207-243. Para testimonios de resonancias de la economía de la gracia en medios brasileños, José Arthur CASTILLO DE MACEDO, *Dádiva, Graça, Direito e Governo no Antigo Regimen*, en *Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI* (Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito), 2010 (www.conpedi.org.br/anais_fortaleza.html, sección de *História do Direito*); Alexander Martins VIANNA, *Algumas implicações de ‘Moderno’ em ‘Estado Moderno’*, en “Acta Scientiarum. Human and Social Sciences” (revista de la Universidade Estadual de Maringá), 23-2, 2011, pp. 205-216.

gracia, dejándose « magnetizar pelo mundo dos juristas e dos teólogos (...) esquecendo que a lei muitas vezes permanecia letra morta », con lo cual se le acusa de ofrecer en suma una imagen benevolente de aquel colonialismo. Mediante la extensión del derecho común de Portugal a Brasil, Hespanha, aun con la peculiaridad de su visión estadófuga, estaría inventando hoy el *derecho indiano* portugués, un concepto de derecho colonial para ayer como su representación neocolonial para hoy, la idea del *direito luso-brasileiro* para entonces (48).

En el consiguiente debate, la alegación de que *a lei permanecia letra morta* le brinda a Hespanha la oportunidad de insistir en que su noción del derecho es otra. Justamente señala que la crítica se le formula desde una concepción anacrónica del orden normativo. También aprovecha para alegar que su propia visión no es para nada complaciente, lo que comparte con la misma Laura de Mello e Souza, la autora de *O sol e a sombra*, de donde la impugnación más frontal procede:

Do que acabo de escrever já se deduz que continuo a pensar que a chave interpretativa que este livro fornece pode servir a historiografia brasileira, sem sequer obrigar — o que seria grave — à ocultação da violência colonial. Ou, dito de outra forma, sem sequer impedir a consideração da diferença entre (uma entidade indefinida a que alguns historiadores chamam) « colonos » (i.e., colonizados, vítimas da colonização) e (outra a que os mesmos chamam) « reinóis » (i.e., colonizadores, agentes e beneficiários da

(48) L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, cuyo primer capítulo, *Política e administração colonial: problemas e perspectivas*, es de revisión de planteamientos historiográficos (citas, pp. 52, 55 y 60); sobre el llamado *derecho indiano* como derecho retrospectivamente colonial, B. CLAVERO, *Europa hoy entre la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, pp. 541-555, en estos “Quaderni Fiorentini”, 33-34, 2004-2005, pp. 509-607; para un repaso historiográfico moderadamente crítico, Luigi NUZZO, *Dall'Italia alle Indie. Un viaggio del diritto comune*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 12, 2008, pp. 102-124, no incluyendo el caso Portugal-Brasil. En estos trances nunca falta quien induzca a confusión sobre la diversidad de posiciones, como respecto al debate *luso-brasileiro* Rafael RUIZ, *Duas percepções da justiça nas Américas: Prudencialismo e legalismo*, en las actas del 8º *Encontro da Associação Nacional dos Pesquisadores e Professores de História das Américas*, 2008, ed. electrónica (www.anphlac.org), ahora el artículo en el sitio del Instituto Politécnico de Beja (www.ipbeja.pt).

colonização). Realmente, houve uma coisa e outra; como, na Europa, houve senhores e camponeses. Mas, apesar das tensões, desigualdades e espoliação entre uns e outros, eles conviveram, uns e outros, nessa sociedade hierarquizada, fundada na desigualdade e no privilégio, internamente dominadora e marginalizadora, que foi a sociedade corporativa; no seio da qual uns exploraram tranquilamente os outros, os segregaram e dominaram, os silenciaram e gozaram com o seu silêncio. Nos quadros e com os instrumentos que a matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia abundantemente dispunha ⁽⁴⁹⁾.

Llegamos a una frontera, a una verdadera frontera que no hemos encontrado hasta ahora. Hespanha la identifica con respecto a *rústicos* en Europa asimilando, sin mayor elaboración, a esclavos e indígenas en América (« como, na Europa, houve senhores e cam-

(49) A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 34; *Conflito e resistência na sociedade de Antigo Regime*, en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 39-60; *Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, en J. Frago y M.F. Gouvêa (eds.), *Na trama das redes. Política e negócio no Império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94 (con primera versión en inglés, 2007, presentada a más de un foro internacional, en América y en Europa, y difundida en Internet). Las críticas de neocolonialismo dirigidas a Hespanha también se motivan en que fue, entre finales de 1995 y principios de 1999, Comisario General de la *Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses*, de lo que tampoco deja de reivindicarse: A.M. HESPANHA, *O historiador e o cidadão. História e ciência política*, pp. 79-81, *Fazer justiça, fazendo história*, en *Caleidoscópico do Antigo Regime*, pp. 71-85 (p. 79: “não faltará quem pergunte qual é o sentido destas comemorações, num contexto civilizacional em que um dos pontos mais criticados é a criação de uma hegemonia mundial europeia, redutora da diversidade cultural e cuja história está plena de violências hoje penosas de narrar”). Bajo su dirección, una *Editorial* de “Penélope. Fazer e Desfazer a História”, 2, 1989, pp. 5-7, puso condiciones *científicas* a las conmemoraciones que Hespanha no depondría. Su posición crítica al frente de la CNCDP consta: S.B. SCHWARTZ, *Brazil: Ironies of the Colonial Past*, p. 681, en “Hispanic American Historical Review”, 80-4, 2000, pp. 681-694; Marcus POWER, *Exploding the Myth of Portugal's 'Maritime Destiny'* p. 145, en Cheryl McEwan y Alison Blunt (eds.), *Postcolonial Geographies*, Londres, Continuum, 2002, pp. 132-146. Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “A minha política foi sempre de contra-corrente, embora encaixada numa posição cuja missão era celebrar a expansão portuguesa. Foi um risco; mas antes estar lá eu a fazer isto, do que outro fazer comemorações etnocêntricas e patriotas”. Otro paralelismo biográfico: también durante tres años (2008-2010), he sido miembro de un organismo de Naciones Unidas sobre asuntos indígenas. A esto me propongo regresar.

poneses ») ⁽⁵⁰⁾. Es una asimilación que tiene base efectiva en la jurisprudencia histórica, pero no en unos términos tan inmediatos pues adiciona otras condiciones como, sobre todo, la de menor vitaliciamente, la que ya de por sí degradaba sin término de comparación ⁽⁵¹⁾. Sin embargo, esto sólo es la imagen y el designio de

⁽⁵⁰⁾ A.M. HESPANHA, *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, en “Seqüência” (revista de la Universidade Federal de Santa Catarina), 51, 2005, pp. 47-105, conectando con *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, que se publicara en *Ius Commune* (revista del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte), 10, 1983, pp. 1-48, y se recogiera traducido al castellano en *La Gracia del Derecho*; en portugués, “Revista Crítica de Ciências Sociais”, 25-26, 1988, pp. 31-60; también con otras páginas propias como *A administração e o direito não oficiais no sistema político do Antigo Regime*, en “Anuario de Historia del Derecho Español”, 57, 1987, pp. 737-758. Vuelve al asunto en *Imbecillitas*, pp. 141-198, con interesantes apuntes de método a los que luego aludiré, pero sin cambio sustancial de planteamiento, bien que hablando de *discriminação jurídica* y de *favor iuris* “das drásticas medidas de discriminação social, jurídica e política dos mais humildes (*miserabiles* pessoas, pobres, mulheres, viúvas, órfãos, rústicos, indígenas americanos), a protecção jurídica e a solicitude paternalista dos poderes para com eles, protecção que inclui uma especial tutela do príncipe sobre os seus interesses: foro especial, tratamento jurídico mais favorável (*favor*), por exemplo, em matéria de desculpabilização perante o direito penal, de prova, de presunção de inocência ou de boa fé”; lo desarrolla como si el llamado *favor* no fuera manifestación de la discriminación, de una discriminación constitutiva del orden social, y refiriéndose a desfavores sustantivos en términos de algo adicional y secundario, como si no fuesen caracterizadores de *status* (pp. 57 y 171-172), de unos *status* que justamente considera como constitutivos a su vez de las propias *personae* (pp. 18 y 48-65).

⁽⁵¹⁾ La asimilación entre rústico europeo e indígena americano la asume también una historia del derecho que está acogiendo de pleno fuera de España y de América Latina los planteamientos netamente neocoloniales del *derecho indiano*; para ejemplo, Manlio BELLOMO, *Elogio dei 'dogmata legum'. Memorie per una storia della storiographia giuridica*, p. 65, en “Rivista Internazionale di Diritto Comune”, 20, 2009, pp. 29-70; para el intento de matización, B. CLAVERO, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994, pp. 11-19. La asimilación jurídica consta, pero también la diferencia: “The vast majority of native Americans who were not so treated [no esclavizados], including conquest allies, had to live with far less dignity than Spanish peasants, their closest legal equivalent” (Kris Lane, ed., *Defending the Conquest: Bernardo de Vargas Machuca's 'Defense and Discourse of the Western Conquests'*, University Park, Pennsylvania State University, 2010, p. IX). Si se tratase de una asimilación, no jurídica de ayer, sino historiográfica de hoy, más expresiva pudiera ser en el ámbito hispano si se hiciese con los moriscos, gentes cristianizadas de descendencia musulmana, con la reserva de poder a su respecto en iglesia y monarquía: C. GARRIGA,

una parte; de otra, la indígena, de tenía la propia visión y el propio derecho o mejor dicho las propias visiones y los propios derechos⁽⁵²⁾. Con al cuadro que nos ofrece Hespanha, tenemos en la frontera *colonos* de procedencia europea que podían llegar a entenderse *colonizados* por Europa y hay *colonizados* por Europa y por los *colonos*. Éstos había de tener su propio orden social, su propio derecho si prefiere decirse, precedente a cualquier otro sobre el terreno⁽⁵³⁾. ¿Cómo es que podemos postergarlo? ¿Cómo podemos abordar la historia colonial sin tomar en cuenta los derechos de los pueblos indígenas que sufrieron el colonialismo y sufren sus secue-

Enemigos domésticos. La expulsión católica de los moriscos, 1609-1614, en estos "Quaderni Fiorentini", 38, *I diritti dei nemici*, 2009, pp. 225-288.

⁽⁵²⁾ Sobre visión indígena, existe ya una importante historiografía que está exhumando, colacionando y exprimiendo más fuentes en lenguas no europeas de las que, por dejadez arraigada en prejuicio, la academia ha venido presumiendo. Un especialista a este respecto (Matthew RESTALL, *The Maya World: Yucatec Culture and Society, 1550-1850*, Stanford, Stanford University, 1997; con Lisa Sousa y Kevin Terraciano, eds., *Mesoamerican Voices: Native-Language Writings from Colonial Mexico, Oaxaca, Yucatan, and Guatemala*, Cambridge, Cambridge University, 2005; con Florine ASSELBERGS, *Invading Guatemala: Spanish, Nahuatl, and Maya Accounts of the Conquest Wars*, University Park, Pennsylvania State University, 2007) ha expuesto la ignorancia y la inconsciencia que siguen imperando en la historia de la invasión y ocupación hispanas de América: M. RESTALL, *Los siete mitos de la conquista española* (2003), Barcelona, Paidós, 2004; con K. LANE, *Latin America in Colonial Times*, Cambridge, Cambridge University, 2011, manual que ofrece un cuadro con presencia significativa tanto indígena como afrodescendiente. No tengo conocimiento de que para el colonialismo portugués en Brasil haya una literatura equivalente mediante atención a fuentes indígenas. Sobre derecho reincidiré por supuesto.

⁽⁵³⁾ Para lo que resulta una comparación a este determinado efecto entre las posiciones de Hespanha y las mías, C. GARRIGA, *Patrias criollas, plazas militares: sobre la América de Carlos IV*, en Eduardo Martiré (ed.), *La América de Carlos IV*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 2006, pp. 35-130 (y en el sitio *Horizontes y Convergencias. Lecturas Históricas y Antropológicas sobre el Derecho: <http://horizontesy.com.ar>*), las suyas "quizá exagerando el respeto al pluralismo por parte del conquistador" (p. 47), con referencia en concreto a A.M. HESPANHA, *Le droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l'Empire oriental portugais*, en Juan Carlos Garavaglia y J.F. Schaub (eds.), *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16^e-19^e siècle)*, París, Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, 2005, pp. 203-226. Para las mías, marcando ante todo, como precedente en tierra propia, la existencia de derecho de los pueblos indígenas, Garriga se refiere a *Europa hoy entra la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, citado.

las? No basta con advertir su presencia desde una perspectiva que les fuera y les es ajena ⁽⁵⁴⁾.

¿Y cómo podemos presumir que encontraban acomodo en *a matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia* sustrayéndoles con ello su entidad, una entidad merecedora de estudio por sí misma? ⁽⁵⁵⁾. Mello e Souza entiende que el *calcanhar de Aquiles* de la obra de Hespanha sobre Brasil es el descuido de *os contextos imperiais* ⁽⁵⁶⁾. Me parece difícilmente discutible que esta

⁽⁵⁴⁾ Preguntado recientemente sobre lo que se trae entre manos (P. CARDIM, *Entrevista a António Manuel Hespanha*, p. 444), Hespanha responde bienhumoradamente que, entre otras cosas, “o trabalho de manutenção, assistência pós-venda e reciclagem das coisas que escrevi”, pero el reciclaje visto ha sido de historia del derecho portugués a historia del derecho brasileño. En esta misma entrevista más reciente se detiene en la extensión de su trabajo a historia colonial (p. 442: “eu tinha trabalhado um modelo de poder político para o Antigo Regime... Pareceu-me muito adequado aplicá-lo ao ultramar”) sin proceder a registro de derechos indígenas, llegando a señalar tan solo la capacidad localizante de hacerse con derecho colonial (p. 444: “o papel dos *naturais* na apropriação local do direito português”), con la impresión que esto puede dejar de que no lo tenían propio o de que lo tuvieran menos valioso.

⁽⁵⁵⁾ A.M. HESPANHA, *Nação e nações nos confins do Império. Os não europeus perante o direito colonial português no século XIX*, en F. Tomás y Valiente y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en Honor Del Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 351-395, ya ponía en práctica el método de acomodamientos del derecho de pueblos colonizados a la *matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia*, tratándose además del siglo XIX, sin dejar otra cabida que la deparada por el derecho de la metrópolis. Confieso que por aquellos años, en aquel simposio (enero de 1994), todavía no me chocaba tanto ni, por lo que recuerdo, lo hizo para nada a nadie de quienes concurríamos, en mi caso pese a que ya, paralelamente cómo no, me había introducido en el asunto: B. CLAVERO, *Espacio colonial y vacío constitucional de los derechos indígenas*, en “Anuario Mexicano de Historia del Derecho”, 6, 1994, pp. 61-86. Pues estuve deliberadamente desentendido de unas celebraciones, sólo ahora conozco los primeros pasos de Hespanha por este terreno: con Catarina Madeira SANTOS, *Le forme di potere di un impero oceanico*, en Renzo Zorzi (ed.), *L'epopea delle scoperte*, Florencia, Leo S. Olschki, 1994, pp. 449-478. Al respecto no hubo entre nosotros un encuentro o ni siquiera una conversación equiparable a la de Nápoles sobre la gracia.

⁽⁵⁶⁾ L. de MELLO E SOUZA, *O sol e a sombra*, p. 48; Mello e Souza juzga sintomático que la esclavitud africana, clave para el colonialismo *nos Trópicos*, no sea relevante para la mirada europea de Hespanha, a lo que éste aduce que para lo que resultaba menos visible era para el derecho mismo por constituir cuestión de *potestas domestica*, no ordinariamente de las potestades de carácter público (*Depois do Leviathan*, pp. 31-33); sobre la esclavitud con posterioridad, *Imbecillitas*, pp. 199-231, sólo que en

vertiente de su trabajo está aquejada de un reflejo especular producido por la proyección no en todo contrastada de un paradigma de matriz europea ⁽⁵⁷⁾. Sin embargo, ¿no sería más conveniente señalar que lo que falta en uno como en otro caso, en el de Mello e Souza como en el de Hespanha, es la toma en consideración de algo de mayor significación como sea *o contexto indígena*? Lo es drásticamente reducido en el Brasil actual, pero ahí está todavía presente a

base sustancialmente a su *Luis de Molina e a escravização dos negros*, en “Análise Social”, 157, 2001, pp. 937-960. Los trabajos de Hespanha sobre las colonias africanas de Portugal tampoco han servido para colmar esta laguna de la esclavitud en la economía de su obra. Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Talvez mais problemático do que o artigo sobre o *direito luso-brasileiro* é o artigo sobre a escravidão no tratado de Luis Molina sobre a justiça e o direito. Muito simplificada, a tese, aí, é a de que, jogando com o particularismo do *ius commune*, Molina legitima a validade das ordens jurídicas e políticas africanas (em Angola, sobretudo) e, a partir daí, considera como contra direito muito (não tudo...) da ordem jurídico-política escravagista. Este ‘progressismo’ de Molina pode servir como álibi para ignorar as práticas locais dos colonos negreiros”.

⁽⁵⁷⁾ Para testimonio de que la obra de Hespanha contribuye en concreto a recargar la visión portuguesa del Brasil colonial, Maria Filomena COELHO, *A justiça d'além-mar. Lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (século XVIII)*, Recife, Massangana, 2010, con presentación suya, de Hespanha, y sus aperitivos: *Olhar medieval sobre o Brasil Colônia*, y *Justiça e representação: discursos e práticas da tradição portuguesa na América*, ambos en “Revista Múltipla” (União Pioneira de Integração Social, Brasília), 12, 2002, pp. 113-130, y 21, 2006, pp. 71-85, el primero bajo el nombre de Maria Filomena Nascimento (completo, Maria Filomena da Costa Coelho Nascimento). La investigación que condujo al libro se formulaba en otros términos, *Conflitos entre o poder espiritual e o poder temporal em Pernambuco no século XVIII*, produciéndose aparentemente el giro con el asesoramiento de Hespanha. Al método de proyección de historia portuguesa a la brasileña, que es el habitual en el llamado *derecho indiano* entre Castilla y sus colonias, y más aún si es de tiempos medievales europeos a tiempos modernos americanos como si hubiera históricamente un desfase histórico a favor de Europa, cabría aplicar la observación de S.B. SCHWARTZ, *Somebodies and Nobodies in the Body Politic*, p. 124, a la obra de Luis WECKMANN, *La herencia medieval del Brasil*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993: “Weckmann’s book is about transferal, not transformation, and is therefore limited to cataloguing and describing”, por muy sofisticadas que sean clasificación asociativa, *feudal* u otra, y reconstrucción derivativa. La presunción supremacista de desfase entre tiempos se ha puesto especialmente en evidencia por una antropología autocrítica: Johannes FABIAN, *Time and the Other: How Anthropology Makes its Object* (1983), con *Foreword* de Matti Bunzi, Nueva York, Columbia University, 2002.

la vista incluso de la Constitución ⁽⁵⁸⁾. Tamaña deficiencia en común entre Portugal y Brasil es, con toda evidencia, de la misma matriz, la europea.

Si guardásemos consecuencia, en el escenario colonial habría de comenzarse con órdenes sociales *locales*, los que son ante todo, antes y después de la arribada europea, locales y más que locales, los indígenas. Utilizo a partir de este momento el plural de responsabilidad para comprender tanto la obra de Hespanha como la mía pues, por una parte, comparto su visión del derecho europeo histórico ⁽⁵⁹⁾; por otra, lo que ahora sigue es autocrítica antes que crítica. Ya es *beautontimorumenos*.

Cuido que no sea anticrítica. Aparte de que la antiautocrítica malamente quepa, esta lectura de otro modo no merecería la calificación de coral. ¿Cómo podría ser portavoz si redujera a ecos otras voces y yo además me sustrajera? La coralidad no es coartada ni conjuro. Ni el *beautontimorumenos*, fingimiento. Me propongo ensanchar la tertulia allende el círculo de nuestros interlocutores habituales y ser uno más.

⁽⁵⁸⁾ Autores varios, *Os direitos indígenas e a Constituição*, Porto Alegre, Núcleo de Direitos Indígenas, 1993; *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*, Brasília, Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.

⁽⁵⁹⁾ Para una síntesis mía relativamente reciente sobre la relación histórica entre gracia y derecho o más concretamente justicia, B. CLAVERO, *Justicia y Gobierno, Economía y Gracia*, en autores varios, *Real Chancillería de Granada. V Centenario 1505-2005*, Granada, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, 2006, pp. 121-147. Para la relación entre justicia y gracia interesan desde luego sustantivamente más aportaciones aún no citadas de A.M. HESPANHA, *Da 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, en "Anuario de Historia del Derecho Español", 57, 1987, pp. 493-578, recogido en *La Gracia del Derecho*, que cuenta con diversas versiones y derivaciones; *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, em B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, vol. I, pp. 135-204, principalmente; del primero fue un postre *De la 'iustitia' a la disciplina*, en F. Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, pp. 175-186, y una variante *Le projet de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle*, en Luigi Berlinguer (ed.), *La 'Leopoldina'. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. XI, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 387-447.

4. *La recepción incluso pacífica como piedra de toque en la historia del derecho.*

Lo dicho sobre el orden colonial no sólo tiene valor para la expansión europea evidentemente. Sólo con lo visto puede inducirse que ha de tener un alcance general para todo el ámbito del llamado *ius commune*, aquel derecho de apariencia, sólo apariencia, romano-canónica. La *matriz ideológica e institucional da sociedade tradicional europeia* debe ser lo primero en incluirse. Si todo lo expuesto por Hespanha se sostiene, su orden de exponerlo resulta que se presenta invertido. En la exposición no debería partirse de la jurisprudencia más general del derecho común, sino del extremo contrario, del orden en apariencia periférico, el cual, por prevalecer, habría de ser el que primariamente determinase la posición del resto de los elementos. La perspectiva misma cambiaría con esto. En vez de ofrecerse una imagen templada y dúctil de la jurisprudencia, de una jurisprudencia así de inteligente y poco menos que omnisciente, se arrojaría otra de limitación y hasta de impotencia o de doblegamiento ante hechos dados. Y en vez de una historia del derecho general con peculiaridades locales, tendríamos infinidad de historia locales con elementos comunes ⁽⁶⁰⁾.

¿En qué manual o introducción hemos ofrecido el despliegue de ese panorama de innúmeras historias localizadas con elementos en común, de ese completo y multiforme *caleidoscópico* en la expresión preferida por Hespanha, una expresión que ya por sí nos libra de la tentación de reducirnos al orden creado o admitido por

(60) Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Pode ser que seja apenas um problema de exposição (de ordem da exposição). Mas, ainda que a ordem da exposição não corresponda à intenção do expositor, o certo é que induz no auditório uma atitude de marginalização das periferias. Um projeto muito atraente seria fazer uma história do direito europeu nesta perspectiva, segundo esta ordem expositiva, periférico-cêntrica. É o projeto dos *subaltern studies* que, no direito, não deram ainda resultados espetaculares. Mas isto também implicava um giro copernicano da história do direito contemporâneo... Acho que ficaria irreconhecível para juristas e historiadores do direito. Mas, possivelmente, não para o comum dos nossos vizinhos não juristas”. Sobre la referencia, Vinayak Chaturvedi (ed.), *Mapping Subaltern Studies and the Postcolonial*, Londres, Verso, 2000; Ileana Rodríguez (ed.), *The Latin American Subaltern Studies Reader*, Durham, Duke University, 2001; B. CLAVERO, *Europa hoy entra la historia y el derecho, o bien entre postcolonial y preconstitucional*, pp. 531-541.

instancias políticas? En ningún sitio lo hemos hecho, ni propio ni ajeno que hayamos promocionado ⁽⁶¹⁾. Puede tenerse con nosotros la condescendencia de pensarse que tal cosa resulta imposible y que además es indeseable; imposible porque no hay quien cubra una infinidad de historias localizadas con todas sus variantes en la forma y grado de integración de elementos comunes, e indeseable porque ello no revestiría ninguna utilidad de tipo pedagógico o de contribución más general a la cultura jurídica. El *caleiodoscopio* se tornaría *cacoscopio*, observatorio sin atractivo ni utilidad. En todo caso, cuando procedemos a algo bastante más sencillo a estas alturas de nuestras investigaciones como sea la exposición del concepto, ¿por qué partimos del derecho común para descender a la historia localizada y por qué partimos del derecho para ir a los elementos no jurídicos del orden social en vez de operar en el orden inverso para todo ello? ¿Por qué no partimos de orden no jurídico para marcar la posición del derecho y por qué no ascendemos de órdenes sociales locales hacia el derecho común, en lo que el mismo resulte, para la comprensión de su propio alcance ⁽⁶²⁾?

⁽⁶¹⁾ B. CLAVERO, *Historia del Derecho: Derecho Común*, 6ª ed., Universidad de Salamanca, 2005. Hespánha ha contribuido a la traducción portuguesa y edición por la Fundação Calouste Gulbenkian de los volúmenes, entre otros tanto individuales como colectivos, de Franz WIEACKER, *História do direito privado moderno*, 4ª ed. 2010, y de John GILISEN, *Introdução histórica ao direito*, 6ª ed. 2011, con notas suyas, de Hespánha, para uso escolástico en Portugal y Brasil. La incidencia brasileña es fácilmente constatable: Antônio Carlos Wolkmer (ed.), *Fundamentos de história do direito*, 4ª ed., São Paulo, Del Rey, 2008, sin alertar de que se trata de fundamentos sustancialmente europeos aún tratándose de autor abierto a historias y culturas jurídicas de tracto no sólo europeo: A.C. Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, en el que colabora Hespánha como veremos.

⁽⁶²⁾ Breve respuesta de Hespánha, en forma de pregunta, en nuestra correspondencia particular: “Porque partimos do imaginário constitucional e não das ‘constituições vividas’ (que incorporam todo o tipo de possibilidades e impossibilidades empíricas da ação de cada um de nós)? Impossibilidades ‘infra-cidadãs’ de mulheres, de pobres, de menores, de incultos, de ‘dementes’, de meninos? Super-possibilidades de poderosos, de famosos e de outra gente acima da lei? A ideia de infra e supra-cidadania tem sido usada por Marcelo Neves, um importante constitucionalista da Universidade de Brasília”. Puede verse como introducción en castellano M. NEVES, *Justicia y diferencia en una sociedad global compleja*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho” (revista de la Universidad de Alicante), 24, 2001, pp. 349-377; ya anteriormente, sobre el extremo

La respuesta me parece de lo más sencilla, por no decir evidente: porque, a fuer de ser profesionales de historia y de derecho, hacemos historia del derecho incluso cuando la deshacemos. Regresemos a nuestros comienzos, de Hespanha y míos, en los que el repudio era del mismo derecho por la degradación del que sufrimos en el Portugal salazarista-caetanista o en la España franquista, por el rechazo de un determinado derecho que no era de cosecha exclusivamente ni dictatorial ni patria, pues cultivaba vetas procedentes de tradiciones más o menos europeas de orígenes, aunque lo negasen por pretenderlos acendrados y propios, decimonónicos (63). Desde el siglo XIX tal era el contexto de formación de la misma historia del derecho como especialidad académica en un ámbito europeo. En los centros universitarios de estudios jurídicos no se impartía, por volver a nuestro ejemplo, historia de la gracia y sí en cambio historia del derecho porque ésta era disciplina que concurría a la construcción del Estado y de su ordenamiento. Se trataría por lo tanto, por mucho que la evidencia histórica pudiera no sustentarlo, de historia del derecho *portugués* o de historia del derecho *español*. En rigor se trataba de invención performativa de tradición de Estado más que de historia contrastada de ningún objeto identificable sin los habituales prejuicios en el presente (64).

señalado por Hespanha, *Entre Sobintegração e Sobreintegração: A Cidadania Inexistente*, en "Dados. Revista de Ciências Sociais" (Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro), 37-2, 1994, pp. 253-276.

(63) Se pone por supuesto en evidencia con continuidades, entre transformaciones, de vuelta de dictaduras a contitucionalismo: *Continuità e trasformazione: la scienza giuridica italiana tra fascismo e repubblica*, citado. Para el viaje de ida hacia la dictadura franquista, entre una abundante literatura destaca por su concentración en el orden y el desorden jurídicos Sebastián MARTÍN, *Génesis y estructura del 'nuevo' Estado (1933-1945)*, en F. Fernández-Crehuet (ed.), *Derecho, Memoria Histórica y Dictaduras*, Granada, Comares, 2009, Granada, Comares, pp. 79-135.

(64) B. CLAVERO, *Anatomía de España. Derechos hispanos y derecho español entre fueros y códigos*, en B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*, pp. 47-86; Ana Cristina NOGUEIRA DA SILVA y A.M. HESPANHA, *A identidade portuguesa*, en José Mattoso (ed.), *História de Portugal*, vol. IV (ed. A.M.Hespanha), *O Antigo Regime, 1620-1807*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993, pp. 19-37, volumen con otros aportes sustanciales de Hespanha, *depós do Leviathan, a las vésperas do Leviathan*. Entre la abundante literatura concurrente y enfrentada, frente al anacronismo impenitente al respecto por invención performativa de tradición de

De la historia del derecho *portugués* y de la historia del derecho *español* Hespanha y yo estábamos desde un inicio curados por haber sufrido la exacerbación de la una y de la otra durante nuestro tirocinio jurídico. Así se entiende la facilidad como Hespanha puede en momentos tener por poco menos que irrelevantes, entre derecho común y derecho local, *as leis formais do reino* que bien conoce ⁽⁶⁵⁾. Sin embargo, de lo que no estábamos curados era de un giro de la historia del derecho en la segunda mitad del siglo XX, un giro en pleno auge cuando empezamos a formarnos como investigadores y profesores. Me refiero a la historia del derecho *europeo* que, aunque sin términos de Estado, estaba pugnando por sobreponerse e incluso por sustituir a las historias del derecho de los concretos Estados que formaban o se preveía que podrían venir a formar parte de la entonces Comunidad, hoy Unión, Europea. Dada la existencia de un *ius commune* histórico que podía predicarse ahora como europeo, aquel de apariencia romano-canónica, parecía que ese giro podía tener mayor consistencia que el planteamiento anterior de historias del derecho de Estados como sujetos subrep-

Estado, me permito seleccionar a Pablo FERNÁNDEZ ALBALADEJO, *Materia de España. Cultura política en la España moderna*, Madrid, Marcial Pons, 2007. Para oportuno contrapunto respecto a la generalización por descontextualización como, tras Eric Hobsbawm y Terence Ranger (eds.), *The Invention of Tradition* (1983), tal tópico suele entenderse, Anthony D. SMITH, *Nationalism and Modernism: A critical survey of recent theories of nations and nationalism*, Abingdon, Routledge, 1998, pp. 117-124.

⁽⁶⁵⁾ <http://iuslusitaniae.fcsb.unl.pt>: *Ius Lusitanae. Fontes Históricas de Direito Português*, sitio del Departamento de História da Universidade Nova de Lisboa con asesoramiento de Hespanha; con su coordinación, también la *Biblioteca Digital* histórico-jurídica de la misma Universidad (www.fd.unl.pt), y presentación del propio A.M. HESPANHA, *Digitalização da doutrina jurídica académica portuguesa (c. 1800-c.1910)*, en la revista electrónica "Historia Constitucional" (www.historiaconstitucional.com), 8, 2007, pp. 357-359 (también, P. CARDIM, *The Ius Lusitaniae Database*, en "e-Journal of Portuguese History", 4-1, 2006, sección *Institutions and Research*); además todo eso de su temprano manual ya referido: *História das Instituições. Época medieval e moderna* (1982). Hespanha, tras pasar discreto en derecho romano, se dedicó pronto a la enseñanza de la *história do direito português* igual que yo comencé profesando *historia del derecho español*; por entonces, durante algo más de un año entre 1974 y 1975, con el gobierno profundamente reformista de Vasco Gonçalves, él interrumpió la práctica regular de la docencia por desempeñarse como Director Geral do Ensino Superior, lo que en todo caso ni le sacó del ámbito de la enseñanza ni supuso una cesura.

ticiamente retroproyectados ⁽⁶⁶⁾. Tampoco es que fueran incompatibles, pues podían superponerse. Hespanha y yo fuimos tempranamente atrapados por las redes del nuevo giro. Hubo incluso un agente eficaz de la captación precoz, Johannes-Michael Scholz, quien se ocupaba de Portugal y España en la principal empresa de lanzamiento de la historia del derecho europeo en base al *ius commune* pretérito ⁽⁶⁷⁾.

Es ahí donde se forma nuestra composición de un derecho común que preside históricamente el orden europeo con un paradójico resultado producido por su tolerancia tanto de dimensiones no jurídicas del ordenamiento social como de ordenamientos locales incluso a niveles muy inferiores, por así decirles, a repúblicas y

⁽⁶⁶⁾ Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Pode ser que a nossa obra possa ter tido essa consequência praeterintencional. Mas creio que nunca defendemos explicitamente esse modelo do *ius commune* como exemplo ou embrião de um *jus europaeum*. Ao contrário de A.-J. Arnaud ou Reinhard Zimmermann, por exemplo, somos mais culpados de entusiasmos pouco cautelosos pela estrutura casuística e particularista do *ius commune*, como antídoto contra a abstração do legalismo e do conceitualismo. Mas também nunca chegámos à santificação do direito jurisprudencial”. De André Jean Arnaud (ed.), *Dictionnaire Encyclopédique de Théorie et de Sociologie du Droit* (1988), París, LGDJ, 1993, hay edición brasileña, *Dicionário Enciclopédico de Teoria e de Sociologia do Direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999. De R. Zimmermann citaré enseguida. En Brasil y Portugal, está más presente el primero que el segundo. Hespanha me especifica que se refiere más en concreto a A.J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, París, PUF, 1991, y a R. Zimmermann, *Roman Law, Contemporary Law, European Law: The Civilian Tradition Today*, Oxford, Oxford University, 2001.

⁽⁶⁷⁾ Me refiero por supuesto a Helmut Coing (ed.), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, Munich, Beck, 1973-1988, el monumento laboriosamente edificado en el seno del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt a.M. Johannes-Michael Scholz fue también quien nos puso tempranamente en contacto, en el primer lustro de los setenta, y quien afanosamente contribuyó a promocionar nuestras primeras cosas fuera de Portugal y España. En cuanto a la invención unionista de tradición europea con su dimensión colonialista, aún se fue a continuación más allá: Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, Oxford University, 1996 (1ª ed., Ciudad del Cabo, Juta, 1990). A la hora de la operatividad han de recogerse velas: Oliver Radley-Gradner, R. Zimmermann, Hugh Beale (y Reiner Schulze, eds.), *Fundamental Texts on European Private Law*, Portland, Hart, 2003, adaptación y actualización de una colección alemana (eds. R. Schulze y R. Zimmermann) que también ha tenido luego puestas al día.

monarquías. En realidad no percibimos esta composición en términos de paradoja, pues todo parecía encajar. El alcance de esa ductilidad lo consideramos como un descubrimiento propio que no ponía en cuestión la jerarquía del conjunto, una jerarquía que así partiría desde arriba, de Europa, y no desde abajo, de espacios locales. La historia del derecho europeo principalmente se representaba como fruto de la vis atractiva de centros bajomedievales de alta cultura jurídica y a través de un fenómeno generalizado de *recepción* en términos de expansión imparable en vez de los de adaptación selectiva, de una adaptación que pudiera mantener tal derecho a raya, no sólo ni principalmente por repúblicas y monarquías, sino también y sobre todo por ordenamientos todavía más localizados. Nada de esto lo cuestionábamos de frente. La misma recepción la dábamos por hecha al centrarnos en tiempos altomedievales. Esto explica la desenvoltura como todavía, pese a las propias evidencias que nos traíamos entre manos, tomamos como punto de partida de nuestras representaciones el derecho común, el *ius commune* presuntamente europeo, bien que fuera, como está explicado, para ir más allá o, mejor, más acá del mismo ⁽⁶⁸⁾.

La historia del derecho europeo ha dibujado un panorama tan ficticio, por invención igualmente de tradición, como el de las historias de derecho de Estados. Hay un caso en el centro de Europa que resulta realmente sintomático. Como espacio resistente primero a Imperios y Monarquías, luego a Estados y más tarde a las Comunidades de Europa, la Confederación Helvética se ha venido figurando una historia distinta y peculiar. Cuando llegó la presión de la historia del derecho europeo, la historiografía jurídica suiza tendió a reconocer que se había producido una temprana recepción en tiempos bajomedievales, pero que en los consecutivos la tendencia prevaleciente fue la contraria de afirmación y fortalecimiento de derechos propios. Con el acoso europeísta anterior a la crisis más

(68) Comentario de Hespanha en nuestra correspondencia particular; “Esta atração parece-me ter existido. Mas sem o impacto e o alcance que se sugeria. Chegámos a propor que a dogmática do direito comum fosse uma via para a revelação das categorias antropológicas da cultura europeia. E isso, porventura, funcionava, mas não por uma relação tão simplificada como a que se propunha”.

que económica desatada en estos ultimísimos años ⁽⁶⁹⁾, llegó también alguna sesuda publicación pretendiendo demostrar que, muy al contrario de nuevo, la luego confederación helvética se acomodó durante los tiempos modernos al paradigma del derecho común. Una revisión crítica hace ver la superficialidad de las evidencias. La recepción explícita no siempre implica recepción efectiva. Las disposiciones receptivas a veces se elaboran para interponerse como escudo y cobertura creando espacio de maniobra. Las fórmulas de recepción expresa en los términos que fuesen eran formas de negociación entre *ius commune* y otros derechos cuyos resultados no podían predeterminarse. Y no es la misma la historia en todos los cantones. Hay casos, como el de la zona de lengua italiana, en los que no hay recepción ni apariencia, lo que es fácilmente comprobable si se contempla su derecho a ras de tierra y no desde el firmamento del derecho común de presunta escala europea ⁽⁷⁰⁾.

(69) A la crisis y sus efectos no sólo económicos no se refiere Pío Caroni, a quien estoy siguiendo y enseguida cito, pero sí lo hace A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, 2ª ed., pp. 435-437, páginas a las que habré de regresar por lo que interesan al tópico máximo de la recepción, el de la globalización. El “Jornal de Letras, Artes e Ideas”, 1058, 2011, dedica el tema de portada a la actual crisis, *Um mundo em crise — que futuro possível?*, con contribución de A.M. HESPANHA, *Crise, agora que o mundo caiu*. También interesa a este efecto su ponencia, *El ocaso del Estado y los historiadores*, en el IV Congreso Internacional Historia a Debate, Santiago de Compostela, 15-19, diciembre 2010, cuya exposición oral se tiene completa en Internet.

(70) P. CARONI, *Ius romanum in Helvetia: a che punto siamo?*, en *Europa e Italia. Studi in onore di Giorgio Chittolini*, Florencia, Università di Firenze, 2011, pp. 55-79, interesando además al efecto la obra dispersa recogida ahora en sus *Escritos sobre la codificación*, Madrid, Universidad Carlos III, 2012, pp. 335-361 en particular (no confundir con recopilaciones anteriores de título análogo). Pío Caroni es natural del Cantone Ticino. En nuestra correspondencia Hespanha sugiere considerar desde esta perspectiva el caso de Escocia, “que, para mais, é muitas vezes tratada como a exceção ‘romanista’ do mundo britânico”. Un profesor que lograra presencia internacional desde una Universidad escocesa lo que ha cultivado es la línea forzosamente romanista y europeísta: Peter STEIN, *Römisches Recht und Europa*, Frankfurt a.M., Fischer, 1996 (*Roman Law in European History*, Cambridge, Cambridge University, 1999); con John SHAND, *Legal Values in Western Europe*, Edimburgo, University of Edinburgh, 1974 (*I Valori Giuridici della Civiltà Occidentale*, Milán, Giuffrè, 1981). Hespanha remite a Hector L. MACQUEEN, ‘*Regiam Majestatem*’, *Scots Law, and National Identity*, en “The Scottish Historical Review”, 74-1, 1995, pp. 1-25, poniendo sobre aviso: “o direto como elemento decisivo de uma *identidade nacional*, ideia muito arriscada, pois ecoa concepções

Las recepciones de *ius commune*, como en su caso las del llamado del mismo modo *common law*, derecho común, pero con otra significación, pudieron ser tanto superficiales como profundas con todas las variantes y toda la casuística que de por medio quepa, pero lo que nunca fueron es recepción, esto es mera adopción de sistemas o elementos. Pueden quedarse más acá o incluso, por las dinámicas que se producen, ir más allá, pero jamás lo que pueden es reducirse a aquello que se presume o que se pretende desde los medios que impulsan el fenómeno o desde la perspectiva del sistema o de los elementos de cuya expansión se trata. Expansión efectiva nunca equivale a recepción sin más. Recepción no es, en consecuencia, en una consecuencia que suele faltar para el tratamiento del caso del *ius commune*, término de uso habitual respecto al fenómeno de migración del *common law* mediante diáspora británica (71).

¿Hubo alguna vez *recepción* en tierras vírgenes? ¿La recepción, esa recepción prácticamente masiva e integral que en casos ha venido o sigue aún por lo común figurándose y dándose por hecha, cabe realmente? ¿Cupo en la historia? Si partimos de la localización radical del derecho pretérito en Europa, ¿cómo puede imaginarse que algo así ocurra en la historia latamente europea, tanto en casa como, aun menos, por la diáspora? ¿No es la *recepción del derecho romano* un tópico de imperialismo europeo interno y externo, paleocolonial y neocolonial (72)? Con imperios por varios continentes y todo, en la Europa y en sus colonias históricas puede haber más cantones suizos de lo que la historia del derecho europeo, y aún

románticas de identidad, particularmente vivaces quanto à história da Esçocia — *Rob Roy, Braveheart...*”, sobre lo cual, o más bien contra lo cual, se tiene ahora una de las obras póstumas de quien dilapidó en vida su crédito avalando los falsos diarios de Hitler: Hugh TREVOR-ROPER, *The Invention of Scotland: Myth and History*, New Haven, Yale University, 2008.

(71) Para apreciación en el caso del *common law*, Peter KARSTEN, ‘High’ and ‘Low’ Legal Cultures in the Lands of the British Diaspora: The United States, Canada, Australia, and New Zealand, 1600-1900, Cambridge, Cambridge University, 2002; P.G. McHUGH, *Aboriginal Societies and the Common Law: A History of Sovereignty, Status, and Self-Determination*, Oxford, Oxford University, 2004.

(72) Pues a Colombia, por lo que diré y como ya está anunciado, acudiremos, baste como muestra la inconsciencia de Fernando BETANCOURT-SERNA, *La recepción del derecho romano en Colombia (Saec. XVIII)*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 2007.

menos la de derecho de Estados, es capaz de imaginar. Para la Monarquía hispana que se decía católica, un pionero de la historia constitucional comparada ya lo captó en concreto respecto a los *cantones* vascos (73).

Si se asume la mirada localizadora de Hespanha, nada de ello tendría por qué sorprender. La historia de Europa conoce desde luego elementos comunes de derecho en términos de interactividad con los de carácter más particular, pero lo que en rigor no conoce es un derecho común con trayectoria propia y proyección autónoma (74). En la medida además en que hubiera recepción de los primeros, de los elementos comunes, el fenómeno habría ante todo de situarse en el espacio más amplio de la expansión de los factores no jurídicos del orden social de entonces, como la gracia precisamente. *Ius commune*, ni por *derecho* ni por *común*, hubo y, en la medida en que algo o mucho de comunidad se alcanzara efectiva y desigualmente, el supuesto de los cantones, si miramos algo más que las alturas de las cortes en su sentido tanto político como judicial, puede siempre que constituyese más la regla que la excepción (75).

(73) Hago referencia a un caso conocido, en su registro vasco gracias a estudios de José María PORTILLO, *Crisis Atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Madrid, Marcial Pons, 2006, pp. 43-44, últimamente; el caso de John ADAMS, *A Defence of the Constitutions of Government of the United States of America: against the attack of M. Turgot in his Letter to Dr. Price, dated the twenty-second day of March, 1778* (1787), primeras cartas, desde la tercera, *Democratical Republics*, comenzando por San Marino, Vizcaya con Guipúzcoa y Álava (esto es hoy el País Vasco), los Grisones y las Provincias Unidas de los Países Bajos, y prosiguiendo por otros cantones luego helvéticos.

(74) Sigamos aprovechando la lectura de P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto*, p. 101: “Nella realtà, che è sempre una realtà *locale*, concreta, individuata, questi due diritti [diritto comune e diritto locale] non vivono infatti ciascuno una vita loro, autonoma, parallela, autoreferenziale. Concorrono, e talora si scontrano. Oppure convergono, collaborano, si compenetrano. Chi voglia occuparsi dell’uno deve necessariamente considerare anche l’altro” (énfasis suyo); p. 134: “*ius commune* e *ius proprium* non vissero in universi distinti ed incomunicabile”; también pp. 172-174.

(75) L. SORIA SESÉ, *Derecho municipal guipuzcoano. Categorías normativas y comportamientos sociales*, Oñate, Instituto Vasco de Administración Pública, 1992; *Los medios jurídicos de marginación de la incultura*, en “Boletín de la Facultad de Derecho” (de la Universidad Nacional de Educación a Distancia), 14, 1999, pp. 247-269; *Entre derecho tradicional y derecho recibido: las repúblicas municipales de Vasconia durante la Edad Moderna*, en “Iura Vasconia” (revista de la Fundación para el Estudio del Derecho

¿Es que la transmigración del derecho cabe? ¿Es que el derecho es tan autónomo de la vida colectiva como para que pueda trasplantarse de unas sociedades a otras? ¿Es que el derecho puede determinar a la sociedad hasta tal punto y no a la inversa? He aquí una cuestión, la de determinación, que nos ha preocupado a Hespánha y a mí desde unos inicios, pero cuya preocupación no la hemos aplicado en especial a la problemática del derecho común y su deslumbrante expansión (76). Presumiendo la autonomía del derecho en la historia es al fin y al cabo como la historia del derecho hace por lo usual una historia inverosímil que nos desprestigia a los ojos de la historiografía más solvente. Si no ocurre lo propio a los del derecho, es porque así se ofrece todavía algún servicio. Vamos a verlo. Estamos en plenas entretelas de la desgracia gremial de la que hablaba (77).

Histórico y Autónomo de Vasconia), 2, 2005, pp. 85-111. Para acercamiento a otros casos de la España septentrional, Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Encuentros y desencuentros en la historia. Los territorios del Norte peninsular en la coyuntura del Setecientos en "Historia Contemporánea"* (revista del Departamento de Historia Contemporánea de la Universidad del País Vasco), 12, 1995, *Historia y Derecho*, pp. 135-173, con referencias a otros trabajos propios. Respecto a la América colonial hispana, Víctor TAU ANZOÁTEGUI, *Casuismo y sistema. Indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano*, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, 1992, bien que situándose en los supuestos adversos de esa categoría de *derecho indiano* en la que se enquistaba la parcialidad no sólo de visión del orden colonial.

(76) El primer libro suyo que leí, no digo el primer escrito, es de tiempos cuando ambos, como jóvenes marxistas ("i resti di una formazione materialista", ha dicho Hespánha para un momento posterior), teníamos a flor de piel tal preocupación: A.M. HESPANHA, *A história do direito na história social* (1978). Pronto comprendimos que, precisamente en la medida en la que constituye una derivada social, el derecho puede ofrecer acceso al conocimiento de sociedades que nos son extrañas, a un conocimiento que, frente a dogmáticas de la historia tanto marxistas frontales como liberales solapadas, no debíamos mínimamente presumir (A.M. HESPANHA, *História das Instituições*; B. CLAVERO, *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla, 1369-1836*, 1974; 2ª ed. ampliada, con lo que luego diré, 1989).

(77) A.M. HESPANHA, *Diálogo: Bartolomé Clavero*, p. 106: "A.H.— Que saída então? B.C.— Só uma, em rigor: que, ao mesmo tempo, desapareçam a história do direito, como especialidade, e a história sem mais, como generalidade. A.H.— Nova provocação, com a qual, no entanto, simpatizo".

5. *Ikea (sic) como teoría de trasplantes para el pasado, en el presente y cara al futuro.*

El derecho común, tanto su recepción efectiva a escala europea como su irradiación operativa por espacios extracontinentales, queda en entredicho, pero no nos hemos adentrado ni Hespánha ni yo en el cuestionamiento. Subrayo esto porque creo que también interesa a una historia del derecho más reciente, tanto de paleoconstitucionalismo y códigos en el largo siglo XIX y de neoconstitucionalismo y derechos humanos desde mediados del siglo XX que suele verse desde arriba en unos términos innominados de recepción y no desde abajo con una perspectiva que entonces tendría que ser otra, a ras de tierra o más local siempre no sólo por la razón de que las localidades existan ⁽⁷⁸⁾. La falta de cuestionamiento implica falta de problemática, pues no deja un espacio al vacío, sino a las presuposiciones dadas, a los *pervasive clichés*, con lo cual el tópico disponible de la recepción o similar ha podido finalmente recuperar un uso o, mejor dicho, abuso para el que no puede decirse que nos hayamos pertrechado demasiado desde la historia del derecho, aunque el propio Hespánha, con su sentido de la localización, acuse sensibilidad al respecto ⁽⁷⁹⁾.

En los últimos tiempos, desde los años noventa del siglo XX, se ha incrementado el uso resuelto de la idea de recepción e incluso

⁽⁷⁸⁾ A.M. HESPANHA, *Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre Antigo Regime e Liberalismo*, en István Jancsó (ed.), *Brasil. Formação do Estado e da Nação*, São Paulo, Hucitec, 2003, pp. 93-109, y en Fernando Taveira da Fonseca (ed.), *O poder local em tempo de Globalização. Uma história e um futuro*, Coimbra, Universidade de Coimbra, 2005, pp. 133-147. A lo local con lo global acudimos pronto.

⁽⁷⁹⁾ A.M. HESPANHA, *Panorama da história institucional e jurídica de Macau* y A.M. HESPANHA (ed.), *Feelings of Justice in the Chinese Community of Macau: An Inquiry*, Lisboa, Ciências Sociais, 2001; en línea análoga, con acopio empírico de trabajo en equipo, B.S. Santos y Conceição Gomes (eds.), *Macau, o pequeníssimo dragão*, Oporto, Afrontamento, 1998; lo que puede contrastarse con otro abordaje desde la perspectiva de la plausibilidad de recepciones e incluso de algo más a lo que enseguida me refiero, de verdaderos trasplantes: Jorge Oliveira y Paulo Cardinal (eds.), *One Country, Two Systems, Three Legal Orders: Perspectives of Evolution. Essays on Macau's Autonomy after the Resumption of Sovereignty by China*, Dordrecht, Springer, 2009. En cuanto a *pervasive clichés*, es la expresión que hemos visto utilizar a J. SUBTIL, *The Evidence of Pombalism*, en diálogo con Hespánha.

se le ha reforzado mediante el término de *trasplante*, como si los ordenamientos jurídicos o algunos de entre sus elementos claves pudieran transferirse sin más entre sociedades y esto no sólo a través del transcurso del tiempo, sino incluso por disposiciones políticas de efectividad que se entiende inmediata. Con este entendimiento tan simple, la nueva expresión de trasplante para fenómenos de aparente recepción plena se lanzó en realidad con anterioridad, a mediados de los setenta ⁽⁸⁰⁾, pero durante algunos años su éxito fue más bien modesto y sólo luego, en estos otros tiempos más cercanos, ha sido cuando ha comenzado a cobrar verdadero auge ⁽⁸¹⁾, tanto que la propia terminología más o menos grávida de metáforas se está disparando con priorización de trasplante, postergación de recepción y entrada triunfal de *globalización* ⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ Alan WATSON, *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law* (1974), Athens, University of Georgia, 1993, la segunda edición, la que tiene eco y alcanza influencia o al menos se convierte en cita traslaticia, con un *Afterword* (pp. 107-121) que comienza reafirmando su discutible premisa: “When I looked at various systems over a long period of time, the picture that emerged was of continual massive borrowing and longevity of rules and institutions”, *longevity* para unos y *borrowing* para otros. Entre su caudalosa producción, abunda particularmente la obra reunida en *Comparative Law: Law, Reality and Society* (2007), Lake Mary, Vandeplass, 2010.

⁽⁸¹⁾ William EWALD, *Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants*, en “The American Journal of Comparative Law”, 43-4, 1995, pp. 489-510, radicalizando, si cabe, la línea de Alan Watson y presentándola del modo más simple: “the theory, roughly stated, that the growth of law is principally to be explained by the transplantation of legal rules”, una teoría “of great importance, not only for legal history, but also for comparative law (which it supplies almost automatically with both a subject-matter and a method) and for legal philosophy (which it supplies with an original and contentious view of the relationship between law and society)” (pp. 489-490). Al último punto ya me he referido al recordar las posiciones de partida de Hespánha y más precisamente contrarias como jóvenes marxistas que éramos.

⁽⁸²⁾ Vlad PERJU, *Constitutional Transplants, Borrowing, and Migrations*, en “Boston College Law School Faculty Papers”, digital commons (<http://laudigitalcommons.bc.edu/lfsp>), paper 360, work in progress para el *Oxford Handbook on Constitutional Comparative Law*, 2011, p. 5: “A survey of the literature reveals great concern about the choice of metaphors to capture cross-constitutional interactions. Available options include ‘transplants’, ‘diffusion’, ‘borrowing’, ‘circulation’, ‘cross-fertilization’, ‘migration’, ‘engagement’, ‘influence’, ‘transmission’, ‘transfer’, and ‘reception’. Four of these metaphors have had greater staying power: ‘transplants’ and its ‘borrowing’ equivalent in comparative law; ‘circulation’ and its ‘migration’ equivalent in comparative constitutional law”. Y falta en el listado precisamente *globalization*: Mark Tushnet, *The in-*

La razón de tal fenómeno está a la vista. Es a partir de los años noventa que Estados Unidos, la Unión Europea y algunas instancias y agencias de las Naciones Unidas, principalmente pero no tan sólo sus instituciones financieras, se han embarcado de lleno en operaciones masivas de trasplantes jurídicos por una nutrida variedad de latitudes. Es el caldo de cultivo de toda una aparatosa constelación de afanosos trasplantes y presuntas recepciones⁽⁸³⁾. Hoy la exportación del derecho se está convirtiendo en una rama boyante de la profesión jurídica, como su importación en un recurso socorrido de la clase política y del gremio judicial. ¿Todo eso justifica la poco menos que incondicional adopción académica del vocabulario adoptado al propósito, la recepción por pasiva, el trasplante por activa y la ralea de otros términos por perifrástica? No falta desde luego quienes lo problematicen⁽⁸⁴⁾. Hay incluso quien lo caricaturiza

evitable globalisation of constitutional law, en “Virginia Journal of International Law”, 49-4, 2009, pp. 985-1006.

⁽⁸³⁾ Tenemos ya como botón de muestra *One Country, Two Systems, Three Legal Orders*, cuyo abordaje de entrada se produce en términos de pugna por trasplante entre tres sistemas, el romano-germánico, el anglo de *common law* y el socialista realmente existente, tomándose el primero como el vigente en Macao, lo que sólo cabe desde una mentalidad supremacista que ciega derecho propio. El título es reminiscencia de los que tratan de Hong Kong bajo análoga perspectiva, con *common law* en lugar de derecho romano. La aportación de Hespanha no encuentra espacio. La toman en consideración, aunque no tanto su enfoque, TONG Io Cheng y WU Yanni, *Legal transplants and the on-going formation of Macau legal culture*, en Jorge A. Sánchez Cordero (ed.), *Legal Cultures and Legal Transplants: Reports to the XVIIIth International Congress of Comparative Law*, 2010, pp. 619-675, ed. electrónica en el sitio de la ISAI DAT Law Review de la Società Italiana di Ricerca nel Diritto Comparato (<http://isaidat.di.unito.it>). Estas actas constituyen un buen testimonio de la pujanza actual de la ocurrencia de los trasplantes.

⁽⁸⁴⁾ Robert SHARLET, *Legal Transplants and Political Mutations: The Reception of Constitutional Law in Russia and the Newly Independent States*, en “East European Constitutional Review”, 7-4, 1998, pp. 107-122 (publicándose bajo el expresivo epígrafe de *Local realities and the questionable value of foreign expertise*, el negocio dicho de exportación); Gunther TEUBNER, *Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in New Divergences*, en “The Modern Law Review”, 61-1, 1998, pp. 11-32; Pierre Legrand y Roderick Munday (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University, 2003; Gavin W. ANDERSON, *Constitutional Rights after Globalization*, Portland, Hart, 2005 (pp. 145-151: *Conclusion: Towards a Legal Pluralist Constitutionalism*); Sujit Choudhry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge, Cambridge University, 2006; Richard

como *Ikea Theory*, la teoría de que el derecho resulta un producto *prêt-à-porter* o *ready-to-assemble* de cadena de grandes almacenes sin fronteras ⁽⁸⁵⁾.

En la historia del derecho hay sensibilidad sobrada para contrarrestar tal caricatura, pero no se la ve alerta ni activada respecto al tiempo pasado que es de su competencia. Si puede resultar que, para una sensibilidad jurídica, el mismo término de *globalización* sin fronteras no parece para nada inocente, ¿por qué no extender entonces la sospecha hasta el referente clásico de la *recepción*, que llega incluso ahora a pretenderse una primera *globalización*, con todo el abanico de metáforas más o menos afortunadas de por medio ⁽⁸⁶⁾? Una historiografía ajena a la historia del derecho

Zajac SANNERHOLM, 'Cut-and-Past'? Rule of Law promotion and legal transplants in war to peace transitions, en Antonina Bakardjieva Engelbrekt y Joakim Nergelius (eds.), *New Directions in Comparative Law*, Northampton, Edward Elgar, 2009, pp. 56-77; Ran HIRSCHL, The 'Design Sciences' and Constitutional 'Success', en "Texas Law Review", 87, 2009, *What, If Anything, Do We Know About Constitutional Design?*, pp. 1339-1374. Quien más se ha significado en la crítica a la teoría de los trasplantes promovida por Alan Watson con sus implicaciones y secuelas es Pierre LEGRAND, *The same and the different*, en P. Legrand y R. Munday (eds.), *Comparative Legal Studies*, pp. 240-311; *A diabolical idea*, en autores varios, *Towards a European Civil Code*, 3ª ed. ampliada, Nijmegen, Kluwer, 2004, pp. 245-272.

⁽⁸⁵⁾ Günther FRANKENBERG, *Constitutional Transfer: The IKEA theory revisited*, en "International Journal of Constitutional Law", 8-3, 2010, pp. 563-579. Lo de la nueva visita, *revisited*, hace alusión a intervención propia anterior a la que luego me refiero. Ikea es la cadena comercial por supuesto; p. 565: "[T]he global constitution is created by or rather emanates from processes of transfer and functions as a reservoir or, for that matter, a supermarket, where standardized constitutional items —grand designs as well as elementary particles of information— are stored and available, *prêt-à-porter*, for purchase and reassemblage by constitution makers around the world". Tal es la *Ikea Theory* que puede justamente endosarse a A. WATSON, *Legal Transplants*, con todo su desarrollo por el mismo autor y con todo su rastro creciente y crecido de fans no sólo entre juristas, sino también entre gentes de la política y de las finanzas. El mote para la teoría de los trasplantes se toma por supuesto de la cadena IKEA que se caracteriza no sólo por su expansionismo comercial, sino también por la opacidad de su sistema de propiedad corporativa.

⁽⁸⁶⁾ P. GROSSI, *Globalizzazione e pluralismo giuridico*, en estos "Quaderni Fiorentini", 29, 2000, pp. 551-558 (comentando a Maria Rosaria FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bolonia, Il Mulino, 2000), arranca de este modo: "*Globalizzazione*, quale traduzione italiana del termine inglese *Globalization*, denuncia la sua chiara origine nordamericana e segnala una doppia

ha impulsado fuertemente esa idea de que los tiempos altomodernos, aquellos del presunto imperio del derecho común, ya lo serían de plena globalización o poco menos ⁽⁸⁷⁾. ¿No estamos desde la propia historia del derecho propagando esa verdadera *Ikea Theory* por la facilidad como extendemos *derecho común* incluso entre continentes y como al tiempo ignoramos, por lastre todavía colonial, los derechos de gentes ajenas a Europa y su diáspora? ⁽⁸⁸⁾. Recordemos el detalle de que la *Ikea Theory* se presentó, como maniqueo

invadencia imperialística (...): dominanza, sul piano politico (...); dominanza, sul piano economico”, lo que parece cierto y a lo que podría agregarse algo no menos justo como que, previamente en la historia, *recepción* es palabra que con relativa claridad acusa un imperialismo europeo más que doble pues comenzara por la dominación jurídica y más que jurídica de la gracia y sus secuelas.

⁽⁸⁷⁾ La imagen de una globalización histórica anterior a la globalización contemporánea fue alimentada desde los años setenta, cuando estaba aún en sus inicios la generalización del término, con la idea de una *economía-mundo* (Immanuel WALLERSTEIN, *The Modern World-System*, I, *Capitalist Agriculture and the Origins of the European World-Economy in the Sixteenth Century*, ed. con nuevo prólogo, Berkeley, University of California, 2011, que data de 1974; II, *Mercantilism and the Consolidation of the European World Economy, 1600-1750*, 1980; III, *The Second Era of Great Expansion of the Capitalist World-Economy, 1730s-1840s*, 1989; IV, *Centrist Liberalism Triumphant, 1789-1914*, 2011, anunciando al menos dos volúmenes más), con lo que pudo venir a figurarse ya para los siglos altomodernos, para tiempos coincidentes con los de presuntos trasplantes extraterritoriales en vivo de los *derechos comunes* europeos, del *ius commune* y del *common law*, todo un *sistema-mundo* prácticamente sin restricciones (Geoffrey C. GUNN, *First Globalization: The Euroasian Exchange, 1500-1800*, Oxford, Rowman and Littlefield, 2003, p. 284: “No part of the world besides the most remote and isolated anthropological zones was outside some form of globalization and creolization by the long sixteenth and seventeenth centuries”), aunque el propio Wallerstein salga al paso ahora, en el prólogo de anticrítica de 2011, puntualizando sobre la “category that I called a world-system”: “the word *world* not being synonymous of *global*” pues se refiere a “*a world*, not *the world*”, por lo que la propia expresión de “world-system” debiera declinarse en plural con la de “world-economy” constituyendo sólo una de las variables, ninguna en rigor mundial o global (pp. XVIII-XX), a todo lo cual puede replicarse que la constante *world* se presta entonces a confusión.

⁽⁸⁸⁾ Evoco un título propio, *Derechos de otras gentes y tratados con otros pueblos en la constitución de Estados por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, resultado de un seminario impartido en dicho centro; respecto a responsabilidades de *derecho indiano*, puedo añadir *Ignorancia académica en España (1944) y privación indígena por América (1831)*, en *Derecho, Historia y Universidades. Estudios Dedicados a Mariano Peset*, Valencia, Universidad de Valencia, 2007, vol. I, pp. 413-423.

a impugnar, a principios de marzo de 2010 en un simposio al que acudió António Hespanha, quien así tuvo la fortuna de asistir al alumbramiento ⁽⁸⁹⁾.

¿Qué hacemos con la nunca inocente terminología? ¿Sirve el abanico de términos que parecen presumir la transferibilidad del derecho para analizar los casos de transferencia, aparente o modulada que resulte, pues tal cual no lo resulta nunca? En parte depende de algo que ya hemos señalado y esto es de que la historia se aborde desde el vuelo o desde el suelo, pues esta segunda vía puede siempre que sea la preferible. No son abordajes excluyentes por supuesto. Puede emprenderse, quién lo duda, la historia del vuelo del *ius commune* por el firmamento europeo con la conciencia de que se trata de un fenómeno que exactamente sobrevuela en la historia y de cuyo estudio por ende no cabe extraerse ninguna evidencia sobre el derecho efectivo para ninguna localidad de Europa ni para ella en parte o por entero. Lo propio podría decirse hoy a mayor escala para el derecho internacional de los derechos humanos o para cualquier derecho que aparente ahora ser global o que como tal se predique.

Colaciono un ejemplo de historia de recepción de derechos humanos. En los Estados de los Estados Unidos donde está prohibido el matrimonio interracial cuando se adopta en 1948 por las Naciones Unidas la Declaración Universal de los Derechos Humanos se alega ante jurisdicciones domésticas frente a dicha prohibición, no este instrumento pues no es un tratado, sino la Carta de las Naciones Unidas de 1945, pueso que en ella ya se proscribía la discriminación (« distinction as to race, sex, language, or religion »), siendo tratado ratificado por los Estados Unidos y por lo tanto ley o

⁽⁸⁹⁾ G. Frankenberg la presentó al mediodía del viernes 5 de marzo de 2010 en la Katholieke Universiteit Leuven, en un simposio de las *Marie Curie Actions* del programa *European Legal Cultures* de la Comisión Europea, *Undoing Law, Framing Contexts: Normativity Across the Disciplines*. Lo hizo precisamente a continuación de la ponencia de António Hespanha: *A pathway for a post-statalist theory of sources of law: Pre-statalist recollections revisited*. Las actas no se han publicado por ahora. Los *abstracts* se encuentran en el sitio de dicho programa (www.europeanlegalcultures.eu). Si hubiera sido invitado y hubiese aceptado la invitación, podría haber comenzado estas páginas en momento y para asunto más cercanos: "Fue en Lovaina a principios marzo de 2010 (...)". Si se publican las actas, tal vez proceda con un comentario para el que ya tengo título: *IKEA Theory and the European Colonial Legal Culture in the Singular*.

derecho de la tierra según la Constitución federal. Hubo por entonces algún caso local en el que la justicia obró en consecuencia. Hay que traerlo a la vista ante presunciones imperantes como la de que lo propio de los derechos humanos es su predicación universal o como la que los Estados Unidos se bastan, constituyendo así un modelo, para reconocer y garantizar derechos ⁽⁹⁰⁾. La historia efectiva por hacer de los derechos humanos y su expansión en el terreno de los derechos constitucionales, con más problemas incluso de raíz de los que son capaces de imaginar su filosofía desiderativa o su sombra impugnadora que tampoco falta, tiene realmente materia desde el mero inicio ⁽⁹¹⁾.

La historia desde abajo para asuntos presuntamente elevados no es lo usual. Hoy ni siquiera se plantea la problemática de la recepción para el presunto proceso de universalización de los derechos humanos. Con esto ocurre como lo que se ha apreciado con respecto a la recepción de *ius commune* y esto es que cabe que sea enteramente superficial, pero también que produzca efectos y dinámicas quedando más acá o yendo más allá de lo que se presume o pretende desde las alturas o por los medios empeñados en promoverlos. Los mismos mecanismos de las Naciones Unidas promotores de derechos humanos suelen limitar su empeño a que los Estados formalmente reciban los instrumentos del caso y cuiden que tengan reflejo en sus políticas generales, creando así apariencias que las

⁽⁹⁰⁾ Jane DAILEY, *Race, Marriage, and Sovereignty in the New World Order*, en "Theoretical Inquiries in Law", 10-2, *Histories of Legal Transplantations*, 2009, pp. 511-533. Para otros ejemplos, uno colombiano pues a Colombia ya sabemos que vamos a acudir y es enseguida que lo haremos, Sally Engle MERRY, *Human Rights and Gender Violence: Translating International Law into Local Justice*, Chicago, University of Chicago, 2006; Juan Carlos UPEGUI MEJÍA, *Cuatro indicios de la influencia de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en el constitucionalismo colombiano*, en "Revista Derecho de Estado" (Universidad Externado de Colombia), 23, 2009, pp. 191-212.

⁽⁹¹⁾ Stefan-Ludwig HOFFMANN, *Introduction: Genealogies of Human Rights*, en el mismo (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, Cambridge, Cambridge University, 2011, pp. 1-26; B. CLAVERO, *Cláusula colonial en el derecho internacional y alguna otra contrariedad para la historia de los derechos humanos*, en estos "Quaderni Fiorentini", 40, 2011, pp. 1061-1098.

historias locales, de tomárseles en consideración, pondrían por lo común, cuando menos, en entredicho ⁽⁹²⁾.

Aunque no se pise el suelo, desde el vuelo también pueden plantearse por supuesto cuestiones pertinentes. Las migraciones, recepciones, trasplantes o traslados de sistemas enteros de derecho o de alguna de sus piezas suelen considerarse a partir del escenario figurado por una especialidad de *derecho comparado* que se forja la existencia de un número contado de grandes sistemas jurídicos con potencial para expandirse al resto de la humanidad y sin capacidad esta otra parte por lo visto de generar sistemas propios. No va a extrañarnos que el comparativismo sobre tales presupuestos se haya hecho vivo en el ámbito de la historia del *ius commune* con su presunta prosecución en el tiempo como *civil law* de raíz siempre romano-canónica de una parte y, de otra, como si estuviera desde tiempo al margen, del *common law*, entendidos uno y otro como los sistemas jurídicos por eminencia de matriz europea con expansión exterior, el latino y el anglo ⁽⁹³⁾.

No es ningún misterio que tales presuposiciones constituyen secuelas de tiempos coloniales cuando no dispositivos directamente colonialistas todavía. Frente a evidencias como la recién señalada sobre el derecho al matrimonio que podría amplificarse ⁽⁹⁴⁾, Estados

⁽⁹²⁾ Para introducción al escenario en términos de historia, además ahora del volumen de S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, recién citado, B. CLAVERO, *No Distinction Shall Be Made. Sujeto sin derechos y enemigo sin garantías en la Declaración Universal de Derechos Humanos, 1948-1966*, en estos "Quaderni Fiorentini", 38, 2009, pp. 1547-1620. Algunos contrastes de historia de presente localizada pueden encontrarse en mi sitio web citado.

⁽⁹³⁾ Recordemos a un par de clásicos pues todavía se mantienen por encima de abordajes más recientes: John P. DAWSON, *The Oracles of the Law* (1976); Gino GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo* (1981), como se recuerda comunmente a un clásico por dudosa antonomasia que no envejece menos porque se le celebre más: Jorge L. ESQUIROL, *René David: At the head of the legal family*, en Annelise Riles (ed.), *Rethinking the Masters of Comparative Law*, Portland, Hart, 2001, pp. 212-235.

⁽⁹⁴⁾ M.S. RAJAN, *United States attitude toward domestic jurisdiction in the United Nations*, en "International Organization", 13-1, 1959, pp. 19-37, en base a su *United Nations and Domestic Jurisdiction*, Nueva York, Longmans, 1958; Carol ANDERSON, *Eyes of the Prize: The United Nations and the African American Struggle for Human Rights, 1944-1955*, Cambridge, Cambridge University, 2003; Robert A. WILLIAMS, Jr., *Libe a Loaded Weapon: The Rehnquist Court, Indian Rights, and the Legal History of Racism in America*, Minneapolis, University of Minnesota, 2005.

Unidos se situaría entre las potencias exportadoras de sistema jurídico, con esta capacidad colonial al cabo. Pues bien, sectores que se entienden colonizados, pero de aquellos *colonos* de matriz europea por tierras no europeas, pueden acusar la dependencia que así intenta tanto reproducirse como revertirse entre unas latitudes y otras ⁽⁹⁵⁾. Pueden también analizar de qué forma y hasta qué punto unas construcciones dominantes alteran su sentido cuando se trasladan. Ponen de relieve que, por mucho que otra cosa se presuma por los sistemas jurídicos dominantes, no hay en rigor recepciones y, aún menos, trasplantes, ya no digo globalizaciones ⁽⁹⁶⁾.

Un caso hoy muy vivo a este respecto es el de Colombia, donde está en curso una operación de recepción masiva, particularmente de derecho internacional de derechos humanos, que a menudo no tiene ni siquiera una finalidad propiamente receptiva, aparte siempre los resultados efectivos. Encubre lo que se nos ha indicado respecto a la historia helvética frente al derecho común, aquello de que la fórmula de recepción puede servir para la creación de una apariencia bajo la que mantener otras políticas del derecho, políticas en el caso colombiano no precisamente favorables a los derechos humanos ⁽⁹⁷⁾. La

⁽⁹⁵⁾ Jorge GONZÁLEZ JÁCOME, *El uso del derecho comparado como forma de escape de la subordinación colonial*, en "International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional", 7, 2006, pp. 295-338. En Colombia, país actualmente sometido a operaciones de trasplantes procesales de Estados Unidos y sustantivos de Naciones Unidas (ej., Adriana Marcela MEDINA CARRILLO, *Repensar los derechos de los migrantes desde abajo. Una aproximación a la relación entre migración y derechos a partir del traslado entre sistemas de derecho*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2011), la cuestión está ahora bien viva como a continuación comprobamos. Para caso en la historia teóricamente ya no colonial, Miguel MALAGÓN y Julio GAITÁN, *Colonialismo cultural francés y la creación del Consejo de Estado en el derecho administrativo colombiano*, en "Universitas" (revista de la Pontificia Universidad Javeriana en Bogotá), 115, 2008, pp. 161-177.

⁽⁹⁶⁾ Diego E. LÓPEZ MEDINA, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, 2004, de título original como tesis doctoral más expresivo: *Comparative Jurisprudence. Reception and Misreading of Transnational Legal Theory in Latin America* (2001). La confusión a la que induce el título en castellano se ha señalado: Beatriz ESPINOSA, reseña en "Criterio Jurídico" (revista de la Pontificia Universidad Javeriana en Cali), 4, 2004, pp. 271-280.

⁽⁹⁷⁾ Para ejemplos en Colombia sobre el grado aparente que alcanzan las operaciones de trasplante, llegando a convertirse recomendaciones de instancias internacionales en presunto ordenamiento colombiano, Beatriz Eugenia SÁNCHEZ MOJICA,

aparente globalización de un derecho internacional sustantivo, un derecho que sobrepasa las relaciones entre Estados interesando a derechos de individuos y de comunidades, permite márgenes de maniobra a la contra, carece de fuerza para hacerse efectiva y, sobre todo, no produce efectos homogéneos en contextos dispares. Los derechos no rigen por mera postulación. Sólo el conocimiento local, a escala necesariamente por debajo de la estatal, puede ofrecer la debida constancia ⁽⁹⁸⁾.

Reflexionando y debatiendo en Colombia al respecto, se ha venido a conectar los fenómenos actuales con los históricos, entre éstos eminentemente el de la presunta expansión incluso extraeuropea del derecho romano-canónico como si hubiera representado nada menos que aquello de una primera globalización. Se patentiza al tiempo, aun sin la debida advertencia, que la historia del derecho, como tal, aporta poco, si algo, al esclarecimiento. Mal podría. La mitología de la expansión a lo largo de la historia de un presunto sistema romano-canónico, aunque se advierta que en rigor no lo es, ofrece aliento y cobertura a todos los mitos de recepciones y trasplantes, inclusive actualmente el de la irradiación de un derecho internacional de derechos humanos sin contraste de efectividad sobre el terreno. No es que la historia del derecho localizada pudiera aportar algo al conocimiento de situaciones actuales, pero restaría

Cuando los derechos son la jauta. Transplante rígido de 'soft law' para la gestión del desplazamiento forzado, en "Estudios Políticos" (revista de la Universidad de Antioquia), 35, 2009, pp 11-32; Liliana LIZARAZO-RODRÍGUEZ, *Constitutional adjudication in Colombia: avant-garde or case law transplant? A literature review*, en "Estudios Socio-Jurídicos" (revista de la Universidad del Rosario), 13-1, 2011, pp. 145-182.

⁽⁹⁸⁾ Bien se sabe que es una determinada antropología la que ha elaborado especialmente este ineludible requerimiento: Clifford GEERTZ, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretative Anthropology*, Nueva York, Basic Books, 1993 (entre otras traducciones, *O Saber Local. Novos ensaios em antropologia interpretativa*, Petrópolis, Vozes, 1997). Tal conocimiento local no puede prescindir de la *thick description* o reconstrucción densa (C. GEERTZ, *The Interpretation of Cultures*, 1973), nada que ver con el uso ordinario en el derecho y su historia de la construcción ligera por meramente normativa, ahora entre Constitución o el llamado bloque de constitucionalidad, derechos humanos inclusive, legislación y jurisprudencia, de lo que Colombia no constituye excepción: Beatriz Londoño Toro y Diana María Gómez Hoyos (eds.), *Diez años de investigación jurídica y sociojurídica en Colombia: Balances desde la Red Sociojurídica*, Bogotá, Asociación Colombiana de Facultades de Derecho, 2010.

posibilidades a las pretensiones que pasan por tal. Satisfaciendo todavía funciones prácticas, la tónica de la recepción ha pasado sin mayor problema, esto es sin conciencia de que lo haya tan intrínseco, desde la historiografía jurídica a la cultura del derecho ⁽⁹⁹⁾. Ahora no se trata de una sencilla confrontación de posiciones acríicas por posiciones críticas. Estas mismas no es raro que se produzcan y manifiesten sobre asunciones llanamente acríicas ⁽¹⁰⁰⁾.

Más llamativo resulta que, moviéndonos por las alturas, en el debate empeñado entre *colonos* de matriz europea que tienen ante la vista el intento continuo de trasplante forzado de su propio derecho a sociedades *indígenas*, esto no se problematice. Ni siquiera al efecto se le menciona, como si no cupiera ni por lo menos percibirse. Tampoco, por cuanto le atañe, la historia del derecho puede decirse que venga aportando gran cosa al remedio de tal ceguera ante la presencia de pueblos indígenas con derecho propio padeciendo todavía colonialismo en las mismas bruces de quienes siguen abri-

⁽⁹⁹⁾ En la historiografía jurídica española se tiene una confrontación crítica a un tiempo, evidenciándose la conexión, entre presuposiciones de *recepción* y procedimientos de *comparación*: A. SERRANO, *Dogmática jurídica y análisis sociológico: El derecho histórico de la doctrina legal*, en “Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho” (revista de la Universidad de Alicante), 10. 1991, pp. 173-199 (p. 176: como si el derecho fuese “un fenómeno universalizable” y susceptible de ser “con toda facilidad transferido al margen de específicos factores históricos”, remitiéndose a Jacques LENOBLE y François OST, *Prolegomènes à une lecture épistémologique des modèles juridiques*, en Bruno Ribes, ed., *Domination ou partage? Développement endogène et transfert des connaissances*, Paris, UNESCO, 1980, pp. 79-91).

⁽¹⁰⁰⁾ Daniel Bonilla Maldonado (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2009, que es debate alrededor de la obra citada de Diego López Medina con su participación. En el mismo se hace justamente ver que, en el contexto latinoamericano, “el repliegue sobre lo local y su revaluación”, no yendo realmente a la *localización* entre otras razones que más aquí se resaltan, puede fácilmente saldarse en “una forma de nacionalismo”, esto es, aunque menos se advierta, de estatalismo: Hani SAYED, *La globalización de la teoría del derecho: Malinterpretación y resistencia* (pp. 119-160; citas, pp. 156-157). Al caso de los juristas colombianos de este debate (el último, Sayed, no lo es) se le podría a su vez aplicar el diagnóstico de Gail J. HUPPER, *Doctorado académico en derecho: ¿un vehículo para los trasplantes jurídicos?*, en “Boston College Law School Faculty Papers” (digital commons citado), paper 364, 2010, procedente de *Revista del Foro* (Colegio de Abogados de Lima), 2010-2, pp. 325-363, y éste a su vez, traducción mediante, del *Journal of Legal Education*, 58-3, 2008, pp. 413-454.

gando la falsa conciencia de haber sido y estar siendo colonizados ⁽¹⁰¹⁾.

6. *Entre historia y actualidad, recepción y glocalización.*

A todo esto me dirigía, a cuestiones que son históricas y presentes sin solución como tales de continuidad, cuestiones vitales descuidadas por la historia del derecho de matriz europea con toda la hipoteca de origen que arrastra. ¿Qué tiene que ver todo ello con la obra de Hespanha si ni las recepciones ni los trasplantes son objetos específicos suyos aunque no deje de tocarlos desde luego? ⁽¹⁰²⁾. Además, no le falta conciencia a Hespanha de que la

⁽¹⁰¹⁾ Lo acusa, sin pasar a elaborarlo, H. SAYED, *La globalización de la teoría del derecho*, p. 158: “la separación de los negros y los ‘indios’, simplemente se ignora, aunque sea fundamental en otros proyectos acerca de la conciencia legal latinoamericana”, con respuesta elusiva de D.E. LÓPEZ MEDINA, *La cartografía de la teoría jurídica: Diálogo con los críticos*, p. 214, en D. Bonilla Maldonado (ed.), *Teoría del derecho y trasplantes jurídicos*, pp. 177-215. Éste último, el editor del debate, atiende a otros efectos, no menos importantes desde luego, la presencia indígena: D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución Multicultural*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2006, uno de esos “otros proyectos” a que se refiere Sayed, pero precisamente uno de carácter normativo y, para más señas, el del actual sistema constitucional colombiano: B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia entre Constitución, Concordato y un Convenio (1810-2010)*, en “Revista de Historia del Derecho”, 41, 2011, pp. 79-137; Efraín JARAMILLO, *Los indígenas colombianos y el Estado. Desarrollos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Copenhague, IWGIA, 2011.

⁽¹⁰²⁾ A.M. HESPANHA, *Cultura jurídica europea* (2002), pp. 84-88: *La recepción del derecho romano; Direito moderno e intertextualidade. Direito próprio e direito comum em ‘De Jure Lusitano’ de Mateus Homem Leitão (1645)*, en “Revista de História das Ideias”, 29, 2008, *Tradição e Revolução. Homenagem a Luís Reis Torgal*, pp. 47-102, y como introducción a la edición del mismo *Do Direito Lusitano*, 2009. El homenajeado, profesor conimbricense de historia, fue uno de los primeros reseñadores de *As Vésperas de Leviathan* en diálogo además con el propio Hespanha: *Ler História*, 15, 1989, pp. 167-170. El homenajeante se ha asomado al tema de la recepción en el campo literario: A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de clasificar*, pp. 835, página recogida en *A Política Perdida* y en *Imbecillitas*, con referencia a un punto de localización como es el de la contribución de la lectura al sentido del texto, bien que marcando distancias. Entre sus remisiones se hace presente Umberto Eco, *Lector in fabula. La cooperazione interpretativa nei testi narrativi*, Milán, Bompiani, 1979. ¿No también en los normativos? Para ulterior inspiración en el mismo campo literario, Mathilde Bombart y Alain Cantillon (eds.), *Localités: localisation des écrits et production locale d'actions*, en la revista electrónica del Group de Recherches Interdisciplinaires sur l'Histoire du Littéraire, *Les Dossiers du Gribl* (<http://dossiersgribl.revues.org>), 2008, 1.

localización histórica del derecho es incompatible con la fantasía de la expansión masiva y pacífica del *ius commune* por Europa y más allá de Europa ⁽¹⁰³⁾.

No obstante, todo ello tiene que ver con la obra suya y con la mía. Aceptando pacíficamente el imperio del *ius commune*, como derecho y más que derecho, en cuanto que paradigma dado en la historia europea y más que europea, no siendo plenamente consecuentes con la constancia de la localización, hemos contribuido, aunque más como miembros de un gremio que por nosotros mismos ⁽¹⁰⁴⁾, a la mitología que alimenta el escenario intelectual facilitador de la imposición de unos determinados sistemas normativos en el mundo actual. Más aún, emulando al *derecho indiano*, Hespanha ha realizado, entre Portugal y Brasil, una de las mayores operaciones de trasplante de la historia alimentando la criatura del *direito*

⁽¹⁰³⁾ Reincide recientemente A.M. HESPANHA, *Imbecillitas*, pp. 142-146, explicando la invisibilidad historiográfica de los derecho y las justicias locales tanto en la metrópolis como en las colonias que genera la ilusión de la expansión y arraigo del *ius commune* y del general del reino, y enfrentándose con el reto metodológico de una historia prácticamente sin fuentes convencionales, pero sin referencia específica en todo caso, pese a la localización, a derechos y justicias de pueblos y comunidades insdígenas; *Os Forais da época moderna. O caso do Foral manuelino de Évora*, en *Foral Manuelino de Évora*, Évora, Câmara Municipal, 2003, pp. 43-65, recogido en *Caleidoscópio do Antigo Regime*.

⁽¹⁰⁴⁾ Baste un solo ejemplo que en el seno de la especialidad se sabe que podría multiplicarse componiendo una nota interminable: Antonio PADOA SCIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dall medioevo all'età contemporanea*, Bolonia, il Mulino, 2007, pp. 188-204, presenta *il sistema del diritto commune* articulado entre *equità y rigore, legge y consuetudine, ius commune y ius proprium*, más *equitas canonica*, con la aparición culminante del *utrumque ius*, derecho romano-canónico, en términos de *i due diritti universali*, ordenamientos cuya universalidad, por todo lo anterior, no puede referirse a las materias que cubrían, sino al espacio al que se creían con derecho a extenderse, lo que así se le acredita por mera denominación sin problematización alguna. Ya que el ejemplo es italiano, recordemos que en Erice (Trapani, Sicilia, Italia) opera bajo la dirección de Manlio Bellomo, Kenneth Pennington y Orazio Condorelli la International School of Ius Commune consagrada al cultivo y propagación de dicho paradigma. Otro paralelismo, éste de omisión: ni Hespanha ni yo hemos participado en sus actividades docentes. Ni siquiera parece haberse pensado en abrir ahí cabida a planteamientos como los nuestros. Ya que está mencionado en una posición parecida el Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte de Frankfurt a.M., Hesse, Alemania, agregemos que su caso es bien distinto, pues en éste se nos viene ofreciendo acogida desde jóvenes.

lusobrasileiro, bien que abrigando reparos sobre la expresión ⁽¹⁰⁵⁾. Si es una crítica, ha de serlo entendiendo al destinatario en primera persona del plural y en modo reflexivo, pues he de confesar que yo también he contribuido a la gestación del esa criatura *lusobrasileira* ⁽¹⁰⁶⁾. En todo caso, el punto ciego, ayer y hoy, de la imposición de ordenamientos de raíz europea a pueblos indígenas resulta a mi entender el síntoma más agudo del desajuste en el panorama ⁽¹⁰⁷⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Le cito nuevamente de nuestra corresponden particular: “A expressão *direito lusobrasileiro* é infeliz. Em todo o caso, não me estava a referir seño ao direito metropolitano e ao direito dos colonos no Brasil Refiro mesmo, em algum lugar destes textos, que a colocação dos colonos como colonizados (objeto de uma política colonial levada a cabo pela metrópole) excluía da história os verdadeiros colonizados (os nativos, mas também os escravos). Esta operação de colocar os colonos como colonizados é comum: desde o Brasil, aos EUA, passando pelo México, etc. (mesmo em África, este foi o argumento dos independentistas brancos, v.g., na Rodésia ou na África do Sul; também em Angola e Moçambique durante a primeira metade da década de '70). Realçar que os colonos não eram *voiceless subjects*, mas dispunham de uma efectiva *agency* (também jurídica) e que esta se tornava aceitável pela metrópole nos termos da estrutura particularista do *ius commune*, era a forma de realçar que os colonos não eram colonizados; e que os colonizados eram outros, de que a historiografia pós-colonial não falava, ao limitar a relação colonial a metrópole-colonos”. De hecho, como ha podido apreciarse, Hespanha cambió a última hora el título del libro *Direito lusobrasileiro no Antigo Régime* por el de *O direito dos letrados no Império português* al tiempo además que adoptaba la expresión *direito colonial brasileiro*. El primer título, el de *direito lusobrasileiro*, lo mantiene en la edición electrónica.

⁽¹⁰⁶⁾ Aun presentándolo en un escenario netamente colonial, B. CLAVERO, *La edad larga del derecho entre Europa y Ultramares*, en “Historia. Instituciones. Documentos” (revista de la Universidad de Sevilla), 25, 1998, pp. 135-150, que fue una conferencia brasileña, en la Universidade Federal de Rio Grande do Sul, arrancando en su versión escrita con una cita luso-imperial, en concreto de Serafim de FREITAS, *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico (...) adversus Hugonis Grotii Batavi Mare Liberum* (1625), por su alegación recurrente de jurisprudencia de *ius commune*, lo mismo que en general la literatura jurídica hispana de la época sobre América, a efectos más de legitimación doctrinal frente a otros Imperios que de efectividad normativa en las colonias. Aunque ahí no lo cite, para mi representación de esa *larga edad del derecho* en términos coloniales la principal influencia ya la ejerce R.A. WILLIAMS, Jr., *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford, Oxford University, 1990.

⁽¹⁰⁷⁾ B. CLAVERO, *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas en Constituciones mestizas*, México, Siglo XXI, 2008; *¿Hay genocidios cotidianos? Y otras perplejidades sobre América Indígena*, Copenhague, IWGIA, 2011. Mas hay palabras bonitas peores que el silencio invidente. ¿He de insistir en que el dato de que esos ordenamientos prediquen hoy derechos, díganse constitucionales o también humanos,

De cuestiones actuales se ocupa también directamente Hespanha desde el campo de visión alcanzado mediante la indagación de la historia. No lo hace tan sólo por haber venido a ocuparse también de enseñanza de teoría del derecho sin trámite de historia. Teoría ya ha hecho a conciencia haciendo historia ⁽¹⁰⁸⁾. Entre lo uno y lo otro, la perspectiva de presente que ofrece Hespanha pudiera crear puentes con la visión de pasado puesto que incide en las dimensiones menos estatistas del ordenamiento social, aun no llegando a materializarse gráficamente. No cobra vida la presencia de pueblos indígenas con derecho propio que más puede poner en cuestión la dilatación de su paradigma a espacios no europeos o

no es en absoluto relevante por virtud tan sólo de la propia prédica sin contraste empírico sobre el terreno, sin *localización* al cabo? ¿Por qué al llegar a temas actuales como el del constitucionalismo de derechos y el de los propios derechos humanos parece que ya no hace falta la investigación histórica tal y como si, para apologetas, hubiéramos alcanzado el final de la historia o, para censores, se redujesen a retórica de dominio sin sustancia jurídica? Registro preguntas como éstas en nota pues corresponden a tiempos de Leviatán y si acaso, si ya es que estamos ahí, de post-Leviatán que aquí en sí no nos ocupan. Voy a seguir tratando en notas, por muy relevantes que sean, cuestiones de historia constitucional que se interfieren en la obra de Hespanha o por ellas mismas con las propias de las *vésperas* que aquí tratamos.

⁽¹⁰⁸⁾ Quien ha realizado un trabajo monográfico sobre la obra de Hespanha, que ha quedado inédito como ya sabemos, considera luego que la teoría necesaria a la historia del derecho ha de buscarse más bien entre quienes como tal no la practican, reduciéndose a los practicantes, como al propio Hespanha, a referentes y mirándose en todo caso siempre hacia Europa (Escuela de Annales, materialismo histórico, Michel Foucault, Walter Benjamin...): R.M. FONSECA, *Introdução Teórica à História do Direito*, Curitiba, Juruá, 2009. Entiéndase esto por mi parte no como desprecio de teoría, sino como requerimiento de que sea probadamente operativa: A.M. Hespanha y Teresa Pizarro Beleza (eds.), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo. Um conjunto de perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2011. Antonio Serrano puede testimoniar que no seguí elaborando un estudio sobre la efectiva significación de Foucault para la historia del derecho al que me animó con ocasión del veinticinco aniversario de *Surveiller et punir* (1975-2000) y cuyo borrador hoy tengo extraviado por algún recoveco de archivos en soporte digital. Otras prioridades se cruzaron (Foucault no asistía mucho al asunto en el que andaba enfrascado, el de la posición jurídica de los pueblos indígenas en tiempo y bajo orden constitucionales: B. CLAVERO, *Ama Llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000), por no decir que lo que se cruzó fue tiempo y espacio finitos (“Had we but world enough, and time...”, sea dicho con un octosílabo de Andrew Marvell sacado de contexto histórico y erótico).

venir al menos marcando unos límites (109). La frontera que vimos, esa frontera hoy en día al fin y al cabo todavía colonial, parece seguir ahí, invisibilizada más que invisible, no visualizada en todo caso (110). En conjunto, la impresión que la evolución de la obra de Hespanha ofrece a una lectura coral, con voces y sin ecos, es la de que, lo mismo que extiende su entendimiento dúctil del derecho a las colonias, economía de la gracia inclusive, también lo hace en otro grado respecto a historia y presente constitucionales (111). Igual que

(109) A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, con apartado sobre *Etnia* (1ª ed., pp. 238-241; 2ª ed., pp. 295-298) que no llega a hacer visible el punto ciego de imposición de ordenamientos “estadualistas” a pueblos indígenas a pesar precisamente de su fuerte valorización de paradigmas normativos “não-estadualistas”: A.M. HESPANHA, *Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias*, en A.C. Wolkmer, F.Q. Veras Neto e I.M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico*, pp. 139-172. “Estadualismo” y “antiestadualismo” son los términos de entrada de su *O Caleidoscópio do Direito* (1ª ed., pp. 19-45; 2ª ed., pp. 25-52), cuyo propio título expresa en su término principal, como ya sabemos, la idea de “não-estadualismo”, a modo de Boaventura Santos mejor que de Marcelo Mello entre lo citado, aunque tampoco exactamente. Para Hespanha el “antiestadualismo” se resuelve en “postestadualismo”, como si no hubiera derechos “pre-estaduales”, por ejemplo los indígenas en América, Brasil inclusive. Recordemos que *a morte do Estado* fue un motivo temprano en la obra de Hespanha aplicándose al “pre-estadualismo” antes que al “postestadualismo”. Sobre todo esto he de regresar.

(110) En comunicación sobre sus planteamientos, Hespanha me recuerda una referencia clave para el “não-estadualismo”: James C. SCOTT, *Seeing like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Have Failed*, New Haven, Yale University, 1998, y me pone en guardia frente a localizaciones idealistas invocando el estudio y las ulteriores reflexiones sobre “Pasárgada”, nombre en clave de una comunidad urbana en Brasil, tomado de un poema (Manuel Bandeira: “Vou-me embora pra Pasárgada... Lá a existência é uma aventura... É outra civilização...”), del citado B.S. SANTOS, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta, 2009, pp. 131-253, últimamente para un asunto al que regresa desde hace décadas (*The Law of the Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality in Pasargada Law*, en “Law and Society Review”, 12-1, 1977, pp. 5-126, versión abreviada de su tesis doctoral, *Law against Law*, 1973). Se trata de bibliografía, tanto la de James Scott como la de Boaventura Santos, que abre en efecto espacio a la presencia indígena.

(111) Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Los dos Hespanhas*, en la revista electrónica “Historia Constitucional” (www.historiaconstitucional.com), 6, 2005, pp. 459-466, comentando su *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedida, 2004, ahora remodelado en edición brasileña rehecha desde el propio título: *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009, y concluyendo perplejo

extiende el paradigma normativo no exactamente jurídico del derecho común en el espacio a Brasil, lo expande en el tiempo, cuando hace historia, prácticamente hasta nuestros días ⁽¹¹²⁾. Respecto al

F. Martínez que el Hespánha no doble, sino único, intenta “comprender el orden jurídico-constitucional del Estado liberal conforme a los moldes y claves paradigmáticas diseñadas para el antiguo régimen”, lo que ha de entenderse a pesar de que *Guiando a mão invisível-Hércules confundido* no deja de subrayar novedades constitucionales cuyo mismo alcance luego así se reducen; el propio A.M. HESPANHA, *A Política Perdida*, p. 8: “Hoje dou-me claramente conta que o papel normativo da graça era parte de uma questão muito mais vasta e, *mutatis mutandis*, ainda actual. (...) [T]ambém me resulta muito claro que aquele pluralismo normativo fazia parte de uma matriz antropológico-cultural, característica das sociedades modernas da Europa do Sul, bem com das suas extensões ultramarinas. Com diferenças, mas também com identidades centrais”; la misma expresión de extensión es suya: A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 12: “Eu próprio fui testando extensões”, refiriéndose a la que también hace, con más éxito, entre ramas del derecho, a materia penal en concreto (*Da ‘iustitia’ à ‘disciplina’*. *Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, con sus prosecutions). En el epílogo de *La Gracia del Derecho* (pp. 323-334: *El poder, el derecho y la justicia en una era perpleja*; en portugués, “Administração”, revista de la Administração Pública de Macau, 15, pp. 7-19), ya latía el germen de la extensión que viene al presente: J.I. LACASTA ZABALZA, *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’...* y principio de milenio. Del mismo *Guiando a mão invisível-Hércules confundido* había habido temprano aperitivo: A.M. HESPANHA, *A revolução e os mecanismos do poder*, en António Reis (ed.), *Portugal contemporâneo*, vol. I, Lisboa, Alfa, 1988, pp. 107-136; versión francesa en Heinz Mohnhaupt (ed.), *Revolution, Reform, Restauration. Formen der Veränderung von Recht und Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1988, pp. 273-276; española en C. Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 15-52. La doble expansión, en el espacio y en el tiempo, la alega Hespánha en el prefacio de *A Política Perdida* como motivo para descartar una edición en portugués, nunca habida, de *La Gracia del Derecho*, que así da por obsoleta, aunque *As outras razões da política. A economia da ‘graça’* (ahora entrecomillada) sabemos que la incorpora.

⁽¹¹²⁾ Para contraste, C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora, 2010, como expresión colectiva del mencionado grupo de investigación *Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América* (HICOES), el cual se basa en el presupuesto diverso de una revolución cultural, por encima o por debajo de continuidades institucionales o más específicamente jurisdiccionales, en el mundo tanto del derecho como de la economía cuando el arranque de la historia constitucional estricta, entre el XVIII y el XIX. Hespánha saluda sin mucho entusiasmo mi revisionismo historiográfico en materia constitucional (“demasiado partidario e cru”) y, con más aprecio, la orientación del grupo HICOES definida en términos genéricos (“desconfiar do óbvio; pôr em dúvida as continuidades; estranhar as coisas familiares; desconfiar da superfície das fontes; complicar a história”) al final de su comentario a C. GARRIGA y M. LORENTE, *Cádiz 1812. La*

presente, el distanciamiento que todo ello le procura agudiza ciertamente su contrastada capacidad crítica, pero también parece que lastra su indudable habilidad analítica ⁽¹¹³⁾.

Hespanha no entiende en momento alguno que, ni ayer ni hoy, se produzca un fenómeno de globalización de cultura de derecho y ordenamiento jurídico tal que permitiera abordar y comprender Brasil desde Portugal o el presente desde la historia ⁽¹¹⁴⁾. Bien al

Constitución jurisdiccional, Madrid, Centro de Estudios Políticos, 2007, en “Historia Crítica” (revista de la Universidad de los Andes), 36, 2008, pp. 223-228, respondiendo a una convocatoria sobre *Justicia, sociedad y cultura durante el período colonial y el primer siglo republicano en América* (mismo número de “Historia Crítica”, pp. 10-13: *Presentación del dossier sobre ‘La justicia y el orden social en Hispanoamérica, siglos XVIII-XIX’*). Hespanha tiende puentes con HICOES (recensión a M. LORENTE, *La Nación y las Españas. Representación y territorio en el constitucionalismo gaditano*, en “e-journal of Portuguese History”, 8-1. 2010, reseña quinta), pero la diferencia sigue a mi entender estribando en que HICOES aborda la historia constitucional por medio de la cultura de los tiempos constitucionales y de cada tiempo constitucional, jurisdiccionalista en su caso, y no de una cultura de tracto histórico.

⁽¹¹³⁾ En correspondencia particular, José Ignacio Lacasta, el temprano crítico de las posiciones de Hespanha hacia el presente con *Antiformalismo jurídico ‘fin de siglo’*, me comunica que hoy las aprecia más: “La *oração de sapiência* de Hespanha [en el epílogo de *La Gracia del Derecho*] pecaba de un exceso de antiformalismo, o más bien se dirigía contra el formalismo jurídico con cierta desmesura, pues no tenía en cuenta que las formas son también las garantías del proceso penal, los derechos del imputado y los de toda la ciudadanía ante los posibles excesos del poder. Un exceso de microfísica foucaultiana parecía ser el causante de la *hybris* o falta de proporción en el análisis de corte antiformalista. Pero, en su conjunto, constituía un muy positivo llamamiento a la perseverancia en el carácter despierto y no sometido de los seres humanos. A conjugar la vida concreta de las personas con su proyección política necesaria y cotidiana, etc. (...). Microfísica, emociones y pasiones, que el mismo Hespanha ha corregido metodológicamente al introducir también en la exposición de la doctrina jurídica y política, la universitaria y la de la Administración pública, la parlamentaria y la de la lucha política, en su excelente reflexión sobre la forja del Estado decimonónico portugués, en *Guiando a mão invisível*, etc.”. He aquí una alternativa de lectura, no de *dos Hespanhas*, sino de uno solo.

⁽¹¹⁴⁾ Observo que *Cultura jurídica europeia* de Hespanha se está convirtiendo en una cita traslaticia en la literatura en portugués sobre globalización, pero su tratamiento es para el presente: A.M. HESPANHA, *O Caleidoscópio do Direito*, 1ª ed, pp. 348-380; 2ª ed., pp. 427-469, con ampliación en ésta última respecto especialmente a la crisis económica desatada desde 2008 y en la que seguimos inmersos en términos para Hespanha globales, pero no tanto si no nos olvidamos de la humanidad ajena a la economía tenida por global. Hespanha advierte ahora, en la segunda edición, que hasta

contrario, su mismo entendimiento de la ductilidad de los términos de referencia abre un campo muy amplio a las dinámicas localizadas en el espacio y en el tiempo. Pero parece entonces que, dentro de la dialéctica a la que Hespanha llega entre lo global y lo local, es lo primero, lo global, lo que da juego a lo segundo, a lo local, y no a la inversa. Hespanha recurre a la idea de *glocalización* (localización más globalización) que puede ciertamente casarle a la historia del derecho ⁽¹¹⁵⁾. Entre neologismos, cabe que éste de *glocalización* sea más

“[a]s correntes antiglobalização estão, hoje, globalizadas, recorrendo aos meios globalizados de comunicação para aumentarem o seu impacto público” (p. 429), pero la advertencia no demuestra que la globalización impere sobre toda la humanidad ni remedia dicho olvido de una parte de ella. Respecto a los movimientos antiglobalización, hay una razón más sustantiva por la que tienden a ser globales por sí mismos y ésta es la de su habitual recurso a *derechos humanos*, lo cual a su vez, por cuanto que incluyen derechos de los pueblos indígenas y de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas, puede constituir una vía de introducción de *lo local* ante *lo global*, de lo local jurídico frente a las pretensiones de lo global económico y político no raramente contrarias a derechos. En esto es en lo que le veo sentido a una globalización radicalmente, sin paradojas, antiglobalizadora. Interesa a la conveniente localización de los derechos humanos Elsa STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law: Article 27 of the Universal Declaration of the Human Rights and Beyond*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2007; y a dicha relación de base jurídica entre lo global y lo local, el programa *Scales of Governance, the UN and Indigenous Peoples* de L’Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales (www.sogip.ehess.fr).

⁽¹¹⁵⁾ En nuestras comunicaciones, Hespanha me remite sobre *glocalización* a la obra de Shalini RANDERIA, de quien consulto *The State of Globalization: Legal Plurality, Overlapping Sovereignties and Ambiguous Alliances between Civil Society and the Cunning State in India*, en “Theory, Culture and Society”, 24-1, 2007, pp. 1-33: “We live in paradoxical times. (...) There is a curious ambivalence in current debates on globalization about the role of the state, which is conceived of as both central and marginal” (p. 1), lo que representa una *glocalización* que así puede resolver lo local en lo estatal mal dicho nacional, como ha mostrado H. SAYED, *La globalización de la teoría del derecho*. Michele LANGFIELD, William LOGAN y Máiréad NIC CRAITH, *Cultural Diversity Heritage and Human Rights: Intersections in Theory and Practice*, Abingdon, Routledge, 2010, dedican una parte, la segunda, a *National versus Local Rights* porque por regla generalísima se trata de niveles bien distintos. La distinción no se atiende por lo usual ni cuando se aborda expresamente la dinámica entre globalización y localización: Don Kalb, Marco van der Land, Richard Staring, Bart van Steenberger y Nico Wilterdink (eds.), *The Ends of Globalization: Bringing Society Back In*, Lanham, Rowman and Littlefield, 2000, trayéndose, como sociedad, ciudadanía y con ello, como instancia local, Estado.

realista que el de globalización a efectos incluso más generales ⁽¹¹⁶⁾. En la historia del derecho, entre la recepción del derecho romano-canónico y el derecho del correspondiente territorio, podríamos haber estado haciendo glocalización sin saberlo. Sabiéndolo, Hespánha pone el acento en lo local, en lo más local que lo políticamente territorial. La glocalización puede acomodarnos a la historia del derecho para tiempos los más distantes como los más recientes ⁽¹¹⁷⁾. La teoría Ikea le va entonces mejor a esa extraña especialidad académica, extraña por ucrónica y por utópica, extraña también por renovadamente pujante, que responde todavía al nombre de *derecho romano* ⁽¹¹⁸⁾.

No obstante, adviértase que la glocalización no escapa a las presunciones de la globalización. No lo hace ni para el pasado ni

⁽¹¹⁶⁾ Para una ilustración muy expresiva desde perspectiva local en el ámbito económico, Sandra ALARCÓN, *El tiangis global*, México, Universidad Iberoamericana, 2008. *Tiangui* significa mercado en náhuatl, la lengua mexicana, y se usa también por el castellano mesoamericano. La obra podría haberse más ajustadamente titulado *El tianguis global*, calificativo que a dicho mismo efecto utiliza (p. 58).

⁽¹¹⁷⁾ Significativamente, por la materia que trata y por propugnar un derecho constitucional comparado no reducido a Gran Bretaña, Estados Unidos, Francia, Alemania y afines, R. HIRSCHL, *Constitutional Theocracy*, Cambridge, Harvard University, 2010, *Conclusion: 'Glocalization'? Constitutional Law and Politics in a Nonsecularist World*, p. 245: "Constitutional theocracy [ej., Israel] stands at the intersection of the general and the contextual, the universal and the particular. In that respect, constitutional theocracy may very well be constitutional law's version of what has been termed *glocalization*". El mismo autor contempla la historia del constitucionalismo garantista entre la globalización de derechos y la localización de intereses (ej., minoría eurodescendiente en Sudáfrica): R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*, Cambridge, Harvard University, 2004. Los ejemplos ilustrativos pertenecen naturalmente a Ran Hirschl.

⁽¹¹⁸⁾ Aquí, puede decirse que, localmente en España, ha venido a producirse la asignación de la historia europea medieval y moderna del *derecho romano*, no a historia del derecho, sino a dicha extraña disciplina: B. CLAVERO, *Reforma de las enseñanzas universitarias en España: la historia del derecho*, en P. Grossi (ed.), *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno. Strumenti, destinatari, prospettive*, Milán, Giuffrè, 1993, pp. 337-400, lo que presenta al menos la ventaja de empujarnos a la historia del derecho hacia tiempos más cercanos, bien que, si aceptamos tal reparto de papeles, con la contrapartida de provocar un vacío que el romanismo español no está patentemente en condiciones de colmar. Ya que tenemos a mano *La solitudine dello storico del diritto* de Pio Caroni, puede verse, pues interesa al respecto, la *Presentazione* de Italo Birocchi (pp. 1-39).

para el presente ni para el futuro. Mediante la refundición de las palabras, glocalización lo que hace, al menos léxicamente, es interiorizar y digerir la localización en la globalización. La globalización en todo caso parece ser la que impera en el discurso para ayer como para hoy, aunque más relativamente en un escenario pretérito que en el de la actualidad por supuesto. En todo caso, el mismo uso de la palabra, incluso a la contra, refuerza apariencias que pueden a la postre promocionar el fenómeno realmente para hoy como imaginariamente para ayer. ¿A qué responde globalización o su variante glocalización? ¿A evidencias neutrales de la historia o a aspiraciones interesadas del presente? Si no hubiera más alternativa que entre globalización y glocalización, no parece que hubiera duda respecto a la preferencia de la segunda, pero ¿seguro que ya no hay vida fuera de la premisa de la globalización y del despliegue de su constelación? ⁽¹¹⁹⁾. De tal calibre es la logomaquia que permite llegar a extremos como el de hablarse de *anglobalización* para la sucesión del

⁽¹¹⁹⁾ Sintomáticamente, si tiene razón el introductor del concepto en inglés (Roland ROBERTSON, *Globalization: Social Theory and Global Culture*, Londres, Sage, 1992, pp. 173-174), la idea glocalizadora se origina como consigna de medios empresariales, concretamente japoneses, interesados en una globalización atenta a las condiciones locales de recepción de la oferta (por descuidarlo, los establecimientos de McDonald's han cerrado en Bolivia a finales de 2011). Abundan en la indicación de ese origen Rob VAN TULDER y Alex VAN DER ZWART, *International Business-Society Management: Linking corporate responsibility and globalization*, Abingdon, Routledge, 2006, p. 51. Para adopción del término en el terreno de la política, Erik SWYNGEDOUW, *Neither global nor local: 'Glocalization' and the Politics of Scale*, en Kevin R. Cox (ed.), *Spaces of Globalization: Reasserting the Power of the Local*, Nueva York Guilford, 1997, pp. 137-166. Para un debate sobre glocalización como política, Peter M. Haas, John A. Hird y Beth McBratney (eds.), *Controversies on Globalization: Contending Approaches to International Relations*, Washington, CQ, 2010, pp. 331-358: *Culture and Diversity: Should Development Efforts Seek to Preserve Local Culture?*, E. STAMATOPOULOU, Yes, Kwame Anthony APPIAH, No; otras intervenciones en el debate sobre las posiciones *glocalizadas* de la primera en *Carnegie Council: The Voice for Ethics in International Affairs* (www.carnegiecouncil.org). Compartiendo posiciones, he colaborado con E. Stamatopoulou, de quien ya está citado *Cultural Rights in International Law*, en el Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas y en el Institute for the Study of Human Rights de la Columbia University (<http://brcolumbia.org/indigenous>).

imperialismo británico por un neoimperialismo estadounidense (120).

Para la historia, a nuestros efectos, tendríamos el derecho localizado en el seno del *ius commune* con apariencia éste de globalidad, ofreciéndose en efecto la imagen de una especie de glocalización que damos por pacífica al tomar el derecho común por trasplantado y recibido. El *ius commune*, marcando por lo visto las reglas de juego en Portugal como en Brasil, en Castilla como en las llamadas Indias, sería entonces cual la astronomía que luego veremos, la que inventa y desinventa, impone y cede, acomoda y modela, con la pretensión de dominar siempre el firmamento mediante su ciencia. Con glocalización y todo, seguimos, dicho en primera persona del plural pues no me excluyo, sin guardar consecuencia metodológica con la constancia de la localización, con una localización que habría de valer para el tiempo como para el espacio. El presente es una localidad más en el curso de la historia. Mejor también en plural, todos los presentes son locales, como Hespanha

(120) La propuesta en esos términos para respaldo intelectual de una política internacional unilateral de los Estados Unidos con apariencia de base histórica en los presuntos beneficios del imperialismo británico para la entera humanidad o poco menos pertenece a Niall FERGUSON, *Empire: The Rise and Demise of the British World Order and the Lessons for Global Power* (2002), Nueva York, Basic Books, 2004, p. XXIII: “My aim has been (...) to write the history of globalization as it was promoted by Great Britain and her colonies —*Anglobalization* if you like”. A los hooligans *anglobalization* les parece una “elegant word”: Stephen H. WEBB, *American Providence: A Nation with a Mission*, Nueva York, Continuum International, 2004, p. 116; a otros les parece un “awkward euphemism” o cacofemismo, pero siguen en la línea con nuevas ocurrencias como la de “anglosphere”: Graham MacPhee y Prem Poddar (eds.), *Empire and After: Englishness in Postcolonial Perspective* (2007), Oxford, Berghahn, 2010, p. 20. La ocurrencia similar de atribuir el mérito de una primera globalización al imperialismo ibérico no cuenta con prefijo para hacer un juego de palabras equivalente que además marque una contuidad para el colonialismo interno de los Estados latinoamericanos sobre pueblos indígenas con imagen positiva de beneficios humanos, globales por supuesto. ¿Son acuñaciones y atribuciones neutras, asépticas e inocentes? No es preciso responder pues la máscara cae y *globalización* enseña el rostro de *civilización* en singular remozando sentido y alcance coloniales: N. FERGUSON, *Civilization: The West and the Rest*, Londres, Allen Lane, 2011. Contrástese ahora Mark MAZOWER, *The End of Civilization and the Rise of Human Rights: The Mid-Twentieth-Century Disjuncture*, en S.L. Hoffmann (ed.), *Human Rights in the Twentieth Century*, pp. 29-44.

mismo insiste ⁽¹²¹⁾. ¿No estamos con todo esto proyectando las dificultades del presente sobre las complejidades del pasado más que la viceversa? ¿Hemos despejado la sensación de que el disgusto por el derecho actual no fue lo que en último término nos lanzó en brazos de la gracia histórica? ¿No podrá ocurrir lo propio con globalizaciones presentes y glocalizaciones pretéritas ⁽¹²²⁾?

⁽¹²¹⁾ La preocupación en serio que la misma logomaquia pone de manifiesto se comparte hasta en familia: Pedro HESPANHA y otros, *Globalização insidiosa e excludente. Da incapacidade de organizar respostas à escala local*, en P. Hespanha y Graça Carapinheiro (eds.), *Risco social e incerteza. Pode o Estado Social recuar mais?*, Porto, Afrontamento, 2002, pp. 25-54 (Pedro, acreditado sociólogo, es hermano mayor de António). Aunque no conceda entrada a *Globalização* como voz, la adaptación de un instrumento sudamericano en medios europeos, incluyendo éste cercano, ilustra: Antonio David Cattani, Jean-Louis Laville, Luiz Inácio Gaiger y P. Hespanha (eds.), *Dicionário Internacional da Outra Economia*, Coimbra, Almedina, 2009, contando con ediciones primero brasileña, 2003, luego argentina, 2004, un par francesas, 2005 y 2006, y una italiana, 2006. Contiene voz sobre la economía del don (pp. 103-107: Alain CAILLÉ, *Dáviva*, en la traslación al castellano *Don*), con referencias de antropología, pero no de historia del derecho, en base a obra del propio autor: A. CAILLÉ, *Anthropologie du don. Le tiers paradigme*, París, Desclée de Brouwer, 2000; más interesa la voz de Noëlle M.P. LECHAT, *Economía moral*, pp. 134-138. La de Rogério Roque AMARO, *Desenvolvimento local*, pp. 108-113, concluye con la idea de la glocalización: “Pode então afirmar-se que o desenvolvimento local não tendeu, nem tende, a desaparecer com a globalização, antes, pelas duas razões postuladas, a complementá-la (e a contrariá-la, propondo uma outra globalização a partir do local), daí se entendendo a sua afirmação simultânea, balizando o que se poderia entender por processo contraditório e paradoxal de *glocalização*”; parecidamente cierra la voz de Breno FONTES y Sílvia PORTUGAL, *Redes sociais*, pp. 284-288: “Estas formas organizacionais reticulares permitem a adaptação à pluralidade de um mundo cada vez mais *glocalizado* e são características de uma nova fase de acumulação do sistema capitalista”. Aun sin voz propia y con paso cambiado, globalización es más recurrente. Como agente del capitalismo se hace presente desde la primera entrada: Patrick VIVERET, *Altermundialização*, pp. 11-15. Derecho no merece voz alguna pese a que, desde el mismísimo arranque de esta inicial comparecen los derechos humanos en buenos términos: “O termo *altermundialização* expressa o caráter multiforme de um movimento que pretende suscitar valores como a democracia, a justiça econômica e social e a proteção ao meio ambiente e aos direitos humanos a fim de estabelecer condições para uma mundialização democrática, controlada e solidária”.

⁽¹²²⁾ Comentario de Hespanha a este punto en nuestra correspondencia particular: “Há, de facto, um enorme perigo de o nosso sentido intencional se perder ‘na tradução’ dos nossos textos pelo auditório. Já fui apresentado (no Uruguai, creio) como um interessante exemplo de um marxista que evoluiu para o tomismo... Isto aconteceu por culpa minha, também. Não acautelei as virtualidades da leitura como plano de

No obstante todo ello, cuando se encuentra con la ocasión de frente, Hespanha distingue tiempos. Marca distancias. Sus posiciones de presente pueden emanciparse entonces del pasado prácticamente a todos los efectos comenzando por los metodológicos. De hecho, de tomarse en cuenta el conjunto de su obra publicada, incluyéndose la que no es de historia, puede resaltar una neta diferencia del tiempo actual respecto a tiempos históricos ⁽¹²³⁾. Interrogado sobre si resulta extensible al presente la valorización de jurisprudencia pretérita, la de entre los siglos XVIII y XIX en concreto, a fin de identificarse «una tarefa ética e política dos

criação de sentido”. Para la misma experiencia habría ejemplo también en mi vida paralela, lo que, más paciente o menos pundonoroso, suelo tomar como muestra lastimosa de ignorancia ajena.

⁽¹²³⁾ En tal dirección puede ante todo aducirse la distancia sustantiva, bien de fondo, entre sus representaciones de dos caleidoscopios, el *Caleidoscópico do Antigo Regime* y *O Caleidoscópico do Direito*. Más resalta la distancia por cuanto su representación de la historia constitucional (*Guiando a mão invisível*, ahora *Hércules confundido*) no ofrece elementos de tránsito en el tiempo entre una y otra imagen, la del pre-Leviatán y la del post-Leviatán, si en esta otra fase realmente estamos, apejándose en su figuración del Leviatán a la primera, como ha sabido ver F. MARTÍNEZ PÉREZ, *Los dos Hespanhas*. Ya está señalada la desconexión que, pese a la penetración del “pre-estadualismo” en el “estadualismo” asumida por Hespanha, se produce en su obra entre lo primero y el “postestadualismo”, como si lo segundo, el Leviatán, hubiera sido algo enteramente global en la historia, provocando tamaño cortocircuito, una presunción frente a la cual la obra de James Scott, no sólo *Seeing like a State*, constituye en efecto un buen antídoto. El caso al final resulta que, entre el *pre* que se alarga y el *post* que sobreviene, el Leviatán en sí podría decirse que tiende a escapar como objeto específico de investigación histórica a la obra de Hespanha o al menos que no viene siendo la materia nuclear que el uso del término pudiera presagiar. El mismo detalle de haber adoptado el nombre propio de Leviatán para el Estado como especie puede estar acusando la renuencia a enfrentarse con la problemática de su identificación. La obra de Scott, estudioso de sociedades asiáticas que no han atravesado experiencia propia o impuesta de Leviatán (J.C. SCOTT, *The Art of Not Being Governed: An Anarchist History of Upland Southeast Asia*, New Haven, Yale University, 2009), puede también servir para apreciarse hasta qué punto casos de más directa exposición al colonialismo, como el de Macao, conducen peor a una historia en la que el “estadualismo” y, por ende, el “postestadualismo” no se tomen como fenómenos globales cortocircuitando el “pre-estadualismo” persistente que mal se define de este modo, con referencia a un elemento extraño. A Wallerstein le hemos visto distinguir entre *a world* y *the world*, pues ciertamente no es lo mismo. ¿Qué entendemos cuando se utiliza sin artículo como en *economía-mundo* y en *sistema-mundo*? ¿Qué sobrentendemos al declinar “estadualismo” como clave, aun a la contra, del derecho?

juristas », su respuesta se contrae a supuestos epistemológicos de un tiempo presente tan otro que se predica como postmoderno. He aquí el meollo de la contestación:

[N]ão vejo motivo de os juristas serem os arautos da natureza ou dos valores, nomeadamente porque seu fechamento corporativo frequentemente os isola dos sentimentos dominantes da justiça. Por outro lado, numa época de crise das epistemologias assertivistas — i.e., que afirmam valores de verdade para os saberes —, não creio que seja fácil fundamentar uma legitimidade fundada na fiabilidade absoluta de um saber ⁽¹²⁴⁾.

La entrevista se publica con el encabezamiento de una frase que Hespanha hace suya: « Os juristas mais característicos fazem parte do problema e não da solução » (« If you're not part of the solution, you're part of the problem », rezan los diccionarios de

(124) *Entrevista com António Manuel Hespanha*, pp. 19-20, en “Prisma Jurídico”, 7-1, 2008, pp. 17-23; *Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?*, en “Themis. Revista de Direito”, 14, 2007, pp. 57-76, y en “Phronesis. Revista do Curso de Direito da FEAD” (Faculdade de Estudos Administrativos de Minas Gerais), 4, 2008, pp. 9-26; también recogido en *A Política Perdida* (con version francesa, *Le droit face à une éthique postmoderne*, destinada a los *Studi in Omaggio di Paolo Prodi*). Añádanse de *O Caleidoscópio do Direito* las citas de encabezamiento (“Pour les juristes aussi, la question se pose: savent-ils de quoi ils parlent ou parlent-ils de ce qu’il savent?”) y de inicio de la sección quinta (“With a few remarkable exceptions, jurists are not able to think by themselves about the basic issues — theoretical and practical alike — arising in the course of their professional commitments”), pregunta y afirmación que no formula respecto a la jurisprudencia del *ius commune*. Sobre la figura histórica del jurista tuvo Hespanha anunciado un libro: *Doctor perfectus. Para uma antropologia cultural dos juristas na época moderna* (*Os juristas como couteiros*, que enseguida cito, p. 1196; en la versión inglesa publicada en Eslovenia, que ahora también registro, incluía la referencia en la bibliografía, p. 501). A.M. HESPANHA, *L’étude prosopographique des juristes: entre les “pratiques” et les “représentations”*, en J.M. Scholz (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1992, pp. 93-101, ya arrancaba con referencia a António Sousa DE MACEDO, *Perfectus Doctor in Quacumque Scientia, maxime in iure canonico et civile* (1643); para mayor utilización más reciente, A.M. HESPANHA, *Form and content in early modern legal books*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 12, 2007, pp. 12-50 (versión italiana en Maria Antonietta Visceglia, ed., *Le radici storiche dell’Europa. L’età moderna*, Roma, Viella, 2007, pp. 39-68). El título *El Tercer Poder* del libro dirigido por Johannes-Michael Scholz se debió a propuesta mía, que ahora dudaría en hacer (B. CLAVERO, *El Orden de los Poderes. Historias constituyentes de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007).

máximas y dichos). ¿Es aplicable a nosotros mismos como juristas al cabo que somos? Si nos salvamos, es por no figurar entre « os mais característicos » como profesionales ni de derecho ni de historia. Tal vez no haya en Hespanha tanta confusión y contaminación entre tiempos y espacios como hace parecer una impresión a primera vista, aunque sólo sea por constarle la inconsistencia de los saberes más o menos normativos, aplicándolo al presente, no al pasado ⁽¹²⁵⁾. No se hace ilusiones sobre el derecho actual porque se las haya hecho en alguna medida sobre la jurisprudencia histórica o porque hayamos incautamente ofrecido ambos, pues también es mi caso, esa impresión primaria ⁽¹²⁶⁾.

Hoy los tiempos del derecho son otros para todo, aunque no lo sean en todo para todos. ¿Qué cambia y qué persiste? ¿Y para quiénes? Por aquí acecha el germen de nuestras discrepancias ⁽¹²⁷⁾. Limitadas, como las vidas, las perspectivas, nuestras líneas paralelas no equidistan hasta el infinito. Algo rozan y hasta chocan en la

⁽¹²⁵⁾ Comentario de Hespanha en nuestra correspondência particular: “Realmente, nunca escrevi sobre a análise sociológica das categorias do *ius commune*. Devo, em todo o caso, ter em algum lado (perdoe-se a falta de rigor...) avisado que as suas construções dogmáticas, as suas bases axiológicas, eram ‘locais’. Pensei, incautamente, que isso seria óbvio dado o meu enraizado relativismo, frequentemente assumido. Porém, a violência da naturalização da cultura, hoje em curso, deveria exigir um contínuo repisar dessa ideia”.

⁽¹²⁶⁾ Réplica de Hespanha en nuestra correspondencia particular: “Se mesmo os que conhecem muito bem o que escrevi acham que não é claro o meu distanciamento em relação a perspectivas etnocêntricas e globalizadoras do direito culto europeu e da sua tradição histórica, que farão os outros...”.

⁽¹²⁷⁾ A.M. HESPANHA, *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna*, en “Análise Social”, 161, 2001, pp. 1183-1208, y ahora en *A Política Perdida* (=Jurists as Gamekeepers, en “Acta Histriae”, 16-4, *Interpreters of Cultures: Dominant and subordinate cultures in contact*, 2008, pp. 477-502); B. CLAVERO, *Histories and Memories, Cultures and Ethics*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 37, 2008, pp. 9-19 (=Laura Beck Varela, Pablo Gutiérrez Veja y Alberto Spinoso, eds., *Crossing Legal Cultures*, Munich, Martin Meidenbauer, 2009, pp. 15-22). Laura Varela me ha asistido en el control de las ortografías portuguesa y brasileña, pues difieren (hasta 2015 corre un periodo de transición para la simplificación gráfica del portugués), además de con comentarios oportunos. Del grupo HICOES me he beneficiado de más lecturas, particularmente interactivas las de Carlos Garriga, Jesús Vallejo y Sebastián Martín.

finitud del tiempo ⁽¹²⁸⁾, con lo que no siempre, ni desde luego en todo, el paralelismo se salda en complementariedad. El saldo del diálogo puede hacerlo ⁽¹²⁹⁾.

7. *La invención de Plutón y su extensión analógica.*

Hespanha reconoce que a veces opera sin otra base empírica que la indiciaria, tal y « como os astrônomos fizeram com o agora malogrado Plutão ». A Plutón, a este fallido planeta, llegamos aquí finalmente. Alguna consistencia se tiene, pero no la suficiente ⁽¹³⁰⁾. De hecho, hemos de reconocer que nuestra concentración, la suya y

⁽¹²⁸⁾ Nuestras experiencias relativamente paralelas ya señaladas de sendos trienios con tareas extrauniversitarias (1996-1998 como Comisario General de la *Comissão Nacional para as Comemorações dos Descobrimentos Portugueses* en su caso; 2008-2010 como miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en el mío), para asuntos ambos no desconectados de la historia, han potenciado nuestro interés por la dimensión jurídica del colonialismo en América, pero en direcciones que divergen, él centrándose en expansión de derecho europeo; yo concentrándome en persistencia de derecho de los pueblos indígenas (para ilustración entre lo citado, A.M. HESPANHA, *Direito luso-brasileiro no Antigo Régime*; B. CLAVERO, *Nación y Naciones en Colombia*). Por la forma como se plantean y desarrollan, las perspectivas resultantes no es sólo que no sean complementarias; es que ni siquiera parecen compatibles. En la citada *Entrevista de Prisma Jurídico*, interrogado sobre “perspectiva antropológica” y “contextos culturais” respecto a Brasil (p. 21), él mira a presencia inmigrante postportuguesa donde yo hubiera mirado a presencia indígena preportuguesa igualmente actual; él invoca multiculturalismo canadiense donde yo invocaría criticismo latinoamericano (D. BONILLA MALDONADO, *La Constitución Multicultural*, cap. I, por ejemplo). La problemática tanto de historia (constitucional) como de derechos (constitucionales) resulta más bien otra.

⁽¹²⁹⁾ He aquí el comentario de Hespanha en nuestra correspondência particular: “Nestas discrepâncias, discrepamos, de facto. Curiosamente, eu não discordo da tua obra recente; mas da interpretação que fazes do sentido deste artigo sobre o ‘direito luso-brasileiro’ onde não creio dizer que o conceito seja válido para além da comunidade de colonos. Não trato de nativos, desde logo porque não conheço o assunto, nem sei se, com a minha preparação, o poderia conhecer. É *res incognita*, não *res insignificans*. Mas claro que isto é uma leitura pessoal de mim mesmo, muito falível, portanto. Quando falo do presente, parece-me que ressaltam mais claras as contínuas preocupações com os grupos subalternizados (coloniais ou metropolitanos), objeto de uma contínua empresa de exclusão através da globalização dos grupos hegemónicos. Porventura, também não o faço com realce suficiente”.

⁽¹³⁰⁾ A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, p. 25. La referencia a método en el encabezamiento de *Imbecillitas* remite a ficción, la de Sherlock Holmes: “Você conhece

la mía, en jurisprudencia y teología para tiempos digamos en términos anacrónicos que preconstitucionales o, en los propios de Hespanha, que de *vésperas do Leviathan* encierra bastante de método tentativo e inseguro ⁽¹³¹⁾, de ese método indiciario y arriesgado de invención de Plutón como planeta antes de avistársele y de poder aquilatarse su limitada gravidez, con anterioridad a un avistamiento y a un aquilatamiento que para el caso de la historia, sin máquina del tiempo y entre fuentes siempre parciales, no parecen factibles ⁽¹³²⁾.

o meu método, meu caro Watson. Parte da observação das coisas insignificantes” (original: “It is founded upon the observation of trifles”), lo que no es del todo irónico si hace alusión, como parece el caso, a las minucias significativas de los textos históricos jurídicos y teológicos: B. CLAVERO, *La máscara de Boecio. Antropología del sujeto entre persona e individuo*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 39, 2010, pp. 7-40, trabajo por el que dije que *Imbecillitas* entiendo que augura la prosecución de la complementariedad de fondo de nuestras obras, al menos en lo que se mantienen paralelas, para *as vésperas do Leviathan*. Sin la imagen de Plutón, hay quien nos sitúa en cuanto que historiadores, a Hespanha y a mí conjuntamente, como pioneros en trayectos que al final lo que abren son rutas distintas a las transitadas por nosotros mismos, algo así como *pathfinders* fallidos pero útiles: Edgar ARDILA AMAYA, *Breve historia de un eclipse. La formación del derecho moderno y la justicia comunitaria*, p. 137, en “Pensamiento Jurídico” (revista de la Universidad Nacional de Colombia), 20, 2007, pp. 135-172. Sobre lecciones de origen literario, por mi parte he recurrido a Poe y a Melville (www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf, pp. 28-32).

⁽¹³¹⁾ Procédase al contraste entre la imagen que resulta de nuestras figuraciones preconstitucionales, la de Hespanha y la mía, en base a derecho y a teología, a este orden letrado que no sólo se calificaba por letras, y la que se vislumbra de enfocarse la atención hacia los sectores mayoritarios que a nuestra luz, la de Hespanha y la mía, se presentan como *rústicos* y, por el prejuicio letrado, *iletrados*: S.B. SCHWARTZ, *All Can Be Saved: Religious Tolerance and Salvation in the Iberian Atlantic World*, New Haven, Yale University, 2009. Como bien lo subraya James S. AMELANG en el prólogo a la edición española (*Cada uno en su ley. Salvación y tolerancia en el Atlántico ibérico*, Madrid, Akal, 2010, pp. 5-10), es la visión de aquella sociedad en su conjunto lo que el contraste puede poner en cuestión. A S.B. Schwartz la inspiración para esta obra le vino de Carlo GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500* (1976, con múltiples traducciones y ediciones). El mismo autor también ayuda a introducirse en otro de los elementos que rompen los esquemas de la visión imperante sobre aquella sociedad, el de la presencia indígena por América: Frank Salomon y S.B. Schwartz (eds.), *The Cambridge History of the Native Peoples of the Americas*, vol. III.2, *South America*, Cambridge, Cambridge University, 1999.

⁽¹³²⁾ Ya había recurrido por mi parte a la invención de Plutón para expresar la inseguridad del conocimiento, en mi caso en relación con la historia constitucional, pero reconozco que sin tanto jugo: “Como planeta invisible cuya fuerza de gravedad se hiciera

A Plutón, después de ser avistado en 1930, se le ratificó el reconocimiento como planeta que ya se le había adjudicado por conjeturas gravitatorias ignorantes además de la concurrencia de otros astros en la zona. Fue desclasificado, aun entre controversias sobre los criterios de clasificación, sólo recientemente, en 2006, lo que, a nuestros efectos, indica la fuerza y la inercia de suposiciones que pasan por conocimientos incluso en terrenos más empíricos que el de la historia ⁽¹³³⁾. En nuestro caso, el de Hespanha y mío, la masa gravitatoria desconocida vendría constituida por las visiones de la mayoría tenida por *iletrada*, en primer lugar la indígena para el caso de América. Si queremos conocer por ejemplo la entidad del Brasil colonial, su levedad si se quiere, ¿cómo vamos a desconocer la gravedad de los pueblos indígenas en su propia tierra?

La invención de Plutón no opera igualmente en todos los campos por lo que interesa a la detección y corrección de desviaciones. En el mismo terreno de las llamadas ciencias sociales, pronunciarse sobre el pasado es menos aventurado que hacerlo sobre el futuro, lo propio de tales presuntas ciencias con la salvedad precisamente de la historiografía, no sólo porque se cuente con documentos, sino también porque nunca es verificable mientras que el porvenir se verifica o se falsea por puro transcurso del tiempo. Resulta menos aventurado por más moldeable ⁽¹³⁴⁾. La única má-

notar sobre el rumbo de la órbita de otros cuerpos en otro caso inexplicable”... (www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf, p. 52; es texto no impreso que luego identificaré). A mí incluso me sorprende descubrir ahora este enésimo paralelismo no tan anecdótico pues ha de admitirse que acusa una conciencia.

⁽¹³³⁾ David A. WEINTRAUB, *Is Pluto a Planet? A Historical Journey through the Solar System*, Princeton, Princeton University, 2007, para todo ello, salvo la comparación con la presunción de conocimientos históricos. En Sevilla hay desde hace pocos meses una calle dedicada al *Astrónomo José Luís Comellas*, el autor de una *Guía del Firmamento* (1979; 2002 7ª ed. “revisada y puesta al día hasta el año 2020”, lo no es errata, sin saber predecir la desclasificación de Plutón), de quien, como profesor de Historia Moderna y Contemporánea en la Universidad Hispalense, fui alumno a finales de los sesenta sin aprender gran cosa tampoco sobre astronomía. Mis conocimientos astronómicos confieso que los improviso ahora.

⁽¹³⁴⁾ El cambio ya indicado de subtítulo en *Imbecillitas* entre la oralidad del curso y la publicación del libro resulta elocuente. Lo que comienza siendo *linguagem y discurso jurídico sobre a desigualdade y a discriminação* acaba presentándose como exposición directa de *a inferioridade* en el orden de *a sociedade de Antigo Regime*. Hemos

quina del tiempo es el tiempo mismo a su propio ritmo. Si el futuro, al contrario que el pasado, resulta reamente cognoscible, es porque llega y, cuando no ciega, a su advenimiento mismo. Tampoco contamos con bola de cristal para tiempo alguno ⁽¹³⁵⁾.

visto lo propio en la variante de un título entra la ponencia en castellano y el artículo en portugués: *Las estructuras del imaginario de la movilidad social* pasa a ser *A mobilidade social*. El mismo Hespanha reflexiona sobre la transitividad de las representaciones: A.M. HESPANHA, *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, aprovechado precisamente en primeros capítulos, tanto en el de *A Política Perdida* como en el de *Imbecillitas*. Que en el subtítulo de éste último, no en el del curso, se anuncie que se trata de *as bem-aventuranças* de la inferioridad social es característico de la ironía de Hespanha, no de su benevolencia para con aquel orden, aunque algo de esto se desprenda de la conclusión del libro, como vimos, con el epígrafe de *Graça: Gratidão, Liberalidade e Misericórdia*. Y no puede negarse que el guiño de nostalgia que parece contenerse en expresiones características de Hespanha, como en el título *A Política Perdida* o en las palabras finales de la cita de encabezamiento de estas páginas (*Depois do Leviathan*, pp. 25-26), e incluso en su entendimiento visto del favor del *ius commune* por *miserabiles*, indígenas, mujeres y otras *personae* servilizadas, es tan imposible e incluso, en su caso, impensable que resulta, si no irónica, provocativa. En todo caso, el riesgo de otra lectura acecha. Recordemos la distancia tomada por alguien que aprecia su obra, Julius Kirshner, en la reseña citada, p. 759: “I do not share his *antiliberal* nostalgia” (subrayo el calificativo para resaltar su sentido de poco apreciativo de derechos y garantías constitucionales: su nostalgia “for the *pays réel*” con “disaffection for the *pays légal*”). A este efecto no sé cómo interpretar la ilustración de portada de *Hércules confundido*, que versa sobre tiempo constitucional, la de una camada de gorrinos hozando en la inmundicia bajo las ubres maternas con esta leyenda: “A Política: A Grande Porca”. ¿Peor que la *Política Perdida* de *antes da Modernidade*?

⁽¹³⁵⁾ En una intersección tal, entre inconsistencia de la historia e imprevisibilidad del futuro, relativas una y otra por supuesto (Antonio Machado: “Está el hoy abierto al mañana, mañana al infinito... ni el pasado ha muerto, ni está el mañana —ni el ayer— escrito”), creo que podrían radicarse las cuentas últimas que las vidas paralelas hemos hecho, bien que más implícita que explícitamente, con el marxismo de nuestro juventud, con un materialismo histórico que, no dogmático y todo, creía en la ciencia de la historia para la previsión también científica del futuro, factor que igualmente influía sobre nuestra falta de aprecio del derecho al licenciarnos. Es un tema que precisaría desde luego de mayor desarrollo, pero quiero dejarlo apuntado, aunque sea en forma tan sumaria, en prevención de ligerezas como la referida de Diogo Curto respecto a António Hespanha: “shifting from Marxism to fashionable postmodernism within the field of the history of law, (he) has never been able to demonstrate much interest in historical analysis, nor been able to overcome the perspective of a normative understanding and hermeneutics of his juridical sources”, ligereza igualmente basada en las presunciones de la historia-ciencia y del derecho-excrecencia, la disociación que las vidas paralelas creo que, como profesionales de la historia del derecho, comenzamos a superar tempranamente.

Dicho de otra forma, la historiografía está efectivamente condenada a un método cuyos resultados son inverificables. La invención de Plutón resulta su piedra de Sísifo. Si sólo además nos movemos en el mundo de la astronomía, perdón: de la gracia y del derecho, ¿dónde queda todo el resto? ⁽¹³⁶⁾. Con esta constancia y la consiguiente conciencia, podríamos por lo menos intentar ejercer la astronomía y no la astrología, con todos los perdones para la segunda ⁽¹³⁷⁾. Entre la ciencia y la magia, perdón: gracia, ambas relativas, ¿por qué no mantener el método y, aún más, la conciencia lúcida de sus límites? ¿No puede que la invención tentativa de Plutón sea nuestro método no sólo para el tiempo de *as vésperas do Leviathan*? Si hemos intentado reconstruir una antropología histórica con jurisprudencia y teología, podríamos al menos hacer lo propio, el intento, para tiempo constitucional con la correspondien-

⁽¹³⁶⁾ S. MARTÍN, reseña a M. Lorente (ed.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo Superior del Poder Judicial, 2007, en “Forum Historia Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte”, sección *Rezensionen*, pág. 16: “¿Para constatar su carácter duradero [del jurisdiccionalismo de tracto histórico durante tiempos constitucionales], su rango ‘ontológico’ y omnicompreensivo, basta con fundamentarlos en consensos doctrinales sin registrar el hecho de que las capas mayoritarias de la sociedad no nos legaron fuente alguna que nos permita hoy conocer sus creencias? (...) ¿Por qué no rastrear las funciones políticas de ese orden jurisdiccional sin adherirnos a la representación que de él hacían sus promotores? ¿Por qué pensar que era un orden de imperio del derecho con exclusión de la política y no que era una forma histórica de la política misma?”.

⁽¹³⁷⁾ Gordon FISHER, *Marriage and Divorce of Astronomy and Astrology: A History of Astral Prediction from Antiquity to Newton*, Raleigh, NC, Lulu, 2006, interesante además en sí, junto con Nicholas CAMPION, *A History of Western Astrology*, vol. II, *The Medieval and Modern Worlds*, Nueva York, Continuum, 2009, porque la determinación astral de las evoluciones y los cambios en la historia no está tan lejos de las predicciones desiderativas no siempre explícitas que alientan tan a menudo la obra de la historiografía, inclusive de Hespanha y mía. Entre las citas de encabezamiento de *Marriage and Divorce* figura ésta de Samuel Butler (*Erewhon Revisited*, 1901, ed. en Internet por el *Project Gutenberg*): “It has been said that though God cannot alter the past, historians can”. Añado esta otra de la misma procedencia que podría haber ido en el encabezamiento de estas páginas: “[H]istoric parallels abound; analogy between the main actors in events is a very different one, and one, moreover, of which few examples can be found”, uno más al menos ahora, sea dicho con toda la modestia del caso.

te doctrina jurídica y, si acaso, con la economía del mercado sucediendo a la teología de la gracia ⁽¹³⁸⁾.

Entre el pre-Leviatán y el post-Leviatán, ¿podríamos así tal vez acceder al *Leviathan*, a un Leviatán que es históricamente, por su concepción doctrinal, constitucional desde antes de que se inventase y pusiera en práctica el constitucionalismo ⁽¹³⁹⁾? Quizás así pudiéramos hacer la comprobación de hasta qué punto el valor de los saberes convencionales en general y de los jurídicos en particular resulta profundamente dispar entre unos y otros tiempos históricos, esto al menos si el método de la invención de Plutón no diera para

⁽¹³⁸⁾ Piénsese tan sólo en que el índice de *personae* de A.M. HESPANHA, *Imbecillitas* (menores, locos, quebrados, pródigos, mujeres, esposas, viudas, rústicos, salvajes y bárbaros, pobres, miserables...) se expusiera con similar rigor al espejo cóncavo de la doctrina jurídica y la economía política europeas y euroamericanas de los siglos XIX y XX. Estoy seguro de que el panorama nos depararía sorpresas por su disparidad y distancia respecto tanto al referido cuadro histórico como a las actuales presunciones y proyecciones. Para síntomas elocuentes, J. VALLEJO, *Paradojas del sujeto*, en C. Garriga (ed.), *Historia y Constitución*, pp. 173-199.

⁽¹³⁹⁾ Hago referencia por supuesto a la obra de Thomas Hobbes desde la perspectiva de su invención del individuo humano, aunque ni el sustantivo de individualidad todavía existiese, como sujeto de derechos de libertad del modo que contemplo en *La máscara de Boecio*, a partir de cuyas premisas y a través de las variantes pronunciadas del nuevo paradigma (Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*, I, *Da Hobbes a Bentham*, Milán, Giuffrè, 1974) podría reconstruirse toda una antropología constitucional para la que la gracia ya no sería un factor constitutivo por mucho que resistiese, así en el terreno latamente político como algo más que paliativo de la justicia (Monica STRONATI, *Il Governo Della 'Grazia'. Giustizia sovrana e ordine giuridico nell'esperienza italiana, 1848-1913*, Milán, Giuffrè, 2009, particularmente pp. 178-197). Esto no constituye por mi parte un compromiso de emprender el trabajo, mas me he insinuado por dicha vía de entrar en la historia constitucional a través de la cultura coetánea del tal signo: B. CLAVERO, *Crédito del jurado y credenciales del constitucionalismo*, en *Happy Constitution. Cultura y lengua constitucionales*. Madrid, Trotta, 1997, pp. 41-180. Es lo que he llamado la *lectura ingenua* de las fuentes históricas frente a los lastres interpretativos de la historiografía (en el mismo sentido, Hespánha añade *perspicaz* para la lectura: *Cultura jurídica europea*, p. 44), lo que apliqué a fondo precisamente en *Antidora* y lo que puede tener una utilidad en la actualidad del derecho frente a las desvirtuaciones doctrinales; ej., Ignacio GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, *Volver a las fuentes. Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en la jurisprudencia constitucional*, en "Revista General de Derecho Constitucional", 12, 2011, pp. 1-44.

más ⁽¹⁴⁰⁾. También entonces podríamos apreciar que el Leviatán se constituye históricamente en serio aun cuando no responda seriamente. Representa un nuevo paradigma de derechos que trasciende a la constitución del Estado incluso cuando no guarda consecuencia ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹⁴⁰⁾ Mi primer comentario extenso sobre obra de Hespanha, B. CLAVERO, *Del pensamiento jurídico en el estudio de la historia*, apreciaba su valorización de la cultura jurídica para el acceso al orden social respecto a la época del derecho común, razón por la que de mi parte, como ya he recordado, sintonizaba (B. Clavero, *Mayorazgo, 1369-1836*, aunque no viniese a considerar particularizadamente el *ius commune* hasta la segunda edición). Si esto nos puso los deberes de intentar el mismo método en igual grado para con tiempo consecutivo, el constitucional, no lo hemos hecho, como está dicho, y no siempre mostramos conciencia de la falta de prosecución, como si este otro tiempo fuese, por menos extraño, más transparente. Al final como al principio, Hespanha y yo lo que de verdad profesionalmente somos resulta ser historiadores del derecho o más genéricamente del orden normativo de tiempos de *as vésperas do Leviathan* y no tanto de los del Leviatán mismo.

⁽¹⁴¹⁾ Puedo conceder la razón a Hespanha (*Guiando a mão invisível*, p. 25, en nota que mantiene en *Hércules confundido*, p. 31) en que “a deliberada pureza dogmática” (*potior*, exegética) de mi *Manual de historia constitucional de España* (1989) no debe ser tomada al pie de la letra, pero no recuerdo que fuera una provocación por mi parte (“uma provocação dirigida contra uma pretensa história política — que, ligeiramente, omite os momentos jurídicos da prática política”). Más sencillamente, no era ni siquiera opción por la exégesis, sino recurso docente de enseñanza textual, sobre los textos de las Constituciones, en primer curso de derecho. Mi enfoque de la historia constitucional puede cotejarse mejor en *El Orden de los Poderes* (2007), que recoge mi enseñanza de cursos más avanzados. La misma fundación del mencionado grupo de investigación HICOES (*Historia cultural e institucional del constitucionalismo en España y América*) es posterior al citado *Manual*. En la historia constitucional me introduje con textos prematuros por necesidades docentes y cívicas a instancias de Tomás y Valiente, absorbido a la sazón por la magistratura constitucional pero nunca desentendido de la historia del derecho (J. VALLEJO, *Efecto historiográfico del régimen constitucional. Indicios en España, 1978-2003*, en “Istor. Revista de Historia Internacional”, 16, 2004, *Historia y derecho, historia del derecho*, pp. 136-165), lo cual desde luego no me exime de responsabilidad por obra improvisada (lo propio debo decir de mi *Derecho indígena y cultura constitucional por América*, 1994, pero esta vez la urgencia me la impuse yo solo y el libro cumplió igualmente su papel, lo que cabe replicar de *Diritto della società internazionale*, Milán, Jaca Book, 1995, y en Fabio Armao y Emanuele Parsi, eds., *Società Internazionale*, Milán, Jaca Book, 1997, pp. 31-44, que respondió a encargo). Respecto al *Manual*, desde la segunda mitad de los noventa me he resistido a la propuesta editorial de nuevas tiradas tras la segunda corregida, 1992. En su reseñación a M. LORENTE, *La Nación y las Españas*, Hespanha sigue confiriéndole en relación a mis planteamientos y, de rebote, a los del grupo HICOES una importancia que no le corresponde.

Si no se trata en cambio de identificar diferencias en la historia y en el presente, sino de proyecciones sustantivas, no sólo metodológicas, entre espacios y tiempos, ha de decirse enseguida que no resulta lo mismo el Brasil colonial que la humanidad actual. Ni es la misma, aunque haya relación, nuestra responsabilidad, muy superior por supuesto respecto al presente ⁽¹⁴²⁾, un presente para cuya observación y escrutinio en directo hay más posibilidad de información y para lo cual no necesitamos máquina de tiempo aunque la hubiera ⁽¹⁴³⁾. El tiempo de la historiografía es irremediamente

⁽¹⁴²⁾ La responsabilidad historiográfica se carga de responsabilidad ciudadana cuando se nos puede tener por América Latina como referentes de una historia regenerada con relación a temas tan sensibles como el de la justicia: Sergio ANGELI, *Tres imágenes para la justicia de Antiguo Régimen en la Hispanoamérica colonial*, en la revista electrónica “Surandino Monográfico”, segunda sección de “PROHAL Monográfico” (Programa de Historia de América Latina del Instituto de Historia Argentina y Americana: <http://institutos.filo.uba.ar/ravignani>), 1-2, 2001, ensayo bibliográfico cuarto, pp. 1-2: “Los más destacados propulsores de dicha regeneración sean tal vez, para el caso europeo, Pietro Costa, Paolo Grossi, Antonio Hespanha, Bartolomé Clavero, Jesús Vallejo, Carlos Garriga, etc.”, con referencia de publicaciones, respectivamente, a *Iurisdictio*, *Orden jurídico medieval*, *Cultura jurídica europea*, *Antidora*, *Dura equidad*, *ley consumada*, y *Audiencias y Chancillerías castellanas*. Cuando así se nos agrupa, se dan variantes por supuesto, siendo Grossi el referente más constante y figurando por lo usual Hespanha y yo emparejados en segunda fila. Jaime DEL ARENAL FENOCHIO, *De Altamira a Grossi: Presencia de historiadores extranjeros del derecho en México*, en “Historia Mexicana”, 55-4, 2006, pp. 1467-1495, nos incluye (p. 1490-1491) bajo el epígrafe *Grossi y la influencia renovadora italiana*. A veces puede verse que el orden es el alfabético: “Clavero desde el indigenismo, Grossi con la globalización, Hespanha con su Caleidoscopio” tratamos de escapar a aquella agonía de la historia del derecho que Caroni nos decía; así lo ve José Ramón NARVÁEZ H., *Historia del Derecho en México: Historia del desarrollo de un instinto de supervivencia*, en “Forum Historiae Iuris. Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte”, sección *Debatte*, proyecto *Nuovomondo: paradigmas, tendencias y relevancia de la historiografía jurídica latinoamericana*, dirigido por Massimo Meccarelli, Manuel Martínez Neira y Thomas Duve, 2008; cita, p. 3. En el mismo proyecto *Nuovomondo*, para Massimo MECCARELLI, *La storia del diritto in America Latina e il punto de vista europeo. Prospettive metodologiche di un dialogo storiografico*, el listado comprende a “Paolo Grossi, António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero (y) Francisco Tomás y Valiente”; cita, par. 19.

⁽¹⁴³⁾ Una reflexión que viene a cuento se encuentra, tras su recorrido de paralelas en plural, entre las conclusiones de J. VALLEJO, *Paratonia de la historia jurídica*, p. 140: “El historiador [del derecho], que juega con el tiempo, no puede ser ajeno al suyo propio, que como jurista contribuye a construir” o a deconstruir, aludiendo acto seguido a la carencia de máquina del tiempo para viajar al pasado y poder permanecer allí como

doble y a veces incurablemente esquizofrénico, el real del presente y el sólo virtual, por muy real que llegue a creerse, del pasado. En rigor, no hay más tiempo que el presente.

A nuestros efectos, los de la obra de Hespanha y de la mía, no creo que la historia del derecho « menos característica » *do Antigo Regime* oriente más allá de lo que sensibiliza ni siquiera para aquella que le es consecutiva, la constitucional ⁽¹⁴⁴⁾. No miran hacia un futuro, presente nuestro, los horizontes que nos abre. Nuestra atalaya no domina vistas algunas de presente. Nuestra especialidad de historia preconstitucional, aun a la contra, no nos dota de

razón palmaria por la cual, aunque pretenda a menudo otra cosa, la historia, toda historia, cuanto más la historia del derecho, nunca se bastará como historia y siempre tendrá responsabilidades de presente. Puede que parezca banal la elucubración sobre la máquina del tiempo, pero es tema de conversación ocasional, nada en broma, entre Vallejo y yo, a propósito por ejemplo de *The Past is a Foreign Country* (1985) de David Lowenthal o de *Cleopatra's Nose* (1994) de Daniel Boorstin (reseña suya de la edición española en "Revista de Libros", 3, 1997, p. 9). La expresión tan elocuente *El pasado es un país extraño* no tiene procedencia historiográfica, sino literaria. Constituye la primera frase de la novela de L.P. Hartley *The Go-Between* (1953: "The past is a foreign country: they do things differently there") que Joseph Losey y Harold Pinter llevaron a la pantalla (1970). Y sabido es que *The Time Machine* es título de H.G. Wells, novela suya de 1895 que ha tenido variadas versiones cinematográficas, entre ellas la de George Pal (1960), televisivas, radiofónicas y en comic, como la de Alex Niño (1979). De no tenerse alguno de estos entretenimientos a mano para un respiro entre tal densidad de referencias, en Internet a golpe de tecla, si se busca, se encuentra J. VALLEJO, *Ejemplo de catalogador riguroso*, en "Penélope. Revista de História e Ciências Sociais", 25, 2001, pp. 171-174.

⁽¹⁴⁴⁾ No parece que esté pensando en las respectivas obras de historia preconstitucional del derecho M. MECCARELLI, *La storia del diritto in America Latina e il punto de vista europeo*, cuando al agruparnos a Grossi, Tomás y Valiente, Hespanha y a mí añade: "I loro modelli euristici (sulla storicità del diritto, sui nessi diritto-società, diritto-potere politico, sul pluralismo giuridico, sul ruolo di mediazione della scienza giuridica, ecc.) nel panorama latino-americano, diventano strumenti per riscoprire dimensioni del giuridico trascurate, che sono oggi emergenti e permettono di affrontare i problemi attuali con uno strumentario aggiornato". Hoy, a finales de 2011, recibo una consulta sobre la elección de un escrito no extenso de Tomás y Valiente para una edición conmemorativa; recomiendo *In dubio pro reo. Apreciación de la prueba y presunción de inocencia* (1987, en *Obras Completas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, vol. III, pp. 2205-2225), un ejemplo de historia del derecho que desemboca en el constitucionalismo contribuyendo a ese *strumentario aggiornato* para *affrontare i problemi attuali*. A mi entender de parte, Meccarelli ha caracterizado bien lo que hay de común en nuestras aportaciones de interés para el derecho mediante su historia.

perspicacia especial como ciudadanos. No diría lo mismo sobre historia constitucional si presentare de hecho entidad propia y así autónoma respecto al derecho que recurre al propio pasado para legitimar o encubrir límites y hándicaps de constitucionalismos imperantes o de inconstitucionalismos rampantes, algo por igual propio, como la raíz acusa, de tiempos constitucionales ⁽¹⁴⁵⁾.

En todo caso, la otra historia del derecho, la historia del derecho realmente existente, la historia que sigue satisfaciendo una función práctica de índole como mínimo legitimadora del orden establecido sin mayor discernimiento ⁽¹⁴⁶⁾, persevera rindiendo

⁽¹⁴⁵⁾ B. CLAVERO, *Why American Constitutional History is not written*, en estos “Quaderni Fiorentini”, 36, 2007, pp. 1445-1547; puede añadirse la segunda parte de *El Orden de los Poderes* no impresa en el libro, que ya he citado sin identificarla: www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf. La cuestión igual la replicaría, con respuestas que habrían de ser por supuesto *locales*, para Portugal o, *pace* HICOES, para España, aunque ya nos conste que un interrogante en términos tan negativos le parece a Hespanha “demasiado partidário e cru”. Añade más con cierta ironía en el mismo lugar (“Historia Crítica”, 36, 2008, p. 228). En casos como los de Portugal y España, donde la historiografía constitucional ha sufrido severamente la hipoteca dictatorial, deberíamos aplicar “aquele espírito pacificador das Comissões de Justiça e Paz”, de unas comisiones de esclarecimiento y reconciliación que ni en Portugal ni en España se han dado tras las respectivas dictaduras. Al final, confieso que, movido por la continuidad entre tiempos de Hespanha, me he introducido en problemática del Leviatán constitucional más de lo que tenía previsto. Al lector o lectora de esta segunda *Gracia del Derecho* también se dirige la invitación ya citada de Hespanha en su sitio: “Sirvo-me desta página para trocar opiniões e disponibilizar materiais nas áreas da história, da história do direito e da teoria do direito”. En su pestaña de *Textos seleccionados* se encuentran enlaces a *Les autres raisons de la politique*, *A senda amorosa do direito*, *Porque é que existe y em que e que consiste um direito colonial brasileiro* y *Direito luso-brasileiro no Antigo Regime*, entre otros. Mientras que la página de Hespanha no haga el enlace, a *Depois do Leviathan* puede accederse a través del sitio citado del “Almanack Braziliense”. En apéndice registro más direcciones electrónicas.

⁽¹⁴⁶⁾ A.M. HESPANHA, *Legal History and Legal Education*, en “Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte”, 4, 2004, pp. 41-56; pp. 41-45: *History of Law as a legitimating discourse*. Es el último punto sobre el que platicamos en A.M. HESPANHA, *Diálogo: Bartolomé Clavero*, por unos tiempos en los que no acabábamos todavía de sentirnos completamente liberados del encuadramiento nacional, en el sentido de retrospectivamente estatal, de la historia del derecho. A finales de los ochenta, Hespanha se incorporaba como historiador, sin el posesivo de derecho, al Instituto de Ciências Sociais de la Universidade de Lisboa y yo tomaba la decisión de no ocuparme más de docencia de historia del derecho con referencia curricular a España. Es otro paralelismo.

sus servicios solapados a Estados y a Europas, a la Europa de casa y a las Europas de la diáspora, a todas a un tiempo en la multitud de sus direcciones sin conciencia a menudo del alcance de la propia incidencia. Así todavía concurre al encubrimiento, a esto como mínimo, de agentes pertinaces en trasplantes inequitativos. Presa de colonialismo todavía, a tal historia no escapa ni el derecho internacional ⁽¹⁴⁷⁾.

Si hay un tándem de vidas paralelas con responsabilidades en común como resultas de la confluencia de parte crucial de nuestro trabajo por separado, dudo que haya sabido librarse por completo ni en la mejor dirección siempre, pero no puede decirse que estemos cejando en el empeño. Nuestras obras no están fósiles todavía. Viven y coleán. Ya que hablo como si fuéramos un dúo dinámico y ya que estoy comenzando la despedida de este largo homenaje, permítaseme expresar mi satisfacción no sólo profesional, sino incluso sencillamente humana, por la relación que contraí de joven y mantengo de adulto con António Manuel Hespanha ⁽¹⁴⁸⁾.

En el terreno de las relaciones personales el acuerdo puede que resulte pleno. La economía de la gracia generada por el encadenamiento de detalles, la antidora desinteresada en suma, cabe por fortuna que siga viva en nuestros días ⁽¹⁴⁹⁾. Desde este punto de vista

⁽¹⁴⁷⁾ Puedo remitirme ahora a *¿Globalización del Constitucionalismo? Transnacionalidad de empresas entre poderes y derechos por tiempos postcoloniales (1946-2011)*, en esta misma entrega, 41, 2012, de los “Quaderni Fiorentini”.

⁽¹⁴⁸⁾ Con las debidas distancias respecto a personajes mediáticos, se me antoja otro paralelismo, éste entre tándems, el que guardaríamos con Gabriel García Márquez y Mario Vargas Llosa por su reconocimiento y apoyo mutuos desde un inicio hasta que la relación naufragó por los celos y la violencia del segundo contra el primero, magnificando encima Vargas Llosa desacuerdos como coartada de la ruptura (G. MARTIN, *Gabriel García Márquez*, pp. 395, 401-402 y 435-436; para indicios de premeditación, Freddy MOLINA CASUSOL, *Vargas Llosa y García Márquez: Memoria y ruptura*, en la revista “Domingo” del diario “La República”, Lima, 16-VIII-2009, pp. 20-22). A estas alturas de la vida, experiencias similares en carne propia, violencia aparte, te hacen estimar al máximo la lealtad correspondida, esto es antidoral.

⁽¹⁴⁹⁾ Hay advertencias incluso para el ámbito de la economía: Ahmet INSEL, *La part du don. Esquisse d'une estimation quantitative*, en MAUSS, *Mouvement Anti-Utilitariste dans les Sciences Sociales, Ce que donner veut dire. Don e intérêt*, París, La Découverte, 1993, pp. 221-234; Gilbert RIST, *The History of Development from Western Origins to Global Faith*, Nueva Delhi, Academic Foundation, 2009, p. 206.

nada desdeñable, es ciertamente una pérdida que ya no sea un elemento constitutivo del ordenamiento social ⁽¹⁵⁰⁾. En el nuevo orden de cosas, de intentar la gracia interferirse y ser entonces interesada, se degrada en venalidad y corrupción o se presume que tal es sin remedio el caso. Venalidad y corrupción es la gracia en la historia para la historiografía anacrónica, la historia presa de presente ⁽¹⁵¹⁾. *Quo vadis?*

8. *Heautontimorumenos* sumarísimo.

Comencé entre dudas y concluyo con más dudas. A más ha ido todo en estas páginas desorbitadas. Las inicié calculando que serían breves y de argumento lineal con órbita de tres solas estaciones: encuentro en Nápoles, revelación de la gracia en la historia y problemática de su extensión como patrón europeo a las diásporas coloniales por parte ahora de la historiografía. Ya se sabe, por lo

⁽¹⁵⁰⁾ *¿Amicus Plato et amica quoque veritas?* No exactamente, pues hasta los paralelismos han de tener un límite y puesto que con la verdad en singular y en exclusiva no cabe que se encuentre nadie por mucho que haya quienes rastreen su fantasma, ahora incluso me temo que entre estas páginas, para hacerle su cómplice. La inexistencia de la verdad a secas entre los saberes sociales bien le consta por propia experiencia, aparte teorías, a A.M. HESPANHA, *Depois do Leviathan*, pp. 11-12: “Sendo certo que cada dia encontrava pequenos indícios de que não dissera disparates enormes, também tinha a certeza de que a ‘realidade histórica’ era muito facetada e complexa; mas que o era ainda mais o que os historiadores, falando cada um a partir de sensibilidades particulares e lugares culturais e institucionais diferentes, contavam acerca dela”. *De nobis fabula narratur*.

⁽¹⁵¹⁾ Lawrence LESSING, *Republic, Lost: How Money Corrupts Congress —An a Plan to Stop It*, Nueva York, Hachette, 2011, pp. 107-124, sobre la *gift economy* en la política estadounidense. No me resisto a registrar la obra clásica de base canónica que ha dado pie a la reducción de la gracia a episodio histórico de la corrupción social: John T. NOONAN, Jr., *Bribes*, Nueva York, Macmillan, 1984, o, mejor, la inefable traducción del título en la edición italiana: *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, Milán, SugarCo, 1987. Para ulteriores referencias, puedo remitir al capítulo primero de *Antidora*, que es de revisión historiográfica y que además interesa al juicio sumarísimo del *heautontimorumenos* que ahora sigue y con el que por fin concluyo. Respecto a una vuelta de vista política a la *economía moral* del pasado (E.P. THOMPSON, *La economía moral de la multitud en la Inglaterra del XVIII*), Bryce EVANS, ‘Responsible Capitalism’: A return to ‘moral economy’ in England?, en el boletín electrónico “History and Policy. Conneting Historians, Policy Makers and the Media”, 2012 (www.historyandpolicy.org/opinion/opinion_89.html).

leído, de la concatenación que guardan esos elementos entre los trabajos y los días de Hespanha y míos. Desde el principio sabía que viajar desde Nápoles hasta Brasil pasando por la Península Ibérica, el único periplo diseñado de antemano, implicaba recorrer el trayecto entre un encuentro y un desencuentro, aparentemente tan absoluto el uno como relativo el otro. Conforme avanzaba fui adquiriendo constancia de hasta qué punto no hay encuentros tan absolutos ni desencuentros tan relativos. Hay encuentros y desencuentros. Y puede haber desencuentros intelectuales que sean encuentros personales especialmente si de éstos es de donde se parte. Lo que no se da en tal caso es diferencia de fondo entre lo uno y lo otro, entre el encuentro y el desencuentro. Todo entonces puede ser encuentro.

Abordé este trabajo pensando que iba a rendir un homenaje enteramente desprendido a António Hespanha regalándole el tiempo y el desvelo de concebirlas y darles cuerpo con el motivo de su jubilación oficial. A medida que avanzaba, me fui interesando más allá, bastante más allá, de la ofrenda del regalo. Mi homenaje comenzaba a ser interesado en el sentido de que mi interés se estimulaba por cuanto que el avance del encuentro al desencuentro me iba progresivamente involucrando. Ya sabía desde el comienzo que mi obra habría de comparecer junto a la de Hespanha, pero no había calculado que, en el momento de acercarnos al desencuentro, éste iba a producirse no sólo con él, sino también conmigo. He ahí otra vertiente de ese descubrimiento de que el desencuentro intelectual puede ser encuentro personal, tan personal como del autor consigo mismo. Como éste al final se encuentra es en mejores condiciones para la autocrítica que para la crítica. El experimento fallido de la invención de Plutón acaba afectando no sólo a la *Gracia del Derecho* o a la *Política Perdida* de Hespanha, sino también y más, distanciándome al cabo, a la *Antidora* o al *Beati Dictum* de Clavero.

Ambos habíamos descubierto un planeta, el mismo astro, por medio tan sólo de indicios sin posibilidad alguna de verificación del hallazgo por muchas ilusiones que hayamos podido abrigar. El problema con Plutón no sólo fue que, antes de avistársele, se hicieran mal las inferencias a partir de la detección de efectos gravitatorios entre astros conocidos y astros adivinables, sino también que se ignoraran todavía la existencia y el rastro de otros

cuerpos orbitando por la zona y, sobre todo, que no se sospecharan la posibilidad y el alcance de la propia ignorancia. El problema de la historia radica en que el *todavía* es permanente. Siempre faltan cuerpos, los de tantos testimonios perdidos y tantísimos que ni siquiera se materializaron, y nunca podremos saber ni cuántos ni cuáles. Y los que se han conservado no gravitan por sí solos, sino por la fuerza que nosotros le imprimimos. En estas condiciones, ¿cómo podemos tener una mínima seguridad de que *Gracia del Derecho*, *Antidora* y la constelación de sus satélites tienen peso propio? Pueden tenerlo relativo, no lo dudo, por contraste con congéneres más insustanciales cuya verosimilitud actual es directamente proporcional a su anacronismo. ¿Qué valor tiene la crítica fundada en esas otras posiciones? Mejor sea la autocrítica. El episodio Laura de Mello e Souza versus António Hespanha ha deparado la lección.

Si hay algo de lo que me sentía seguro y hasta orgulloso respecto a toda la obra que he realizado como historiador del derecho era sobre la consistencia y el valor de mi *Antropología católica de la economía moderna*. Consistente pensaba que resultaba *Antidora* por basarse en la reconstrucción directa mediante lectura que llamé ingenua de los testimonios de época sin la mediación anacrónica de la historiografía establecida. Su primera parte se ocupa de la depuración, descalificando prácticamente todo el cuerpo de trabajo precedente sobre economía y sociedad de la Europa católica en la edad altomoderna. Ahora creo que la descalificación alcanza a nuestra obra confluyente, la de Hespanha y la mía, sobre la economía de la gracia como clave de una sociedad. ¿Basta el testimonio de gentes como un molinero friulano del siglo XVI para desbaratar nuestro montaje de teología y derecho? Ciertamente es que, por mucho cuidado que hubiéramos puesto, lo que no siempre había sido el caso, se prestaba a confusión. El episodio Julius Kirshner versus Hespanha y Clavero lo puso de relieve, pero el valor en todo caso se le reconocía. Me temo que en exceso. En cuanto respecta a *Antidora*, si alguno sustantivo conserva, puede que no sea el historiográfico, sino el contrario, el de demolición de historiografía. También encierra un valor adjetivo, el que con mayor o menor acierto, se balbucea en su epílogo con título conmemorativo de un

estudio clásico sobre economía judeocristiana: *The other and the brother*, los ajenos y los prójimos ⁽¹⁵²⁾.

El valor adjetivo miraba hacia el presente. *El pasado es un país extraño* y precisamente por ello puede ayudar a sensibilizarnos respecto a los *países extraños* entre sí de hoy en día. El conocimiento incluso inconsistente del pasado, si sirve para cobrar conciencia de las distancias entre tiempos, puede también prepararnos para el reconocimiento y el respeto de las diferencias de presente entre *the other and the brother*, entre ajenos y prójimos, en el seno de una misma humanidad, misma en cuanto que tal ayer como hoy, pero, ayer como hoy, con una complejidad constitutiva mediando siempre la identidad humana en común. Lo usual es que la historiografía busque la identificación sin más, consciente o inconscientemente, con el pasado, bien por vía de anteposición del Estado o equivalente como sujeto de historia, bien de alguna otra forma que proyecte la propia antropología parcial, cuando lo que necesitamos para el tiempo presente, para nuestro espacio en la humanidad, es exactamente lo contrario. Lo que precisamos es la constancia del extrañamiento para la mediación de la identidad y el planteamiento de la convivencia. La perversidad de la historiografía dominante no reside tanto en que sea anacrónica, sino en que contribuye con su anacronismo a la ignorancia y al desprecio de la ajeneidad y la identidad en el seno de la humanidad. Ahí es donde, como profesionales de la historiografía, debemos extremar nuestro cuidado.

Puesto que la historiografía como tal, como supuesta ciencia con acceso al pasado, como presunta dueña de métodos capaces de dar presencia a gentes y sociedades fenecidas, no tiene a su alcance

⁽¹⁵²⁾ Son referencias ya registradas. El clásico es Benjamin NELSON, *The Idea of Usury: From Tribal Brotherhood to Universal Otherhood* (1949), el molinero friulano, Domenico Scandella, apodado Menocchio: C. GINZBURG, *Il formaggio e i vermi* (1976); Andrea Del Col (ed.), *Domenico Scandella detto Menocchio. I processi dell'Inquisizione, 1583-1599*, Pordenone, Biblioteca dell'Immagine, 1990; mismo ed., *L'Inquisizione in Friuli. Mostra Storica*, Trieste, Università di Trieste, 2000, con Menocchio como figura principal de la exposición. Facebook ofrece ahora comunicación, previo registro, con Domenico Scandella "Menocchio", que no he intentado. El episodio Kirshner es el de sus reseñas en "Journal of Modern History"; el caso Mello e Souza, el de la crítica contenida en *O sol e a sombra* con la respuesta de Hespanha en *Depois do Leviathan*. Otros episodios o casos los veo menos significativos.

la posibilidad de dejar de ser inconsistente, quizás entonces su valor, y muy en especial el valor de la historia del derecho, sólo corresponda justamente medirse, para lo bueno o para lo malo, en relación con un presente por definición efímero si no consigue a su vez proyectarse hacia un futuro. La historiografía por lo común lo intenta sin franquear o ni incluso confesarse su designio. No la hay que no mire, aunque sea de soslayo, a más tiempos que al pasado. A fuerza de no reconocerlo, la historiografía se ha acomodado en un estado de estrabismo crónico con la coartada además de atribuírsele como rasgo privativo a la historia del derecho.

Como nos preguntaría, con su visceral descaro e impenitente desencanto, Geneva Crenshaw, « ¿pero hay historia sin hipoteca? ». Habiéndose hecho con el uso de la palabra, aprovecharía para rematar con un severo reproche: « Sois, seguís siendo, no sabéis dejar de ser gentes de derecho al fin y al cabo » ⁽¹⁵³⁾. Así es también para lo bueno.

OBRA DE ANTÓNIO M. HESPANHA MANEJADA (*):

- *A história do direito na história social*, Lisboa, Horizonte, 1978.
- *L'histoire juridique et les aspects politico-juridiques du droit (Portugal, 1900-1950)*, en « Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno » (www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm), 10, 1981, pp. 423-447.
- *História das Instituições. Época medieval e moderna*, Coimbra, Almedina, 1982 (es.scribd.com/doc/53273656/HESPANHA-Antonio-Manuel-Historia-das-instituicoes-epoca-medieval-e-moderna-2).
- *L'espace politique dans l'Ancien Régime*, en *Estudos em homenagem aos Profs. M. Paulo Merêa e G. Braga da Cruz*, Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito », 1982, vol. II, pp. 455-510.

⁽¹⁵³⁾ www.derecho.us.es/clavero/orden_poderes.pdf citado (mi *beautontimorumenos* más a fondo, éste sobre historia constitucional), pp. 23 y 33, permitiéndome parafrasear sus palabras.

(*) Se registran direcciones de Internet cuando conducen a textos íntegros así como sitios de revistas también solamente cuando ofrecen acceso libre a la integridad de los artículos en cuestión. Cuando se tiene entrada por esta segunda vía, no se especifica la primera. Información de ediciones distintas a las de este registro y sobre relación entre escritos se brinda en notas. Este apartado final también lo entiendo como remisión de la última palabra a Hespanha tras mi *Heautontimorumenos*.

- *Savants et rustiques. La violence douce de la raison juridique*, en *Ius Commune* (www.rg.mpg.de/en/publikationen/ius_commune), 10, 1983, pp. 1-48.
- *Para uma teoria da história institucional do Antigo Regime*, en A.M. Hespanha (ed.), *Poder e instituições na Europa do Antigo Regime. Colectânea de textos*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, pp. 7-89.
- *Représentation dogmatique et projets de pouvoir. Les outils conceptuels des juristes du ius commune dans le domaine de l'administration*, en Erik Volkmar Heyen (ed.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime. Europäische Ansichten*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1984, pp. 1-28.
- *Centro e periferia nas estruturas administrativas do Antigo Regime*, en *Ler História*, 8, 1986, pp. 35-60.
- *A historiografia jurídico-institucional e a 'morte do estado'*, en « Anuario de Filosofía del Derecho », Nueva Época, 3, 1986, pp. 191-227.
- *Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1774*, en Erk Volkmar Heyen (ed.), *Historische Soziologie der Rechtswissenschaft*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1986, pp. 107-131 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *Da 'iustitia' à 'disciplina'. Textos, poder e política penal no Antigo Regime*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 57, 1987, pp. 493-578.
- *A administração e o direito não oficiais no sistema político do Antigo Regime*, en « Anuario de Historia del Derecho Español », 57, 1987, pp. 737-758.
- *Notas a John Gilissen, Introdução histórica ao direito*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1988.
- *Diálogo: Bartolomé Clavero*, en « Penélope. Fazer e Desfazer a História » (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 102-109.
- *La revolución y los mecanismos del poder*, Carlos Petit (ed.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid, Marcial Pons, 1989, pp. 15-52.
- *Editorial de « Penélope. Fazer e Desfazer a História »* (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 5-7.
- *Recensão de Diogo Ramada Curto, O discurso Político em Portugal, 1600-1640*, en « Penélope. Fazer e desfazer a história » (www.penelope.ics.ul.pt), 2, 1989, pp. 174-179.
- *Vísperas del Leviatán. Instituciones y poder político (Portugal, siglo XVII)*, Madrid, Taurus, 1989.
- *Conversación con B. Clavero*, Nápoles, 1990 (memoria del autor).
- *De la 'iustitia' a la disciplina*, en Francisco Tomás y Valiente y otros, *Sexo barroco y otras transgresiones premodernas*, Madrid, Alianza, 1990, pp. 175-186.
- *Justiça e administração entre o Antigo Regime e a Revolução*, em B. Clavero, P. Grossi y F. Tomás y Valiente (eds.), *Hispania entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán, Giuffrè, 1990, vol. I, pp. 135-204 (www.centropgm.unifi.it/biblioteca/34/0135.pdf).
- *Le projet de Code pénal portugais de 1786. Un essai d'analyse structurelle*, en Luigi Berlinguer (ed.), *La 'Leopoldina'. Criminalità e giustizia criminale nelle riforme del '700 europeo*, vol. XI, Milán, Giuffrè, 1990, pp. 387-447.
- *Heautontimorumenos*, en « Scienza e Politica per una storia delle dottrine », 5, 1991, pp. 105-109 (didattica.spbo.unibo.it/bologna/dipartim/dist/S/index.php/scipol/article/view/93/93).
- *L'étude prosopographique des juristes: entre les « pratiques » et les « représentations »*, en Johannes-Michael Scholz (ed.), *El Tercer Poder. Hacia una*

- comprensión histórica de la justicia contemporánea en España*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 1992, pp. 93-101.
- *O poder, o direito e a justiça numa era de perplexidades*, en «Administração» (Administração Pública de Macau), 15, pp. 7-19 (www.safp.gov.mo/safptc).
 - *Storia delle istituzioni politiche*, Jaca Book, 1993.
 - (con Ana Cristina Nogueira da Silva), *A identidade portuguesa*, en José Mattoso (ed.), *História de Portugal*, vol. IV (ed. A.M.Hespanha), *O Antigo Regime, 1620-1807*, Lisboa, Círculo dos Leitores, 1993, pp. 19-37.
 - *La Gracia del Derecho. Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
 - (con Catarina Madeira Santos), *Le forme di potere di un impero oceanico*, en Renzo Zorzi (ed.), *L'epopea delle scoperte*, Florencia, Leo S. Olschki, 1994, pp. 449-478.
 - *Las categorías del político y de lo jurídico en la época moderna*, en «Ius Fugit. Revista Interdisciplinar de Estudios Histórico-Jurídicos», 3-4, 1994-1995, pp. 63-100.
 - *Panorama da história institucional e jurídica de Macau*, Macao, Fundação Macau, 1995.
 - *Nação e nações nos confins do Império. Os não europeus perante o direito colonial português no século XIX*, en F. Tomás y Valiente y otros, *De la Ilustración al Liberalismo. Symposium en Honor Del Profesor Paolo Grossi*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 351-395.
 - *Les autres raisons de la politique. L'économie de la grâce*, en Pierangelo Schiera (ed.), *Ragion di Stato e Ragioni dello Stato, secoli XV-XVII*, Nápoles, Istituto Italiano per gli Studi Filosofici, 1996, pp. 38-67 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *Cálculo financiero y cultura contable en el Antiguo Régimen*, en C. Petit (ed.), *Del ius mercatorum al derecho mercantil*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 91-108.
 - *O que Tomás fez por nós*, en «Anuario de Historia del Derecho Español», 67, 1997, pp. 35-39.
 - *La senda amorosa del derecho. Amor y iustitia en el discurso jurídico moderno*, en C. Petit (ed.), *Pasiones del jurista. Amor, memoria, melancolía, imaginación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, pp. 23-74 (en portugués: <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *O debate acerca do Estado Moderno*, en «Working Papers», Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 1/99, 1999 (www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/EstadModern.pdf).
 - *Os juristas como couteiros. A ordem na Europa ocidental dos inícios da idade moderna*, en «Análise Social» (analisesocial.ics.ul.pt), 161, 2001, pp. 1183-1208.
 - *Early Modern Law and the Anthropological Imagination of Old European Culture*, en John A. Marino (ed.), *Early Modern History and Social Sciences: Testing the Limits of Braudel's Mediterranean*, Kirksville, Truman State University, 2001, pp. 191-204 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-seleccionados>).
 - *Luis de Molina e a escravização dos negros*, en «Análise Social» (analisesocial.ics.ul.pt), 157, 2001, pp. 937-960.
 - *A constituição do Império português. Revisão de alguns enviesamentos correntes*, en João Fragoso, Maria Fernanda Bicalho y Maria de Fátima Gouvêa (eds.),

- O Antigo Regime nos Trópicos. A dinâmica imperial portuguesa, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2001, pp. 163-188 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Madrid, Tecnos, 2002.
- *Os modelos jurídicos do liberalismo, do fascismo e do Estado social. Continuidades e rupturas*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 165, 2002, pp. 1285-1302.
- *Pequenas repúblicas, grandes Estados. Problemas de organização política entre Antigo Regime e Liberalismo*, en István Jancsó (ed.), *Brasil. Formação do Estado e da Nação*, São Paulo, Hucitec, 2003, pp. 93-109.
- *Categorias. Uma reflexão sobre a prática de classificar*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 168, 2003, pp. 823-840.
- *Legal History and Legal Education*, en « Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte » (www.rg-rechtsgeschichte.de), 4, 2004, pp. 41-56.
- *Guiando a mão invisível. Direitos, Estado e Lei no liberalismo monárquico português*, Coimbra, Almedida, 2004.
- *Le Droit et la domination coloniale européenne. Le cas de l'Empire oriental portugais*, en Juan Carlos Garavaglia y Jean-Frédéric Schaub (eds.), *Lois, justice, coutume. Amérique et Europe latines (16e-19e siècle)*, Paris, 2005, pp. 203-226.
- *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos*, en « Sequência » (www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia), 51, 2005, pp. 47-105.
- *Direito Comum e Direito Colonial*, en « Panóptica » (www.panoptica.org), 3, 2006, pp. 95-116.
- *O direito dos letrados no Império português*, Florianópolis, Fundação Boiteux, 2006 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados: Direito luso-brasileiro no Antigo Régime>).
- *The everlasting return of orality*, en Dag Michalsen (ed.), *Reading Past Legal Texts*, Oslo, Unipax, 2006, pp. 25-56 (<https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/home/textos-selecionados>).
- *A mobilidade social na sociedade do Antigo Regime*, en *Tempo* (www.historia.uff.br/tempo/site), 21, 2006, pp. 133-143.
- *Porque é que existe e em que é que consiste um direito colonial brasileiro* en « Quaderni Fiorentini per la Storia Del Pensiero Giuridico Moderno » (www.centropgm.unifi.it/quaderni/indici.htm), 35, 2006, pp. 59-81.
- *Auto-biografia*, en « Jornal de Letras, Artes e Ideias », marzo 2007 (facilitada por el autobiógrafo).
- *A Note on Two Recent Books on the Patterns of Portuguese Politics in the 18th Century*, en « e-journal of Portuguese History » (www.brown.edu/Departments/Portuguese_Brazilian_Studies/ejpb), 5-2, 2007.
- *Form and content in early modern legal books*, en « Rechtsgeschichte. Zeitschrift des Max-Planck-Instituts für europäische Rechtsgeschichte » (www.rg-rechtsgeschichte.de), 12, 2007, pp. 12-50.
- *Depois do Leviathan*, en « Almanack Braziliense » (www.almanack.usp.br), 5, 2007, pp. 55-66.
- *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje*, Lisboa, Almedina, 2007.
- *Que espaço deixa ao direito uma ética da pós-modernidade?*, en « Themis. Revista de Direito », 14, 2007, pp. 57-76.

- *Jurists as Gamekeepers*, en « Acta Histriae » (193.2.22.10/sl/Infrastrukturne+enote/Univerzitetna+zalo%C5%BEba+Annales/Znanstvene+revije/Revija+Acta+Histriae), 16-4, 2008, pp. 477-502.
- *Entrevista*, en « Prisma Jurídico » (www4.uninove.br/ojs/index.php/prisma), 7-1, 2008, pp. 17-23.
- editor (con Federico Fernández-Crehuet), *Franquismus und Salazarismus: Legitimation durch Diktatur*, Frankfurt a.M., Vittorio Klostermann, 2008.
- *Direito moderno e intertextualidade. Direito próprio e direito comum em 'De Jure Lusitano' de Mateus Homem Leitão (1645)*, en « Revista de História das Ideias », 29, 2008, pp. 47-102.
- *O Caleidoscópio do Direito. O direito e a justiça nos dias e no mundo de hoje* (ed. ampliada), Lisboa, Almedina, 2009.
- *Hércules confundido. Sentidos improváveis e incertos do constitucionalismo oitocentista: o caso português*, Curitiba, Juruá, 2009.
- *A Política Perdida. Ordem e Governo antes da Modernidade*, Curitiba, Juruá, 2010.
- *Antigo regime nos trópicos? Um debate sobre o modelo político do Império colonial português*, en J. Fragoso y M.F. Gouvêa (eds.), *Na trama das redes. Política e negócio no Império português, séculos XVI-XVIII*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2010, pp. 43-94.
- *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*, São Paulo, Annablume, 2010.
- *Estadualismo, pluralismo e neo-republicanismo. Perplexidades dos nossos dias*, en Antônio C. Wolkmer, Francisco Q. Veras Neto e Ivone M. Lixa (eds.), *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 139-172.
- *Prefácio a Maria Filomena Coelho, A justiça d'além-mar. Lógicas jurídicas feudais em Pernambuco (século XVIII)*, Recife, Massangana, 2010 (www.mariafilomenacoelho.com/a-justica-dalem-mar-prefacio-de-antonio-manuel-hespanba).
- *El ocaso del Estado y los historiadores*, en IV Congreso Internacional Historia a Debate, 2010 (www.youtube.com/playlist?list=PL744B65B0D5ED28A3).
- *Crise, agora que o mundo caiu*, en « Jornal de Letras, Artes e Ideias », 1058, 2011 (aeiou.visao.pt/antonio-manuel-hespanba-crise-agora-que-o-mundo-caiu=f605748).
- *Caleidoscópio do Antigo Regime*, São Paulo, Alameda, 2011.
- (editor junto con Teresa Pizarro Bezeza), *Teoria da Argumentação e Neo-Constitucionalismo. Um conjunto de perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2011.
- *Entrevista*, en « Análise Social » (analisesocial.ics.ul.pt), 200, 2011, pp. 430-445.
- *Correspondencia* con Bartolomé Clavero, 2011 (archivo del autor).
- *António Manuel Hespanha* online: <https://sites.google.com/site/antoniomanuelhespanha/bome>.